

REVISTA DA FACULDADE DE  
DIREITO



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

REVISTA DA FACULDADE DE  
DIREITO

ISSN: 0304 – 2340  
e-ISSN: 1984 – 1841

---

Revista da Faculdade de Direito da UFMG | Belo Horizonte | Nova Fase - 1962 | n. 86 | pp. 1 - 508 | jan./jun. 2025

---

© 2025 Revista da Faculdade de Direito da UFMG  
*Printed in Brazil*

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.  
As opiniões emitidas em artigos ou notas assinadas são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores.

Esta revista encontra-se disponível também em <http://www.direito.ufmg.br/revista>

DOI: 10.12818/P0304-2340.2025v86

*Pede-se permuta*  
*Přidese canje*  
*Man bittet um Austausch*  
*We ask for Exchange*  
*On demande l'échange*  
*Si riquiere lo scambio*

Esta publicação encontra-se indexada nas seguintes bases de dados: *Ulrich's Periodical Directory*, *Bibliotheksservice-Zentrum Baden-Württemberg*, *ZBD: Zeitschriftendatenbank*, e *Latindex*, dentre outras.

---

Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.  
Nova Fase – 1962. - Belo Horizonte.

Titulos anteriores: Revista da Faculdade Livre de Direito do Estado de Minas Gerais, 1894 – 1928; Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, 1929 – 1948; Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1949 – 1961; Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – Nova Fase, 1962.

ISSN: 0304 – 2340

E-ISSN: 1984 – 1841

Periodicidade: semestral

1 – Direito – Periódicos – Faculdade de Direito da UFMG

CDU - 34 (05)

CDU - 340-05

---

Foto da Capa: Foca Lisboa - *Painel de Jarbas Juarez, 1997 - Auditório da Faculdade de Direito da UFMG*  
Projeto Gráfico, Formatação e Capa: *Júnior Sena*  
Impressão: *Imprensa Universitária da UFMG*  
Tiragem: 120 exemplares

Valor, nesta data, por unidade R\$ 30,00

Os números atrasados da Revista da Faculdade poderão ser solicitados no endereço abaixo:

FACULDADE DE DIREITO DA UFMG

Revista da Faculdade

Av. João Pinheiro, 100 - 15º andar, sala 1507 / 1508

CEP 30130-180 - Belo Horizonte - MG - Brasil

Tel.: + 55 31 3409-8651

<http://www.direito.ufmg.br/revista>

[revista@direito.ufmg.br](mailto:revista@direito.ufmg.br)

# REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

(Fundada em 1894)

Palavras do Conselheiro Affonso Penna no lançamento da Revista da Faculdade de Direito:

*“Encetando a publicação de sua Revista, vem a Faculdade Livre de Ciências Jurídicas e Sociais da capital do Estado de Minas Gerais contribuir com o seu modesto auxílio para o estudo do Direito, pedra angular sobre que repousam as sociedades humanas.”*

REITORA DA UFMG

*Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Sandra Regina Goulart Almeida*

VICE-REITOR DA UFMG

*Prof. Dr. Alessandro Fernandes Moreira*

DIRETOR DA FACULDADE DE DIREITO DA UFMG

*Prof. Dr. Hermes Vilchez Guerrero*

DIRETORA-EDITORA

*Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau*

DIRETOR-ADJUNTO

*Prof. Dr. Lucas Carlos Lima*

ASSESSORA EDITORIAL

*Rosali Ramos Diniz*

ASSISTENTE EDITORIAL

*Natalia Dias Lopes Bronzatto*

*Samir Batista Magalhães Ferreira*

*Sofia Araújo Oliveira Pereira*

*Stephanie Ferreira de Melo Andrade*

*Tânia Batista Teodoro*

*Tayroni Cristiano Junho Diniz da Silva*

ASSISTENTE EM MÍDIA DIGITAL

*Felipe Gonçalves Balestrini*

CONSELHO EDITORIAL

*Prof. Dr. Alejandro Montiel Alvarez (Universidade Federal do Rio Grande do Sul- Porto Alegre, RS - Brasil)*

*Prof. Dr. Alessandro Hirata (Faculdade de Direito da USP - Ribeirão Preto, São Paulo - Brasil)*

*Prof. Dr. Andrew Drzemczewski (Conselho da Europa - Strasbourg, Alsace - France)*

*Prof. Dr. Bjarne Melkevik (Université Laval - Québec , Québec - Canadá)*

*Profa. Dra. Daniela de Freitas Marques (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG - Brasil)*

*Prof. Dr. Dean Spielmann (University of Luxembourg - Walferdange, Luxembourg - Luxembourg)*

*Profa. Dra. Elena Lisanyuk (State University of Saint Petersburg - Saint Petersburg, Northwestern - Russia)*

*Profa. Dra. Fabiana de Menezes Soares (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG - Brasil)*

*Prof. Dr. Georges Abboud (Pontificia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo - Brasil)*

*Prof. Dr. Germain Ngoie Tshibambe (Université de Lubumbashi - Lubumbashi, Katanga - República Democrática do Congo)*

*Prof. Dr. Giovanni Clark (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG - Brasil)*

*Prof. Dr. Gustavo Silveira Siqueira (Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro, RJ - Brasil)*

*Prof. Dr. Hugo Llanos Mansilla (Universidad Central de Chile - Santiago - Chile)*

*Prof. Dr. Jean Paul Cabral Veiga da Rocha (Universidade de São Paulo - São Paulo, SP - Brasil)*

*Prof. Dr. João Maurício Leitão Adeodato (Universidade Nove de Julho - São Paulo, SP - Brasil)*  
*Profa. Dra. Juliana Neuenschwander Magalhães (Universidade Federal do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro, RJ - Brasil)*  
*Prof. Dr. Juan Ramón Capella Hernandez (Universidad de Barcelona - Barcelona, Cataluña - Espanha)*  
*Profa. Dra. Lorena Ossio Bustillos (Max-Planck - Institute and German University of Administrative Sciences - Speyer, Rheinland-Pfalz - Alemanha)*  
*Prof. Dr. Mikhail Antonov (Law Faculty of National Research University "Higher School of Economics" - Saint Petersburg, Northwestern - Russia)*  
*Profa. Dra. Miracy Barbosa de Sousa Gustin (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG - Brasil)*  
*Profa. Dra. Misabel de Abreu Machado Derzi (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG - Brasil)*  
*Profa. Dra. Mônica Sette Lopes (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG - Brasil)*  
*Profa. Dra. Natasha Schmitt Cáccia Salinas (Fundação Getúlio Vargas - Rio de Janeiro, RJ - Brasil)*  
*Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho (Universidade de São Paulo - Ribeirão Preto, SP - Brasil)*  
*Prof. Dr. Paolo Palchetti (Université Paris 1 Panthéon – Sorbonne - França)*  
*Prof. Dr. Pierre Issalys (Université Laval, Canadá - Québec , Québec - Canadá)*  
*Prof. Dr. Ricardo Antônio Lucas Camargo (Universidade Federal do Rio Grande do Sul - Porto Alegre, RS - Brasil)*  
*Prof. Dr. Roberto Luiz Silva (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG - Brasil)*  
*Profa. Dra. Suzy Elizabeth Cavalcante Koury (Centro Universitário do Estado do Pará - Belém, PA - Brasil)*  
*Prof. Dr. Stephan Kirste (Universität Salzburg - Salzburg, Salzburg - Áustria)*  
*Prof. Dr. Tércio Sampaio Ferraz Júnior (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - São Paulo, SP - Brasil)*

## CONSELHO DE PARECERISTAS AD HOC

*Prof. Dr. Abner da Silva Jaques (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – MS)*  
*Prof. Dr. Arno Dal Ri Júnior (Universidade Federal de Santa Catarina - SC)*  
*Prof. Dr. Antônio Pereira Gaio Júnior (Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro - RJ)*  
*Prof. Dr. Celso Hiroshi Iocobama (Universidade Paranaense - PR)*  
*Prof. Dr. Cristiano de Sousa Zanetti (Universidade de São Paulo - SP)*  
*Prof. Dr. Edilton Meireles de Oliveira Santos (Universidade Federal da Bahia - BA)*  
*Prof. Dr. Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima (Universidade Federal do Piauí - PI)*  
*Prof. Dr. Eriberto Francisco Bevilaqua Marin (Universidade Federal de Goiás – GO)*  
*Profa. Dra. Eliana Pulcinelli (Centro Universitário IBMEC - RJ)*  
*Prof. Dr. Francisco Antônio de Barros e Silva Neto (Universidade Federal de Pernambuco PE)*  
*Prof. Dr. Francisco Pedro Jucá (Faculdade Autônoma de Direito – SP)*  
*Prof. Dr. Georgenor de Sousa Franco Filho (Universidade da Amazônia - PA)*  
*Prof. Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho (Universidade Federal do Ceará - CE)*  
*Prof. Dr. Jean Carlos Dias (Centro Universitário do Estado do Pará - PA)*  
*Prof. Dr. José Lenho Silva Diógenes (Universidade Federal do Ceará - CE)*  
*Profa. Dra. Juliana Rodrigues Freitas (Centro Universitário do Estado do Pará - PA)*  
*Profa. Dra. Luciana Escalante Pereira (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - MS)*  
*Prof. Dr. Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz (Universidade Federal do Ceará - CE)*  
*Profa. Dra. Margaret Vetis Zaganelli (Universidade Federal do Espírito Santo - ES)*  
*Profa. Dra. Maurinice Evaristo (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - MS)*  
*Profa. Dra. Patricia Grazziotin Noschang (Universidade de Passo Fundo - RS)*  
*Prof. Dr. Rafael Lourenço Navarro (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - MG)*  
*Prof. Dr. Ronaldo Lima dos Santos (Universidade de São Paulo - SP)*  
*Profa. Dra. Thays de Mello Giaimo (Pontifícia Universidade Católica de Campinas - SP)*  
*Prof. Dr. Thiago Ribeiro Rafagnin (Universidade Federal do Oeste da Bahia - BA)*

# SUMÁRIO / CONTENTS

EDITORIAL

... 11 ...

EDITORIAL

Os artigos estão dispostos em ordem  
alfabética dos nomes dos autores.

*The articles are arranged in alphabetical  
order of author's names.*

## ARTIGOS / ARTICLES

O POTENCIAL DOS NEGÓCIOS  
PROCESSUAIS NA TUTELA COLETIVA:  
REFLEXÕES À LUZ DA EFETIVIDADE  
DO DIREITO À SAÚDE

THE POTENTIAL OF PROCEDURAL  
MECHANISMS IN COLLECTIVE  
LITIGATION: REFLECTIONS ON THE  
EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO  
HEALTH

*Cíntia Menezes Brunetta  
Taís Schilling Ferraz*

... 17 ...

*Cíntia Menezes Brunetta  
Taís Schilling Ferraz*

LAS LAGUNAS DE LA LEY: ANÁLISIS DE  
VACÍOS NORMATIVOS Y SU GESTIÓN  
EN UN SISTEMA JURÍDICO DINÁMICO

AS LACUNAS DA LEI: ANÁLISE  
DOS VAZIOS NORMATIVOS E SUA  
GESTÃO EM UM SISTEMA JURÍDICO  
DINÂMICO

*Enrique Varsi-Rospigliosi  
Maici Colombo*

... 41 ...

*Enrique Varsi-Rospigliosi  
Maici Colombo*

LAS NUEVAS DIRECTIVAS SOBRE  
DIGITALIZACIÓN DEL DERECHO DE  
CONTRATOS

THE NEW EUROPEAN  
UNION DIRECTIVES ON THE  
DIGITALISATION OF CONTRACT LAW

*Esther Arroyo Amayuelas*

... 65 ...

*Esther Arroyo Amayuelas*

A TRIBUTAÇÃO DA TRANSFERÊNCIA  
DE TECNOLOGIA E A ISONOMIA  
FISCAL: O EXEMPLO DA CIDE-  
ROYALTIES

THE TAXATION OF TECHNOLOGY  
TRANSFER AND FISCAL ISONOMY:  
THE EXAMPLE OF CIDE-ROYALTIES

*Jéssica Amanda Fachin  
Mário Lúcio Garcez Calil  
Mariana Barboza B. Neves Matsushita*

... 95 ...

*Jéssica Amanda Fachin  
Mário Lúcio Garcez Calil  
Mariana Barboza B. Neves Matsushita*

DEVER FUNDAMENTAL DAS PESSOAS  
NATURAIS DETENTORAS DE  
MANDATOS NO PARLAMENTO E NA  
CHEFIA DO PODER EXECUTIVO EM  
POSSIBILITAR O CONTROLE SOCIAL

FUNDAMENTAL DUTY OF  
PARLIAMENT AND THE CHIEFS OF  
THE EXECUTIVE POWER TO ALLOW  
THE SOCIAL CONTROL

*João Bernardo A. de Azevedo Guedes  
Daury Cesar Fabriz*

... 115 ...

*João Bernardo A. de Azevedo Guedes  
Daury Cesar Fabriz*

A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA COMO  
REGULADORA DA RELAÇÃO ENTRE  
O DIREITO INTERNACIONAL COM O  
DIREITO INTERNO BRASILEIRO

THE BRAZILIAN CONSTITUTION  
AS THE REGULATOR OF THE  
RELATIONSHIP BETWEEN  
INTERNATIONAL LAW AND  
BRAZILIAN DOMESTIC LAW

*Lucas Carlos Lima*

... 137 ...

*Lucas Carlos Lima*

O DIREITO À EDUCAÇÃO  
INTERCULTURAL NA SOCIEDADE  
DIGITAL: FUNDAMENTOS,  
PRINCIPIOLOGIA, ABORDAGEM E  
QUESTÕES EMERGENTES

*Maria Creusa de Araújo Borges* ... 161...

ENTRE AUTONOMIA E  
SOLIDARIEDADE: UMA PROPOSTA DE  
MODIFICAÇÃO DA LEGÍTIMA A PARTIR  
DO MODELO SUCESSÓRIO CUBANO

*Mariana Alves Lara*  
*Ana Carolina de Mari R. B. Carvalho* ... 183...

LEGAL CHALLENGES TO  
INTERNATIONAL COOPERATION  
AGAINST OFFENCES RELATED TO  
ONLINE CHILD SEXUAL ABUSE, CHILD  
SEXUAL EXPLOITATION MATERIAL  
DURING ARMED CONFLICTS

*Nataliya Maroz* ... 201...

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E  
SUSTENTABILIDADE: DESAFIOS  
REGULATÓRIOS E IMPACTO  
AMBIENTAL

*Paulo José Pereira Carneiro Torres da Silva*  
*Wilson Tadeu de Carvalho Eccard*  
*Jamile Sabbad Carecho Cavalcante* ... 225...

OBESIDADE INFORMACIONAL  
NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: A  
VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR  
FRENTE AO EXCESSO DE  
INFORMAÇÃO

*Paulo Roberto Fogarolli Filho*  
*Ana Elizabeth L. Wanderley Cavalcanti* ... 249...

CONSENSO NA JURISDIÇÃO  
CONSTITUCIONAL: CONCILIAÇÃO  
COMO INSTRUMENTO NO  
CONTROLE CONCENTRADO DE  
CONSTITUCIONALIDADE A PARTIR DA  
ANÁLISE DA ADPF DE Nº 829/RS

*Pedro Augusto Silveira Freitas*  
*Susana Henriques da Costa* ... 275...

CATÁLOGO DE TÓPICOS SOBRE  
DERECHOS DEL NIÑO: LUGARES  
COMUNES EN LA JURISPRUDENCIA  
DE LA CORTE INTERAMERICANA DE  
DERECHOS HUMANOS

*Sergio Daniel Ruiz Díaz Arce* ... 305...

THE RIGHT TO INTERCULTURAL  
EDUCATION IN THE DIGITAL  
SOCIETY: FOUNDATIONS,  
PRINCIPLES, APPROACH AND  
EMERGING ISSUES

*Maria Creusa de Araújo Borges*

BETWEEN AUTONOMY AND  
SOLIDARITY: A PROPOSAL FOR  
CHANGING THE “LEGÍTIMA” BASED  
ON THE CUBAN SUCCESSION MODEL

*Mariana Alves Lara*  
*Ana Carolina de Mari R. B. Carvalho*

DESAFIOS JURÍDICOS À  
COOPERAÇÃO INTERNACIONAL  
CONTRA CRIMES RELACIONADOS AO  
ABUSO SEXUAL INFANTIL ONLINE E  
MATERIAL DE EXPLORAÇÃO SEXUAL  
INFANTIL DURANTE CONFLITOS  
ARMADOS

*Nataliya Maroz*

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND  
SUSTAINABILITY: REGULATORY  
CHALLENGES AND ENVIRONMENTAL  
IMPACT

*Paulo José Pereira Carneiro Torres da Silva*  
*Wilson Tadeu de Carvalho Eccard*  
*Jamile Sabbad Carecho Cavalcante*

INFORMATION OVERLOAD IN  
CONSUMER RELATIONS: CONSUMER  
VULNERABILITY IN THE FACE OF  
EXCESSIVE INFORMATION

*Paulo Roberto Fogarolli Filho*  
*Ana Elizabeth L. Wanderley Cavalcanti*

CONSENSUS IN CONSTITUTIONAL  
JURISDICTION: CONCILIATION AS  
AN INSTRUMENT IN THE JUDICIAL  
REVIEW BASED ON THE ANALYSIS OF  
ADPF Nº 829/RS

*Pedro Augusto Silveira Freitas*  
*Susana Henriques da Costa*

CATÁLOGO DE TÓPICOS SOBRE  
DIREITOS DA CRIANÇA: LUGARES  
COMUNS NA JURISPRUDÊNCIA  
DA CORTE INTERAMERICANA DE  
DIREITOS HUMANOS

*Sergio Daniel Ruiz Díaz Arce*



I RIMEDI DEL DIRITTO DEL LAVORO DI  
FORNTE ALLE EMERGENZE. IL CASO  
SPAGNOLO

REMÉDIOS DO DIREITO DO  
TRABALHO DIANTE DAS  
EMERGÊNCIAS. O CASO ESPANHOL

*Sonia Fernández Sánchez*

... 345...

*Sonia Fernández Sánchez*

APONTAMENTOS SOBRE LIBERDADE  
DE EXPRESSÃO E REDES SOCIAIS:  
DESAFIOS À LEGITIMIDADE  
DEMOCRÁTICA

NOTES ON FREEDOM OF  
EXPRESSION AND SOCIAL MEDIA:  
CHALLENGES TO DEMOCRATIC  
LEGITIMACY

*Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira*

*Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira*

*Francisco De Castilho Prates*

... 367...

*Francisco De Castilho Prates*

### MEMÓRIA HISTÓRICA / HISTORICAL MEMORY

O ESTUDANTE ZÉ PAULO NA VETUSTA  
CASA DE AFONSO PENA

EL ESTUDIANTE ZÉ PAULO EN LA  
CASA VETUSTA DE AFONSO PENA

*Hermes Vilchez Guerrero*

... 397...

*Hermes Vilchez Guerrero*

DISCURSO PROFERIDO PELA  
ORADORA DA TURMA 180, TURNO  
DIURNO, DE FORMANDOS DO 2º  
SEMESTRE DE 2024 DO CURSO  
DE GRADUAÇÃO EM DIREITO DA  
FACULDADE DE DIREITO DA UFMG,  
EM SESSÃO DE COLAÇÃO DE GRAU  
REALIZADA NO DIA 17 DE FEVEREIRO  
DE 2025

SPEECH GIVEN BY THE SPEAKER OF  
CLASS 180, DAY SHIFT, GRADUATES OF  
THE SECOND SEMESTER OF 2024 OF  
THE UNDERGRADUATE LAW COURSE  
AT THE UFMG LAW SCHOOL, AT THE  
GRADUATION SESSION HELD ON  
02/17/2025

*Roberta Puccini Gontijo*

...415...

*Roberta Puccini Gontijo*

### TRADUÇÕES / TRANSLATIONS

O USO POLÍTICO DO JUIZ  
INTERNACIONAL

L'UTILISATION POLITIQUE DU JUGE  
INTERNATIONAL

*Guillaume Le Floch*

... 419...

*Guillaume Le Floch*

A COMPLEMENTARIDADE  
PROCESSUAL DA GARANTIA  
CONVENCIONAL EUROPEIA

LA COMPLÉMENTARITÉ  
PROCÉDURALE DE LA GARANTIE  
CONVENTIONNELLE

*Sébastien Touzé*

... 475...

*Sébastien Touzé*



## EDITORIAL

É com grande satisfação que apresentamos a edição de número 86 da Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Como é da nossa tradição, reunimos nesta edição várias contribuições de notável relevância científica, provenientes de reconhecidos colaboradores e pesquisadores nacionais e estrangeiros, refletindo o vigoroso trabalho acadêmico desenvolvido por eles no campo jurídico. Deixamos aqui os nossos sinceros agradecimentos a todos esses colaboradores que enviaram os seus artigos em confiança na reputação de excelência da nossa revista.

Além de expressar nosso profundo agradecimento a todos os que contribuíram com o compartilhamento das investigações científicas que encerram esta edição do primeiro semestre do ano de 2025, reconhecemos o empenho, a dedicação e o rigor intelectual de cada um dos autores, avaliadores externos e internos e dos membros da nossa equipe de trabalho que tornaram possível a realização exitosa desta edição.

Abrindo este número, o leitor poderá encontrar o artigo da área do Direito Processual Civil intitulado “*O Potencial dos Negócios Processuais na Tutela Coletiva: Reflexões à Luz da Efetividade do Direito à Saúde*”. Nele, Cíntia Menezes Brunetta (FADISP) e Taís Schilling Ferraz (ENFAM) exploram como os negócios jurídicos processuais podem se tornar instrumentos relevantes para o fortalecimento da tutela coletiva, com especial atenção ao direito à saúde, tema de alta necessidade e preocupação para a sociedade brasileira.

Na área de Direito Civil e Sucessório, o volume atual compartilha o artigo intitulado “*Entre Autonomia e Solidariedade: Uma Proposta de Modificação da Legítima a Partir do Modelo Sucessório Cubano*”, escrito em coautoria entre a professora Mariana Alves Lara (UFMG) e Ana Carolina De Mari Rocha Benício Carvalho (UFMG), trazendo uma análise comparativa entre sistemas jurídicos diversos.

Sob a ótica do Direito do Consumidor, os autores Paulo Roberto Fogarolli Filho (Mackenzie SP) e Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti (Mackenzie SP) estudam sobre os impactos da sobrecarga de informações no artigo “*Obesidade Informacional nas Relações de Consumo: A Vulnerabilidade do Consumidor Frente ao Excesso de Informação*”, conferindo assim, posicionamento crítico e ampliado quanto a preocupação social diante da hipossuficiência inerente aos consumidores.

Ainda nesta edição da Revista há dois artigos dedicados a temas de Direito Constitucional. O primeiro, intitulado “*Apontamentos sobre Liberdade de Expressão e Redes Sociais: Desafios à Legitimidade Democrática*”, dos autores Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (UFMG) e Francisco de Castilho Prates (UFMG), que expõem, com maestria, suas reflexões sobre a tensão existente entre a liberdade de expressão e as regras das plataformas digitais. Em um segundo artigo, dentro dessa mesma área do Direito, os autores Pedro Augusto Silveira Freitas (USP) e Susana Henriques da Costa (USP) exploram o tema da conciliação no controle concentrado de constitucionalidade, analisado no artigo intitulado: “*Consenso na Jurisdição Constitucional: Conciliação como Instrumento no Controle Concentrado de Constitucionalidade a partir da Análise da ADPF nº 829/RS*”, reforçando, dessa forma, um importante preceito indicado desde 1988, no preâmbulo da Constituição da República brasileira.

No âmbito do Direito Tributário, a questão da compatibilidade da CIDE-Tecnologia com o princípio da isonomia tributária é examinada por Jéssica Amanda Fachin (Faculdades Londrina), Mário Lúcio Garcez Calil (CEUB-ITE) e Mariana Barboza Baêta Neves Matsushita (Mackenzie SP), como se poderá acompanhar no estudo intitulado “*A Tributação da Transferência de Tecnologia e a Isonomia Fiscal: O Exemplo da CIDE-Royalties*”.

Também no escopo do Direito Público, João Bernardo Antunes De Azevedo Guedes (FDV) e Daury Cesar Fabriz (FDV) propõem uma reflexão sobre as garantias constitucionais fundamentais com o tema “*Dever Fundamental das Pessoas Naturais Detentoras de Mandatos no Parlamento e na Chefia do Poder Executivo em Possibilitar o Controle Social*”, reforçando a necessidade do diálogo institucional entre os poderes legislativo e executivo no país.

Sobre a interação entre o Direito Brasileiro e o Direito Internacional, o professor Lucas Carlos Lima (UFMG) apresenta o artigo “*A Constituição Brasileira como Reguladora da Relação entre o Direito Internacional com o Direito Interno Brasileiro*” (OBS: vamos aguardar as observações do Prof. Lucas aqui, ok?).

Focalizando a temática do acesso à educação, Maria Creusa de Araújo Borges (UFPA), em descreve sobre as suas preocupações sobre “*O Direito à Educação Intercultural na Sociedade Digital: Fundamentos, Principiologia, Abordagem e Questões Emergentes*”, analisando,

criticamente, a concepção de educação intercultural como um direito dos povos indígenas e os desafios advindos da sociedade digital para a formação cidadã.

No que se refere ao Direito Ambiental, os autores Paulo José Pereira Carneiro Torres da Silva (Universidade Estácio de Sá), Wilson Tadeu De Carvalho Eccard (PUC-Rio) e Jamile Sabbad Carecho Cavalcante (PUC-Rio) abordam um importante enfoque da atualidade no artigo intitulado *“Inteligência Artificial e Sustentabilidade: Desafios Regulatórios e Impacto Ambiental”*, tema de indiscutível necessidade de maior profundidade na investigação científica.

Além das valiosas contribuições nacionais acima indicadas, este número também conta com o privilégio de reunir investigações científicas de autores internacionais refletidas em artigos de cinco países distintos — Peru, Espanha, Bielorrússia, Portugal e Itália — nos quais seus autores colaboram para a ampliação do diálogo acadêmico e enriquecem a coletânea de estudos presentes nesta edição

Assim, na seção dedicada aos artigos estrangeiros, encontram-se temas e autores de reconhecida importância, são esses: Enrique Varsi-Rospigliosi (Universidad de Lima), que escreve em coautoria com Maici Colombo (USP) e apresentam pesquisa sobre *“Las Lagunas de la Ley: Análisis de Vacíos Normativos y su Gestión en un Sistema Jurídico Dinámico”*. Poderá ser encontrado, a seguir, o artigo intitulado *“Las Nuevas Directivas sobre Digitalización del Derecho de Contratos”*, de Esther Arroyo Amayuelas (Universidade de Barcelona). Por sua vez, Nataliya Maroz (Belarusian State University) contribui com o trabalho, igualmente, de relevância social e atualidade inegáveis, tratando da discussão sobre a *“Legal Challenges to International Cooperation Against Offences Related to Online Child Sexual Abuse, Child Sexual Exploitation Material During Armed Conflicts”*. O quarto artigo estrangeiro, *“Catálogo de Tópicos sobre Derechos del Niño: Lugares Comunes en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*, é de autoria de Sergio Daniel Ruiz Díaz Arce (Universidade do Minho). Por fim, integra a valiosa seleção de pesquisas no âmbito do Direito estrangeiro nesta edição, o estudo no campo do Direito do Trabalho, sobre *“I Rimedi del Diritto del Lavoro di Fronte alle Emergenze. Il Caso Spagnolo”*, de Sonia Fernández Sánchez (Università di Cagliari).

Destarte, se pode observar que este número da nossa Revista se apresenta marcado pela diversidade temática, pelo rigor científico e pelas

notáveis contribuições ofertadas por abalizados pesquisadores, nacionais e estrangeiros, cujos olhares singulares enriquecem o debate jurídico atual e promovem uma reflexão amadurecida sobre temas de alto impacto social e pertinência humanitária.

Além dos artigos originais, esta edição traz, no espaço reservado às traduções, dois grandes destaques. A primeira analisa “*O Uso Político do Juiz Internacional*”, do autor Guillaume Le Floch (Université de Rennes), traduzido por Camilla Freitas Amaral (UFOP) e Lucas Carlos Lima (UFMG). A segunda intitula-se “*A Complementaridade Processual da Garantia Convencional Europeia*”, de Sébastien Touzé (Fondation René Cassin), com tradução de Luísa Lobato Oliveira (UFMG) e Lucas Carlos Lima (UFMG).

Este volume contempla ainda, em sua seção de Memória Histórica, duas valiosas colaborações, sendo a primeira um artigo de autoria do professor Hermes Vilchez Guerrero, atual diretor da Faculdade de Direito da UFMG, “*O Estudante Zé Paulo na Vetusta Casa de Afonso Pena*”, que foi originalmente publicado no livro *De Zé Paulo a Pertence – a história do mineiro amante da democracia*, tendo sido escrito em homenagem ao ministro José Paulo Sepúlveda Pertence, falecido em julho de 2023. A segunda se dá em reconhecimento à sensibilidade do corpo discente da Faculdade de Direito da UFMG, refletida no “*Discurso Proferido pela Oradora da Turma 180, Turno Diurno, de Formandos do 2º Semestre de 2024 do Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG, em Sessão de Colação de Grau Realizada em 17 de fevereiro de 2025*”, por Roberta Puccini Gontijo (UFMG).

Por derradeiro, renovando a nossa gratidão a todos aqueles que participaram da construção desta edição, cuja dedicação torna possível a continuidade do projeto de difusão de um saber jurídico comprometido com a excelência, convidamos os leitores a se debruçarem sobre esta 86ª edição da Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Esperamos que as reflexões aqui reunidas inspirem e provoquem o engajamento dos leitores nos diálogos que esta Revista, ao longo de sua trajetória, cuidadosamente, se empenha em cultivar.

PROFA. TEREZA CRISTINA SORICE BARACHO THIBAU  
DIRETORA-EDITORA

PROF. LUCAS CARLOS LIMA  
DIRETOR-ADJUNTO

## **ARTIGOS / ARTICLES**

---





# O POTENCIAL DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS NA TUTELA COLETIVA: REFLEXÕES À LUZ DA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

## THE POTENTIAL OF PROCEDURAL MECHANISMS IN COLLECTIVE LITIGATION: REFLECTIONS ON THE EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO HEALTH

CÍNTIA MENEZES BRUNETTA \*

TAÍS SCHILLING FERRAZ \*\*

### RESUMO

A tutela coletiva de direitos é constantemente desafiada pela complexidade dos pedidos, da respectiva instrução e dos efeitos das decisões ou acordos, que reclamam muito mais do que soluções adjudicadas e lineares. O artigo investiga a viabilidade e as possíveis vantagens da utilização de negócios jurídicos processuais no contexto da tutela coletiva, como estratégia para assegurar maior protagonismo aos interessados e corresponsabilidade na conformação de procedimentos instrutórios e de implementação dos direitos a serem assegurados. Com base em pesquisa bibliográfica e documental, delineiam-se as limitações do processo civil tradicional para a efetividade de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e examinam-se as características do negócio jurídico processual. Na sequência, com base em casos reais sobre a tutela do direito à saúde, identificam-se os benefícios que podem ser obtidos nas fases pré-processual, processual e de execução de ações judiciais, indicando-se, ao final, possíveis caminhos para uma maior utilização do instituto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Negócio Jurídico Processual. Tutela Coletiva. Efetividade. Autorregramento da Vontade.

### ABSTRACT

*The collective rights tutelage is constantly challenged by the complexity of requests, the respective instruction and the effects of decisions or agreements, which demand much more than awarded and linear solutions. The article investigates the feasibility and possible advantages of using procedural transactions in the context of collective protection, as a strategy to ensure greater protagonism to interested parties and co-responsibility in the conformation of procedures and implementation of the rights to be guaranteed. Based on bibliographic and documental research, the limitations of the traditional civil procedure for the effectiveness of collective and individual rights are outlined and the characteristics of the procedural legal business are examined. Subsequently, based on real cases on the protection of the right to health, the benefits that can be obtained in the pre-procedural, procedural and execution phases of lawsuits are identified, indicating, at the end, possible paths for a greater use of the institute.*

**KEYWORDS:** Procedure Bargain; Collective Rights Tutelage; Effectiveness; Right to Self-determination.

\* Doutora em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP).  
E-mail: cbrunetta@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5610-1693>.

\*\* Doutora em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). E-mail: taissferraz@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9592-0488>.

## 1. INTRODUÇÃO

Em uma conhecida fábula de Esopo<sup>1</sup>, conta-se a história de um lobo, uma raposa e um macaco:

O lobo e a raposa eram velhos inimigos. Estavam sempre a fazer partidas um ao outro. Certo dia o lobo acusou a raposa de lhe ter roubado uma peça de carne.

- É mentira - gritou a raposa - não lhe roubei carne nenhuma.

- Eu vi - afirmou o lobo - ela fugiu com o meu almoço.

A raposa apelou para os outros animais.

- Quem acredita num patife tão falso como este? - perguntou ela, furiosa - todos sabem que ele é mais desonesto do que uma víbora de duas cabeças.

- Ah! - rosnou o lobo - se vamos falar em honestidade, lembra-se das galinhas que convidou para cear? E daquela do coelhinho a quem ensinou o caminho de casa? Devem vir aqui testemunhar em seu favor?

- Certamente - respondeu a raposa com dignidade - eu vou chamá-los se o senhor também chamar umas quantas ovelhas atrás de quem eu o vejo muita vez.

E a discussão continuava, até que por fim pediram a um macaco que fosse o juiz. O macaco era um animal muito sábio e ouviu em silêncio os longos discursos que eles faziam em sua própria defesa. Por fim, o macaco disse:

- Na minha opinião, senhor Lobo, o senhor nunca ficou sem a peça de carne. E quanto a si, dona Raposa, tenho a certeza de que fugiu com ela. E como está mais que visto que ambos só dizem mentiras, fora daqui, antes que mande os dois para a prisão.

Imagina-se que Esopo tenha escrito a fábula acima mais de seis séculos antes da Era Comum. No entanto, a busca (muitas vezes infrutífera) por uma justiça ditada por um terceiro e a eventual frustração e perplexidade ante a decisão proferida estão presentes na história do homem desde suas primeiras contendas e suas primeiras discórdias.

Mais do que isso, o senso comum, quando pensa na Justiça e no Judiciário (especialmente os brasileiros), tende a conduzir a imaginação para um cenário como o narrado por Kafka<sup>2</sup> no início do século XX, consubstanciado em um mundo de arquivos, de grandes portas fechadas, de decisões criptográficas, de elevados discursos e de magistrados inacessíveis.

E, de fato, os números parecem confirmar essa percepção.

Desde 2005, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) se propõe a fazer uma radiografia do Poder Judiciário e divulga, anualmente, estatísticas e indicadores para diagnóstico e mapeamento dos diversos ramos da Justiça brasileira.

Em setembro de 2023, foi lançada a 19ª edição do projeto chamado “Justiça em Números”, considerando o ano-base de 2022, e os dados trazidos

---

1 ESOPO, 2022, n.p.

2 KAFKA, 2005.

são estarrecedores<sup>3</sup>. Cerca de 80 milhões de processos tramitaram pela Justiça e 63 milhões continuam em andamento.

Mais do que isso, a despesa total com o Poder Judiciário corresponde a 1,2% do PIB nacional, ou a 2,23% dos gastos totais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, sendo 90,2% deste valor destinado ao custeio de recursos-humanos. Em resposta à curva de casos novos, são cada vez maiores os esforços humanos, gerenciais e tecnológicos para garantir maior rapidez na entrega da prestação jurisdicional.

Embora seja verdade que os últimos relatórios elaborados pelo CNJ tenham trazido algumas boas novas em termos de controle das taxas de congestionamento (ainda que não sempre sua redução), o certo é que há ainda um longo caminho a se percorrer em direção a um Poder Judiciário apto a construir soluções efetivas aos conflitos que nascem da complexidade cada vez maior da sociedade brasileira contemporânea.

Nesse contexto, a legislação brasileira pode ser considerada uma das mais avançadas no que tange à ampliação do acesso à justiça e à busca pela efetividade da tutela jurisdicional. Novos institutos e ferramentas são constantemente criados, revistos e reformulados, inclusive pela via legislativa, na permanente tentativa de assegurar efetividade aos direitos. A realidade, porém, dissocia-se do que programam em abstrato as normas de direito material e processual.

Bons exemplos da dissociação normativa-prática podem ser identificados no tratamento dos direitos sociais, sob a forma coletiva ou individual. A tradicional jurisdição substitutiva, com soluções adjudicadas revela-se, no mais das vezes, insuficiente ou, o que é ainda pior, inadequada e produtora de nocivos e pouco previstos para efeitos.

Inegável considerarmos, assim, que vivemos, de certa maneira, em um contexto de necessário pamprinciologismo<sup>4</sup>, tendo por inspiração a própria Constituição Federal, o que favorece a busca de direitos em juízo, quando não efetivados a tempo e modo esperados.

Afinal, a despeito dos riscos inerentes a uma desconexão arbitrária entre a norma escrita (inclusive processual) e sua aplicação prática, é imprescindível reconhecer a relevância dos princípios que integram genuinamente o corpo jurídico, emergindo do próprio sistema e se associando de forma deontológica ao ordenamento. Esses princípios, quando bem aplicados, podem servir como norte para a interpretação e aplicação do direito ao caso concreto, sendo eles, ao final, que passam a garantir coerência e conexão entre a norma abstrata e sua execução.

---

3 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2023, n.p.

4 Fenômeno nomeado e descrito por Lenio Luiz Streck. STRECK, 2009, p. 493-516; STRECK, 2012.

No entanto, a mera evocação de princípios, desprovida de um rigoroso critério de integração e coerência com o sistema, retirando das partes um direito de autorregramento e abalando, inclusive, a segurança jurídica dos que litigam no Sistema de Justiça, pode não apenas desvirtuar o propósito do direito, mas também afetar a própria legitimidade das decisões judiciais<sup>5-6</sup>.

Tal cenário crítico ressalta a importância de aprofundar a compreensão sobre os instrumentos disponíveis de autodeterminação das partes e autocomposição, como o negócio processual previsto no CPC de 2015, e avaliar sua real potencialidade na promoção de uma justiça mais efetiva, legítima e alinhada com os direitos coletivos.

É essa percepção que motiva o presente artigo. Busca-se, aqui, avaliar as possibilidades e potencialidades de utilização de um dos novos instrumentos trazidos pelo CPC de 2015 - o negócio processual como estratégia de obtenção de maior efetividade na tutela coletiva de direitos.

Partindo-se da inserção do negócio processual no quarto movimento metodológico do processo civil – o instrumentalismo processual, e tendo presentes os desafios da tutela coletiva de direitos sociais, a, em muitos aspectos, inovadora ferramenta é apresentada sob duas perspectivas: como instrumental interessante na busca pela efetividade da tutela coletiva e como mecanismo garantidor do direito ao autorregramento da vontade e da influência e corresponsabilidade das partes na conformação do processo aos interesses defendidos.

Avalia-se, então, à luz das potencialidades do instituto, as possibilidades da sua adoção, para dar tratamento adequado e coletivo aos conflitos envolvendo direitos sociais, tanto na esfera pré-processual, especificamente nos termos de ajustamento de conduta firmados pelo Ministério Público, quanto processual, utilizando-se, como referência, a experiência da Justiça Federal cearense em algumas demandas na área de saúde pública.

Neste contexto, identificando os benefícios que podem ser obtidos com o adequado uso do negócio jurídico processual, avalia-se, inclusive, *de lege ferenda*, as vantagens da previsão de uma etapa própria, logo após seu ajuizamento das demandas judiciais para tutela coletiva de direitos, voltada à formatação personalizada do procedimento que se seguirá.

A pesquisa, de cunho exploratório, será lastreada em levantamento bibliográfico, em dados estatísticos e no relato de casos.

---

5 STRECK, 2009; 2012

6 CIENA; PEDROZO; TIROLI, 2020.

## 2. TUTELA COLETIVA E NEGÓCIOS PROCESSUAIS

O processo moderno, tal como concebido hoje em dia, é fruto de uma evolução marcada por diversas fases metodológicas que ditaram a forma de o homem enxergar e viver tanto o direito material quanto o processual<sup>7</sup>.

Inicialmente, predominava a visão imanentista ou sincretista do processo, funcionando este como simples apêndice indissociável do direito substancial. Não se falava em institutos ou princípios próprios, muito menos em uma ciência específica. A ação era definida somente como o direito subjetivo lesado ou o resultado da lesão ao direito subjetivo, conforme Leonel<sup>8</sup>, e o processo era apenas concebido como um procedimento (série de atos), em um modelo liberal contratualista, respaldado em uma relação jurídica de direito privado (relação do direito material).

A segunda fase, inaugurada por Bülow<sup>9</sup>, surgiu com a percepção de necessidade de autonomia do direito processual e foi marcada por uma concepção dupla do processo (externamente, enquanto procedimento e, internamente, enquanto relação jurídica de direito público, sujeita aos pressupostos de qualquer relação jurídica).

Foi a fase autonomista e o processo passou a ser reconhecido como ciência independente. Nessa segunda fase, nas palavras de Leonel, “é que foram formuladas as grandes teorias a respeito da jurisdição, da ação, da defesa e do processo, categorias lógico-jurídicas que informam o estudo e a evolução da ciência em análise”<sup>10</sup>.

No entanto, a dissociação entre processo e direito substancial, necessária em um momento de afirmação e conformação da nova ciência, acabou não bastando, por si só, para o seu desejado desenvolvimento. Chegou-se, assim, à terceira fase metodológica, a instrumentalista, a partir da percepção de que, embora independente, o processo nada significava apenas como técnica, e de que não poderia se separar de sua finalidade última: a realização do direito material.

Essa fase foi marcada pela consciência de que o processo só importa na medida dos seus resultados e foi sua evolução, para o instrumentalismo substancial – quarta fase metodológica -, que determinou que só fazia sentido falar-se em uma ciência processual na medida dos seus benefícios para o ordenamento jurídico material.

Na visão mais moderna da ciência processual, marcada por uma busca inegável da efetividade e pela percepção de que, mais do que um procedimento

---

7 LEONEL, 2021, p. 25 - 28.

8 LEONEL, 2021, p. 25 - 26.

9 BÜLOW, 1964.

10 LEONEL, 2021, p. 26.

puramente, o processo passou a ser visto como um fenômeno inevitavelmente direcionado ao mundo exterior material e, conseqüentemente, novas formas de tutela jurisdicional passaram a ser discutidas.

Afinal, se o processo é instrumento - é ferramenta - deve ele ser conformado e adequado para dar tratamento a quaisquer direitos, aí incluídos aqueles que não seriam eficientemente tuteláveis pelos métodos tradicionais concebidos para um processo tradicional clássico e individual.

Tal se deu, em especial, com os direitos coletivos, difusos e os individuais homogêneos, e, dentre estes últimos, especialmente os direitos sociais e todos aqueles com potencial de geração de demandas repetitivas. O processo e a jurisdição viram-se na contingência de se adequarem ao mundo e à evolução da sociedade.

Ferramentas do processo civil clássico revelaram-se insuficientes e, no mais das vezes, inadequadas, para dar tratamento a litígios de maior complexidade. A busca de decisões proferidas por um juiz, em um processo em que respeitadas as formas e garantido o contraditório, não seria suficiente para que determinados direitos fossem exercidos ou restabelecidos.

Um grande esforço, então, foi e vem sendo feito para dar tratamento adequado a esses direitos. Nesse caminho, somam-se diversas leis, a formar uma espécie de microsistema das ações coletivas e de onde se extraem disposições sobre competência, legitimidade, direitos e interesses tuteláveis, coisa julgada, efeitos da sentença, entre outros, que, segundo defende insistentemente Antonio Gidi<sup>11</sup>, mereceriam ser consolidadas e melhor sistematizadas em um Código de Processo Civil Coletivo.

Mais do que soluções adjudicadas ou quaisquer incentivos para que o Estado tome as rédeas do processo até que se atinja o fim último e desejado da jurisdição, o que se vem percebendo é que soluções efetivas e sustentáveis requerem menos decisões e um maior protagonismo dos demais atores do processo e eventuais interessados direta e indiretamente nos conflitos<sup>12</sup>.

A despeito de deter o poder de monitorar que o caminho tomado leve ao fim desejado, cada vez mais fica claro que em grande parte dos conflitos de maior complexidade, não é o Estado que deve ditar qual das estradas existentes deve ser adotada.

Nesse sentido, de maior protagonismo das partes envolvidas em prol de uma maior efetividade do direito, o negócio jurídico processual surgiu formalmente no ordenamento jurídico brasileiro com o Código de Processo Civil de 2015, em cujo artigo 190 está previsto, para os processos que envolvem direitos que admitam autocomposição, ser “lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa

---

11 GIDI, 2008, p. 23 - 25.

12 FERRAZ, 2019, p. 477.

e convencionar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”<sup>13</sup>.

Tais ajustes são considerados negócios processuais atípicos, porquanto não estão tipificados e regulados de forma expressa na lei processual. Cabe às partes a definição das situações a serem reguladas e a estipulação das condições, atuando de forma autônoma, com respaldo legal.

Segundo Didier Júnior<sup>14</sup>, o instituto do negócio processual pode ser definido como um “fato jurídico voluntário”, que vincula o órgão julgador e em cujo suporte fático se confere ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites legais, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento.

Ao identificar as espécies de negócio jurídico que podem ser estabelecidas no contexto do processo, Didier distingue os que são relativos ao objeto litigioso, exemplificando com a procedência do pedido, dos que se voltam ao próprio processo, na sua estrutura, que podem “servir para a redefinição das situações jurídicas processuais (ônus, direitos, deveres processuais) ou para a reestruturação do procedimento”<sup>15</sup>.

Nessa linha, há negócios que podem ser unilaterais (por exemplo, desistência), bilaterais (mais comuns) e, até mesmo, plurilaterais (por exemplo, sucessão processual voluntária).

A atipicidade das convenções processuais, sinaliza para uma tendência de dar poder às partes, maiores interessadas na solução da lide, para que regulem seu processo, promovendo alterações no procedimento ou em seus próprios ônus, faculdades e deveres, num movimento que se afasta da ideia de que o processo é formado apenas por regras de direito público e, portanto, cogentes<sup>16</sup>.

Para Buchmann, o negócio jurídico processual é instrumento do instrumento e vem permeado por aparentes contradições internas, em que convivem: a discórdia com a necessidade de se organizar os termos em que a lide se processará; o autorregramento das vontades das partes com o exercício da jurisdição: a solução artesanal com uma lógica processual pouco individualizada, de viés fordista<sup>17</sup>.

Essa também foi a percepção do Ministro Luis Felipe Salomão, expressada por ocasião do voto proferido no julgamento do Resp. 1.810.444 – SP<sup>18</sup>:

Na linha desse raciocínio vai a doutrina contemporânea e a jurisprudência, que veem no formalismo estéril o fundamento para preterir-lo e se convencem da necessidade de ser rechaçada a substantivação das regras de procedimento,

---

13 BRASIL, 2015.

14 DIDIER JÚNIOR, 2018, p. 184.

15 DIDIER JÚNIOR, 2018, p. 426.

16 ALVIM; GRANADO; FERREIRA, 2019, p. 402.

17 BUCHMANN, 2017, p. 70.

18 BRASIL, 2021.

que transforma em fim próprio, o que foi criado para ser meio. Na verdade, o formalismo que alcança essa dimensão deve ser rechaçado por se converter em fim.

Tendo como norte a teleologia acima descrita, a cláusula geral do negócio jurídico processual fez-se instrumento de contraposição ao modelo procedimental rígido previsto em lei, facultando a flexibilização do sistema, tendo em vista distinguir-se pela presença do autorregramento da vontade no suporte fático da norma que sobre ela incidir, intencionando gerar efeitos em processo presente ou futuro.

Daí a relevância da temática: potencialidade de proporcionar efetividade à tutela jurisdicional pela flexibilização do procedimento estaticamente previsto em lei, permitindo certa conformação das peculiaridades do direito material posto em litígio.

Como alerta Didier<sup>19</sup>, embora o negócio processual previsto no artigo 190 do CPC de 2015<sup>20</sup> não se refira claramente ao objeto litigioso do processo, é certo que a negociação sobre as situações jurídicas processuais ou sobre a estrutura do procedimento pode afetar a solução do mérito da causa. É exatamente o seu impacto sobre o objeto litigioso, sua conformação e concretização, que vai motivar a celebração do negócio processual.

### **3. NEGÓCIOS PROCESSUAIS COMO GARANTIA DE AUTORREGRAMENTO DA VONTADE E DE INFLUÊNCIA DAS PARTES NA TUTELA COLETIVA**

O autorregramento da vontade, conteúdo eficaz do direito fundamental à liberdade previsto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, define-se como uma complexa gama de poderes que podem ser exercidos pelos sujeitos de direito, em diversos níveis, inclusive o processual<sup>21</sup>.

O direito ao exercício do poder de autorregramento da vontade e de liberdade, conseqüentemente, é intimamente ligado à garantia de influência das partes na seara processual, este é um dos componentes indissociáveis do princípio do contraditório. Não só as partes devem ter autonomia para moldar o procedimento de acordo com o fim que desejam atingir com ele, como também deve ser dada a elas essa oportunidade real de influência no curso do processo.

Embora não seja correntemente discutido o papel que a liberdade ocupa no processo, não há razão para entender que a ela só se destina uma proteção negativa (a de impedir arbítrios indevidos que a restrinja). Recorrendo-se novamente a Didier, é de se reconhecer que “um processo jurisdicional hostil ao exercício da liberdade não é um processo devido, nos termos da Constituição Brasileira”<sup>22</sup>.

---

19 DIDIER JÚNIOR, 2018, p. 187.

20 BRASIL, 2015.

21 DIDIER JÚNIOR, 2018, p. 185.

22 DIDIER JÚNIOR, 2018, p. 150.



O processo pertence às partes, as quais devem cooperar e colaborar para o alcance do fim desejado. No modelo previsto no artigo 6º do CPC de 2015, o processo cooperativo “nem é processo que ignora a vontade das partes, nem é processo em que o juiz é um mero espectador de pedra”<sup>23</sup>.

Do ambiente jurídico adversarial, que sempre imperou, a expectativa é de passagem para um ambiente jurídico coexistencial, em que o contraditório ganhe uma nova roupagem, deixando de ser uma mera garantia de falar nos autos, para se tornar uma garantia de escuta, a oportunizar que “haja real influência das partes na formação do juízo de convencimento do juiz”<sup>24</sup>, ou, como defende Zanetti Júnior<sup>25</sup>, mais do que o direito de resposta, o contraditório surge como direito de influência e dever de debate, pois é justamente no contraditório, “que se irá apoiar a noção de processo democrático, o processo como procedimento em contraditório, que tem na sua matriz substancial a ‘máxima da cooperação’ (Kooperationsmaxima)”.

Por essa razão, Nunes<sup>26</sup> alerta para a necessidade de permitir “a todos os sujeitos potencialmente atingidos pela incidência do julgado (‘potencialidade ofensiva’) a garantia de contribuir de forma crítica e construtiva para sua formação”.

A verdadeira face do contraditório, portanto, vai muito além da oportunidade do dizer e contradizer formais entre as partes. Ela pressupõe uma efetiva ressonância (contribuição) não apenas para a formatação do provimento final, mas, também para o próprio “caminhar” do processo.

No âmbito do processo coletivo, essa garantia é ainda mais patente, tendo em vista os relevantes interesses discutidos e a frequente multipolaridade de conflitos a incidir sobre distintos interesses. Como considerar que o processo é democrático e cooperativo se se partir do pressuposto de que não há qualquer possibilidade de influência nos ditames do procedimento a ser adotado?

Em muitas situações, nas demandas coletivas, é inviável pretender que toda a coletividade seja agrupada em apenas dois polos. Muito frequente, nas palavras de Arenhart, é “que a situação seja bem mais complexa do que isso, sobretudo quando se debatem políticas públicas e quando se almeja provimentos que sejam estruturais”<sup>27</sup>. O autor traz o significativo exemplo das demandas por medicamentos, para demonstrar que é possível imaginar três polos distintos correspondentes aos três entes federais, o polo concernente aos pacientes, o outro da indústria farmacêutica e o que se comporia de outros pacientes que

---

23 DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 22.

24 ALVIM; GRANADO; FERREIRA, 2019, p. 164 -165.

25 ZANETTI JÚNIOR, 2007, p. 191.

26 NUNES, 2011, p. 82.

27 ARENHART, 2019, p. 476.

seriam contrários ao uso do recurso com aquela específica medicação, pelo evidente impacto sobre o Sistema Único de Saúde<sup>28</sup>.

Nesse sentido, decidir sobre tais interesses, apenas através da proclamação de direitos e deveres, em soluções substitutivas, não será a forma mais adequada e eficiente de protegê-los num grande número de situações complexas. Um juiz disposto a decidir menos e a dar maior protagonismo e possibilidade de influência aos interessados, talvez crie melhores condições à efetivação dos direitos<sup>29</sup>.

Nesse caminho de garantir o exercício do poder de influência das partes e do autorregramento da vontade, situam-se os negócios processuais, instrumentos que podem ser de extrema utilidade para a moldagem do procedimento a ser seguido no âmbito da tutela diferenciada coletiva.

#### **4. NEGÓCIOS PROCESSUAIS E OPORTUNIDADE NA TUTELA COLETIVA**

Ainda não há muitos trabalhos voltados a avaliar a adoção de negócios processuais e sua instrumentalização no âmbito da tutela coletiva, embora convenções processuais espontâneas e pontuais tenham naturalmente sido adotadas no curso dos processos judiciais, especialmente na fase de saneamento, quando, por exemplo, pode-se fazer a distribuição consensual do ônus da prova ou deliberar como se produzirá determinada prova.

No entanto, para além da fase processual, é possível cogitar da adoção de soluções negociais na fase pré-processual, como estratégias para soluções personalizadas, moldadas para os interesses em litígio e voltadas à efetividade na sua concretização, ainda que, na sequência, venha a ser o caso de buscar tal efetividade pela via judicial.

A seguir, analisa-se a possibilidade e oportunidade de serem firmados negócios processuais nos termos de ajustamento de conduta firmados pelo Ministério Público, inclusive com efeitos sobre futura execução pela via judicial e, na sequência, as potencialidades do respectivo uso na via judicial, no processo coletivo.

##### **4.1 NEGÓCIOS PROCESSUAIS E TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA**

O Termo de Ajuste de Conduta (TAC) surge, inicialmente, no artigo 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei n.º 8.069/90)<sup>30</sup>, sendo, na sequência, previsto no artigo 113 do Código de Defesa do Consumidor - CDC

---

28 ARENHART, 2019, p. 477.

29 FERRAZ, 2019, p. 516.

30 BRASIL, 1990a.

(Lei n.º 8.078/90)<sup>31</sup>, que acrescentou o § 6º ao art. 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85)<sup>32</sup>.

Por meio do TAC, o órgão público legitimado à propositura da ação civil pública toma do causador ou potencial causador de dano a interesses difusos, interesses coletivos ou interesses individuais homogêneos o compromisso de adequar sua conduta às exigências da lei. Tal instrumento, como regra, traz cominações para os casos de descumprimento do compromisso e tem o caráter de título executivo extrajudicial.

Como aponta Gavronski<sup>33</sup>, o TAC nada mais é do que um acordo, uma solução negociada, que tem por objetivo assegurar efetividade aos direitos e interesses coletivos. É um negócio jurídico que se pauta na lei e nela encontra seu parâmetro.

O termo de ajustamento de conduta desempenha, ao final, uma função de “equivalente jurisdicional”, na medida em que, preenchidos todos os requisitos legais, serve à necessidade de concretizar – de fazer valer – direitos e sem a necessidade de se recorrer, para esse fim, ao exercício da jurisdição e, consequentemente, ao Judiciário<sup>34</sup>.

Da leitura do dispositivo legal, vê-se que o TAC não é propriamente uma transação, com concessões mútuas quanto a direitos materiais. O que ocorre é a pactuação quanto ao modo e tempo de concretização dos direitos e eventuais condições para essa concretização, com previsão para imposição de sanções no caso de descumprimento do compromisso assumido.

Como aponta Gavronski<sup>35</sup>, o compromisso de ajustamento de conduta, por suas características, pode ter por objeto obrigação de dar, de fazer, de não fazer ou de pagar e os procedimentos para execução devem ser aqueles que melhor cumpram a função de tornar efetiva a cobrança do acordado no instrumento.

Nessa linha, o próprio Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, antes mesmo do início da vigência do Código de Processo Civil de 2015<sup>36</sup>, previu, através da Resolução n. 118, datada de 1º de dezembro de 2014<sup>37</sup> (artigo 15), que:

as convenções processuais são recomendadas toda vez que o procedimento deva ser adaptado ou flexibilizado para permitir a adequada e efetiva tutela

---

31 BRASIL, 1990b.

32 BRASIL, 1985.

33 GAVRONSKI, 2011, p. 380.

34 GAVRONSKI, 2011, p. 381-382.

35 GAVRONSKI, 2011, p. 395-396.

36 BRASIL, 2015.

37 CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2014.

jurisdicional aos interesses materiais subjacentes, bem assim para resguardar âmbito de proteção dos direitos fundamentais processuais.

Diante da vocação do TAC para ser instrumento que estabelece as condições para a efetivação de direitos, interessa indagar se seria possível e desejável a previsão, no próprio TAC de negócio jurídico processual que molde sua futura e eventual execução como título extrajudicial?

Pela leitura da referida resolução, em cotejo com os artigos 6º e 190 do novo diploma processual, acredita-se que sim.

Para que um termo de ajustamento de conduta seja apto a produzir todos os seus efeitos, é necessário que seja possível identificar com clareza seus requisitos de existência (forma escrita, agente com atribuição para firmá-lo etc.), validade (conformidade do instrumento ao direito ou interesse tutelado, adequada capacidade e representação das partes, objeto lícito) e eficácia (certeza e liquidez).

Presentes tais requisitos, sendo o TAC formalmente existente, válido e eficaz, não há por que se entender que, podendo ser acordado o tempo e modo de concretização de um relevante interesse público e coletivo, não possa também ser acordada a forma de execução ou de cobrança no caso, por exemplo, de descumprimento do firmado.

Projetando-se a ideia para o direito à saúde, pode-se cogitar de um TAC que, para além de definir os critérios de organização de filas e realização de cirurgias eletivas pelo SUS, em determinada localidade, convencie como se fará a demonstração dos requisitos para o ingresso do paciente e posicionamento na fila; como se comprovará que estão sendo disponibilizadas as vagas acordadas e que estão sendo realizadas as cirurgias na ordem convencionada; qual o fluxo a ser adotado não apenas para ingresso na fila, mas para os casos de descumprimento do TAC; a partir de quando será possível o bloqueio de recursos para o custeio da cirurgia; quando caberá reservar vagas em hospitais particulares; qual dos entes federativos responderá pela execução e/ou pelo pagamento; como será feito o eventual pagamento de multa por atraso; quais as consequências para o paciente que não responde; entre muitas outras estipulações, que podem alcançar a fase judicial, quando for o caso.

Por essa via, é possível a construção de soluções capazes de observar a multipolaridade dos conflitos envolvidos, com efeitos que se podem projetar para além do TAC, servindo, inclusive, para a instrução de um procedimento administrativo<sup>38</sup>, de inquérito civil público ou de uma ação ou execução judicial.

---

38 O Conselho Nacional do Ministério Público, através da Resolução n.º 174/2017, regulamentou o uso do procedimento administrativo, instrumento mais flexível que o Inquérito Civil Público e que pode ser utilizado para o acompanhamento, de forma continuada, de políticas públicas e para embasar outras atividades não sujeitas ao ICP (CNMP, Resolução n.º 174, de 4 de julho de 2017. Brasília: CNMP, 2017).

Há significativos estímulos para a celebração de TACs, especialmente diante de litígios que envolvem políticas públicas. Vitorelli<sup>39</sup> aponta, dentre outros, a oportunidade de serem feitas, pelo próprio gestor público, mudanças institucionais difíceis, muitas vezes por ele desejadas:

Nenhum prefeito quer gerir uma cidade em que a saúde é um caos, as pessoas reclamam cotidianamente pela falta de vagas em creche e o transporte público não funciona. Se ele pudesse sozinho, resolver todos esses problemas de forma fácil e simples, ele certamente o faria, seja por espírito público, seja para assegurar a eterna possibilidade de reeleição (...) Nesse quadro, o acordo é uma oportunidade. Ele agrega ao cenário do problema público um novo ator, que é o legitimado coletivo, com outra visão do problema e com autoridade capaz de alterar os impasses de poder até então existentes.

O modelo cooperativo de processo, expresso no novo Código de Processo Civil, inaugura uma perspectiva coexistencial e não mais simplesmente adversarial. O juiz, de mero garantidor da letra fria da lei processual, passa a ser mediador da formatação do instrumento necessário para o alcance dos fins desejados. Assim, natural é que esse “instrumento” passe a ser moldado – e discutido – antes mesmo da busca concreta pela jurisdição clássica.

A capacidade do TAC de adaptar-se a situações específicas, principalmente em matérias sensíveis como políticas públicas, torna-o um recurso valioso para a administração pública. Ao proporcionar um meio pelo qual os gestores públicos podem abordar desafios complexos com o apoio e o comprometimento de outras partes interessadas, negócio jurídico extraprocessual promove uma abordagem colaborativa para resolver problemas.

O Judiciário tem sua cartela de opções ao exequente e ao executado. A opção personalizada, desde que lícita, é, talvez, dadas as características dos direitos sob tutela coletiva, ainda mais desejável que a padrão. Nesse contexto, o Judiciário não se posiciona apenas como um árbitro e guardião cego da lei, mas como um facilitador da justiça, reforçando sua missão de promover a paz, a harmonia e a equidade social.

## 4.2 NEGÓCIOS PROCESSUAIS E PROCESSO JUDICIAL COLETIVO

Como discutido até o momento, no âmbito do processo coletivo, os negócios processuais representam a oportunidade de se moldar o procedimento para a concretização do interesse público e coletivo envolvido no litígio. Tal oportunidade é motivada não só pela busca pela efetividade da tutela jurisdicional, mas, também, pela necessidade de se democratizar a tomada da decisão nas lides que impactam a coletividade, de tornar concreto o direito das partes e interessados de influenciar no processo.

---

39 VITORELLI, 2020, p. 304.

Porém, por mais contraditório que pareça, é exatamente no âmbito processual da tutela coletiva que surgem as maiores dúvidas sobre a possibilidade e validade dos negócios processuais.

A restrita redação do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015<sup>40</sup>, ao estipular que a autoformatação do procedimento só será possível no caso de o processo versar sobre “direitos que admitam autocomposição” limita a interpretação e a aplicação do dispositivo no âmbito jurisdicional.

Como interpretar tal restrição?

Entende-se aqui que, não obstante a natureza supostamente não disponível de eventuais direitos, a moldagem de um procedimento próprio para sua efetivação é diretamente relacionada ao tempo e modo de fruição do bem jurídico a ser tutelado. Em certa medida, é indispensável para tal fruição, porquanto pode atuar para a obtenção de um ganho sistêmico e não apenas pontual.

Tome-se como exemplo o processo n.º 0806154-76.2017.4.05.8100, em curso na Justiça Federal do Ceará (JFCE)<sup>41</sup>. A fase é de cumprimento provisório de sentença proferida no âmbito de ação civil pública, em que foi determinado um máximo de seis horas entre a indicação de internação psiquiátrica e a efetiva disponibilização de leito pelo Poder Público, mesmo que para isso fosse necessária a instalação de novos leitos.

Iniciado o cumprimento do comando sentencial, as partes constataram que o pedido e o dispositivo da decisão iam na contramão da luta antimanicomial, que busca evitar o estigma e a exclusão social de pessoas em sofrimento psíquico, a pretexto de tratá-las. Acordaram, então, uma alteração no próprio escopo inicial da tutela coletiva, para propor uma reunião de forças para o fortalecimento de toda a rede substitutiva de assistência à saúde mental. Isso significou uma profunda mudança na forma de proteger os direitos daquelas pessoas em situação de vulnerabilidade.

Ainda em curso o cumprimento de sentença, foram resolvidas questões como regulação de leitos psiquiátricos, fluxos para admissão e protocolos para desinstitucionalização de pacientes residentes de longa permanência.

Ao pretender dar adequado cumprimento a uma decisão, cujo escopo era tutelar os direitos das pessoas em sofrimento psíquico, convencionaram-se soluções de natureza estruturante, mediante a escuta, a participação e o comprometimento de diversos atores, o que permitiu ter em consideração a multipolaridade do conflito de interesses.

Outro exemplo interessante é o da ação n.º 0801501-31.2017.4.05.8100, também da JFCE<sup>42</sup>, na qual foi firmado pelas partes (Defensoria Pública Da

---

40 BRASIL, 2015.

41 CEARÁ, 2018, n.p.

42 CEARÁ, 2018, n.p.

União, Ministério Público Federal, União Federal, Estado do Ceará e Município De Fortaleza) e homologado pelo juízo um negócio processual que culminou com as seguintes alterações formais e materiais no processo: 1) inclusão da Defensoria Pública da União como litisconsorte ativo na presente demanda; e 2) acréscimo de dois novos pedidos: abertura e habilitação de 40 novos leitos de UTI e abertura e habilitação de 48 novos leitos de internação geral, todos no Hospital Universitário Cantídio.

Tal processo havia iniciado como um procedimento de cunho eminentemente individual, para garantia de um leito de unidade de terapia intensiva - UTI cardiológica. Tratava-se de caso emblemático, a representar a insuficiência do processo civil clássico individual para a resolução de problemas macros e sistêmicos relacionados a direitos difusos. Aos olhos as partes, inicialmente, existia uma decisão judicial que ordenava a colocação do autor em um leito de UTI, frente às falhas do sistema público de saúde, que carecia de leitos de UTI para abrigar todos os pacientes que necessitassem de terapia intensiva em seus tratamentos hospitalares.

A decisão que deferiu a internação de um paciente em leito de UTI obrigou ao bloqueio de leito que poderia beneficiar outro paciente, fazendo com que o Estado juiz, inadvertidamente, tenha escolhido um indivíduo no lugar de outro, apenas porque um deles teve um acesso mais rápido à Justiça.

Estabelecido este quadro, evidenciou-se a necessidade de um enfrentamento diferenciado da situação, através de instrumentos jurídicos que possibilitassem outras alternativas para além das posições extremas entre acolher a judicialização desenfreada em busca de leitos e a absoluta ausência de intervenção judicial. Buscaram-se alternativas que favorecessem a estruturação da política pública e o mesmo já havia sido experimentado pelos envolvidos em outros feitos (processos n.º 0002012-48.2006.4.05.8100<sup>43</sup>, 0811930-91.2016.4.05.8100<sup>44</sup> e 0005877-06.2011.4.05.8100<sup>45</sup>), com considerável sucesso.

Dentre as alternativas existentes, foi percebido que a mais promissora era o reconhecimento de que muitas ações na área de políticas públicas são e devem ser tratadas como ações diferenciadas e estruturais, nas quais os graves problemas da saúde são analisados, discutidos e decididos sob a perspectiva da macrojustiça, com a participação e corresponsabilidade de todos os envolvidos e da sociedade no debate de ideias e soluções que preservem o princípio da universalidade de acesso à saúde, a racionalidade e sustentabilidade econômica e financeira do sistema e a igualdade de fruição das prestações oferecidas. E isso foi feito por meio de negócios processuais.

---

43 CEARÁ, 2010, n.p.

44 CEARÁ, 2017, n.p.

45 CEARÁ, 2012, n.p.

É exatamente nessa dinâmica que deve ser dado tratamento às demandas coletivas: o Judiciário, mais do que uma instância decisória autônoma e isolada, compreende o seu papel de mediador e coordenador de soluções construídas com a Administração Pública e a sociedade civil, promovendo uma espécie de *meaningful engagement*<sup>46</sup>, conforme proposto pela jurisprudência constitucional sul-africana, uma forma de abordagem do problema em que as pessoas – os *players* são encorajados e convidados a participarem, de forma propositiva, no diálogo e na construção de uma solução que a todos interessa .

Embora os exemplos acima citados ainda sejam pontuais, no contexto brasileiro da tutela jurisdicional coletiva, é de se observar que trazem possibilidades infinitas para a remodelagem do processo civil tradicional, com vistas ao cumprimento da função social do processo e dos seus institutos.

A experimentação do novo modelo convida, no entanto, a que se indague sobre seu alcance. Seria desejável, a previsão – talvez *de lege ferenda* – de um momento específico para a construção, pelas partes, do procedimento mais eficiente para assegurar os interesses em litígio, numa espécie de audiência de conciliação prévia apenas para moldar o processo?

Seria possível um negócio processual que afetasse dispositivos legais especificamente concebidos para facilitar o exercício da defesa coletiva de direitos? Que, por exemplo, convencionasse o adiantamento de honorários periciais pelo legitimado ativo? Ou que acordasse o pagamento de honorários sucumbenciais pelo autor de boa-fé da ação popular?

Como tratar da legitimação para tais acordos procedimentais se, em princípio, o legitimado das ações coletivas supostamente sequer pode transacionar sobre o direito material? Seria possível alterar a competência para o conhecimento do processo coletivo, possibilitar um litisconsórcio ativo ulterior por entes não legitimados ou modificar a própria legitimidade para a propositura?

Os eventuais limites de moldagem do procedimento pelas partes, sob a supervisão do magistrado ainda não estão claros, como também não há consenso quanto a ser ou não vinculante ao juiz a homologação de um negócio processual ou mesmo a submissão aos seus termos, em estando as partes e interessados regularmente representados, dotados de legitimidade e capacidade.

Estes questionamentos reclamam adequada atenção da doutrina e dos demais atores do Sistema de Justiça. Se, por um lado, a liberdade, valor que, em última *ratio*, informa o negócio jurídico processual, reclama um olhar despidido das amarras da jurisdição clássica e substitutiva, a ideia de cooperação (ou colaboração), que ganhou *status* de princípio, na nova lei processual, tempera a liberdade, ao trazer consigo alguns valores, como o equilíbrio, a dialogia, a

---

46 CHENWI, 2011, p. 129 - 131.



boa-fé objetiva, para que o processo se organize de forma justa, com vistas ao adequado tratamento dos interesses em conflito.

No entanto, inobstante, na esteira das reflexões acima, seja necessário encontrar as eventuais balizas para a utilização do instituto, é inegável a potencialidade instrumental do negócio jurídico processual na democratização do processo e na busca de efetivação de direitos, especialmente para a tutela coletiva, onde o instituto talvez encontre seu campo mais fértil e acolhedor.

De fato, com o avanço das discussões sobre democracia participativa e o papel ativo dos cidadãos na construção das decisões que lhes afetam, o panorama atual do processo civil traz à tona a necessidade de repensar mecanismos e estratégias processuais que se alinhem a este novo paradigma. A ideia de que os indivíduos não são apenas sujeitos passivos de decisões judiciais, mas também agentes ativos na construção de soluções, encontra ressonância na abordagem do já mencionado pamprinciologismo.

Ao considerar o negócio jurídico processual como ferramenta na busca por soluções mais adequadas às demandas coletivas, estamos reconhecendo a capacidade das partes envolvidas de co-criarem soluções, sob a égide do Poder Judiciário.

Nessa linha, embora tal abertura ao diálogo e à negociação, ainda que promissora, traga consigo os desafios inerentes mencionados e muitos outros, especialmente relacionados a evitar possíveis assimetrias de poder que possam comprometer a justiça das soluções alcançadas, ela vem acompanhada do encontro de caminhos procedimentais mais adequados à relevância e à multipolaridade dos interesses em litígio, naturalmente refratários a soluções previstas de forma abstrata e genérica na normativa processual

É indubitável, de fato, que a reflexão sobre tais instrumentos no cenário jurídico atual revela um movimento de renovação e adaptação às demandas contemporâneas, em que a busca por eficiência, justiça e participação coletiva convergem para a formação de um direito mais democrático, acessível e alinhado com as aspirações da sociedade. Afinal, um direito que não se adapta e não reflete as necessidades de sua população corre o risco de se tornar obsoleto e desconectado da realidade que busca regular.

Tal potencialidade instrumental não está limitada às demandas envolvendo direitos sociais demandados em face do Poder Público, como é o caso do direito à saúde, podendo ser também vislumbrada diante da tutela coletiva para a defesa de direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos em face de instituições privadas, onde há espaço extremamente fértil à dialogia e à cooperação e menores amarras relacionadas à indisponibilidade do interesse público.

## 5. CONCLUSÃO

Como aponta Taís Ferraz<sup>47</sup>, “a litigiosidade é um fenômeno estrutural, multifacetado e multicausal, qualificando-se como um problema complexo, que, por essa razão, resiste a abordagens simplificadoras, mutilantes ou reducionistas”.

Dentro deste cenário, respostas para questões complexas devem ser formuladas e reconhecidas no exame do todo, e não somente em seus aspectos superficiais ou com intuito generalizante.

Tendo isso em consideração, procurou-se, no presente artigo, as possíveis vantagens da utilização de negócios jurídicos processuais no contexto da tutela coletiva de direitos, seja como mecanismo para um maior protagonismo e corresponsabilidade dos interessados, seja como estratégia para uma maior efetividade dos relevantes direitos e interesses a serem assegurados e equilibrados.

Os negócios processuais atípicos, previstos no artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015<sup>48</sup> e ligados ao instrumentalismo substancial, talvez representem o instituto inovatório que mais se adeque à perspectiva de processo cooperativo, coexistencial, não necessariamente adversarial, e talvez sejam a solução mais eficiente para a conformação dos institutos de direito processual civil clássico individual às peculiaridades e desafios do processo coletivo.

Nesse contexto, sua utilização pode se dar não apenas como estratégia para a conformação do procedimento nas demandas judiciais, nas fases de conhecimento e cumprimento de sentença, como também na fase pré-processual, tendo-se, aqui, avaliado, dentre as possibilidades, a sua formalização em Termos de Ajustamento de Conduta, pelos legitimados à tutela coletiva.

Renunciando-se a ritos impostos ou aos abstratamente moldados no plano ideal e normativo, é possível antever diversas possibilidades de formatação do procedimento, de maneira a conferir efetividade à tutela diferenciada, garantir o direito de autodeterminação das partes e interessados e a customização de estratégias mais adequadas à compatibilização de interesses em litígios multipolares que envolvem direitos de grande repercussão social, jurídica, política ou econômica.

Embora ainda sejam tímidas as iniciativas para a utilização dos negócios jurídicos processuais na tutela coletiva, é possível perceber o seu potencial. Em sendo adotado sob os pressupostos da inovação responsável, seus resultados tendem a ser relevantes e sustentáveis enquanto instrumento a serviço da efetivação de direitos e se constituindo um passo relevante na direção da democratização do processo judicial.

---

47 FERRAZ, 2023, p. 173.

48 BRASIL, 2015.

Com os desafios que envolvem o novo instituo, estratégias também aparecem de enfrentamento. Entre elas, surge uma natural necessidade de capacitação e preparo dos magistrados e demais operadores do direito para lidar com essa nova realidade, que exige habilidades de mediação, negociação e compreensão das dinâmicas sociais.

Além disso, é fundamental que haja um monitoramento constante dessas práticas, visando identificar eventuais falhas e corrigi-las, bem como replicar as experiências bem-sucedidas. O negócio jurídico processual, como qualquer ferramenta, tem seu valor determinado pelo uso que se faz dele. Em mãos responsáveis e com a devida orientação, pode se tornar um instrumento valioso na promoção da justiça e da efetivação de direitos, especialmente os multifacetados.

No entanto, o objetivo é considerar uma opção que não subtraia o Judiciário de sua missão fundamental, estabelecida no preâmbulo da Constituição de 1988, de a justiça, a igualdade, a harmonia social e a solução pacífica das controvérsias, mas que amplifique os meios para uma atuação equilibrada e fomentadora da forma mais adequada do tratamento das demandas.

A avaliação do potencial de efetividade dos negócios jurídicos processuais, no presente artigo, adotou como elementos empíricos e para a identificação de categorias de análise, casos relacionados ao direito à saúde, em que o Poder Público figurou como litigante no polo passivo. Os achados revelam, porém, que a estratégia pode ser extrapolada para casos que não envolvam a Administração Pública, uma vez que ao se conferir maior autonomia às partes, os benefícios identificados nos casos sob estudo também deverão ser alcançados em demandas para a tutela coletiva de direitos em face de instituições privadas e frente a interesses não contemplados necessariamente em políticas públicas.

Afinal, quando as partes e interessados têm o poder de adaptar o procedimento ao contexto específico da lide, o Sistema de Justiça ganha em eficiência e o resultado final é mais provável de refletir um consenso genuíno entre os envolvidos, atuando como um catalisador para um novo paradigma, onde a resolução de conflitos é feita de forma mais cooperativa e menos impositiva.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha. *Direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz. Desafios do litígio multipolar. In: REICHEL, Luiz Alberto; JOBIM, Marco Félix (org.). *Coletivização e unidade do direito*, V. 1. Londrina: Thoth, 2019. p. 473-497.

BRASIL. Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VE-TADO) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 10649, 25 jul. 1985.

BRASIL. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990a. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 13563, 16 jul. 1990.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990b. Dispõe sobre a proteção do consumidor dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Suplemento, Brasília, DF, p. 1, 12 set. 1990.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de 4 março de 2015. **Código de Processo Civil**. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **REsp 1.810.444/SP**. Recurso Especial. Processo Civil. Liberdade Negocial Condicionada aos Fundamentos Constitucionais. CPC/2015. Negócio Jurídico Processual. Flexibilização do Rito Procedimental. Requisitos e Limites. Impossibilidade de Disposição sobre as Funções Desempenhadas pelo Juiz. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 23 fev. 2021 por unanimidade; DJe 28 abr. 2021.

BUCHMANN, Adriana. **Limites objetivos ao negócio processual atípico**. 2017. 395p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

BÜLOW, Oskar Von. **La teoria das excepciones procesales y presupuestos procesales**. Buenos Aires: EJE, 1964.

CEARÁ (Estado). Tribunal Regional Federal da 5ª Região (6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará). **Ação Civil Pública n.º 0002012-48.2006.4.05.8100**. Parte autora: Ministério Público Federal. Parte ré: União, Estado do Ceará, Município de Fortaleza/CE e Universidade Federal do Ceará (UFC). Fortaleza, CE, 24 nov. 2010.

CEARÁ (Estado). Tribunal Regional da 5ª Região (6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará). **Processo n.º 0005877-06.2011.4.05.8100**. Ação Civil Pública. Sistema Único De Saúde (SUS). Litisconsórcio Necessário. União. Estado do Ceará. Município de Fortaleza. Internação Psiquiátrica. Diminuição do Número de Leitos. Tempo de Espera. Juiz Ricardo José Brito Bastos Aguiar de Arruda. Fortaleza, CE, 25 mai. 2012.

CEARÁ (Estado). Tribunal Regional Federal da 5ª Região (6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará). **Ação Civil Pública n.º 0811930-91.2016.4.05.8100**. Parte autora: Ministério Público Federal. Parte ré: União, Estado do Ceará e

Município de Fortaleza/CE. Juíza Cintia Menezes Brunetta, Fortaleza, CE, 22 nov. 2017.

CEARÁ (Estado). Tribunal Regional da 5ª Região (6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará). **Processo n.º 0801501-31.2017.4.05.8100**. Parte autora: Defensoria Pública da União. Parte ré: União, Estado do Ceará, Município de Fortaleza/CE, Universidade Federal do Ceará (UFC) e Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh). Juiz Walter Cantídio. Fortaleza, CE, 17 dez. 2018.

CHENWI, Lilian. **'Meaningful engagement' in the realisation of socio-economic rights: the South African experience**. In: SAPL, v. 26, p. 128-156, 2011. Disponível em: <https://unisapressjournals.co.za/index.php/SAPL/article/view/15213/7349>. Acesso em: 10 jun. 2025.

CIENA, Fabiana Polican; PEDROZO, Luiz Henrique Batista de Oliveira.; TIROLI, Luiz Gustavo. **O fenômeno do panprincipiologismo no ordenamento jurídico brasileiro: uma discussão sobre ativismo judicial e judicialização da política**. In: *Brazilian Journal of Development*, Curitiba, PR, v. 6, n. 3, p. 9840-9854, 2020. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/7307> . Acesso em: 14 out. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022**. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/justica-em-numeros-2023-010923.pdf> . Acesso em 14 out.2023.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução n.º 118 de 1º de dezembro de 2014. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Auto-composição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 27 jan. 2015.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução nº 174 de 4 de julho de 2017. Disciplina, no âmbito do Ministério Público, a instauração e a tramitação da Notícia de Fato e do Procedimento Administrativo. **Diário Eletrônico do CNMP**, Caderno Processual, Brasília, DF, p. 3-5, 21 jul. 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil, in Negócios Processuais, Coleção Grandes Temas do Novo CPC**. Coord. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: JusPodivm, 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. (coord.). **Repercussões do novo CPC - processo coletivo**. Salvador: Juspodvm, 2021.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.

ESOPO. O lobo, a raposa e o macaco. *Universo Fabulas*, 2022. Disponível em: [http:// universodasfabulas.blogspot.com/2014/01/o-lobo-raposa-e-o-macaco.html](http://universodasfabulas.blogspot.com/2014/01/o-lobo-raposa-e-o-macaco.html). Acesso em: 31 jul. 2022.

FERRAZ, Taís Schilling. Legitimidade da Defensoria Pública na tutela coletiva de direitos. In: GIDI, Antônio; TESHEINER, José Maria; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. (org.). **Processos coletivos: ação civil pública e ações coletivas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 109-134.

FERRAZ, Taís Schilling. A atividade do juiz frente aos litígios estruturais: mais conexões; menos protagonismo. In: REICHELT, Luiz Alberto; JOBIM, Marco Félix (org.). **Coletivização e unidade do direito**, v. 1, Londrina: Thoth, 2019. p. 513-526.

FERRAZ, Taís Schilling. A litigiosidade como fenômeno complexo: quanto mais se empurra mais o sistema empurra de volta. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, DF, v. 25 n. 135, p. 163-191, jan./abr. 2023. Disponível em <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/2847/1450>. Acesso em 14 out. 2023.

GAVRONSKI Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GIDI, Antônio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**. Forense, 2008, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4047407>. Acesso em: 14 out. 2023.

KAFKA Franz. **O processo**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2005.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. **Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

STRECK Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Do pamprinciologismo à concepção hipossuficiente de princípio: Dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 49 n. 194, p. 7-21, abr./jun. 2012. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496574>. Acesso em: 14 out. 2023.

VITORELLI, Edilson. Medidas Estruturais extrajudiciais: implementando mudanças estruturais pela via do consenso. In VITORELLI, Edilson; OSNA, Gustavo; ZANETI JUNIOR, Hermes; REICHELT, Luís Alberto; JOBIM, Marco

Félix; ARENHART, Sérgio Cruz. (org.). **Coletivização e unidade do direito**, V. II. Londrina: Thoth, 2020. p. 287-310.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

Recebido em: 23/11/2024

Aprovado em: 24/06/2025





# LAS LAGUNAS DE LA LEY: ANÁLISIS DE VACÍOS NORMATIVOS Y SU GESTIÓN EN UN SISTEMA JURÍDICO DINÁMICO\*

## AS LACUNAS DA LEI: ANÁLISE DOS VAZIOS NORMATIVOS E SUA GESTÃO EM UM SISTEMA JURÍDICO DINÂMICO

## LEGAL LOOPHOLES: AN ANALYSIS OF NORMATIVE VOIDS AND THEIR MANAGEMENT IN A DYNAMIC LEGAL SYSTEM

ENRIQUE VARSİ-ROSPIGLIOSI \*\*

MAICI COLOMBO \*\*\*

### RESUMEN

El concepto de lagunas de la ley en los sistemas jurídicos de tradición romanística responde a la imposibilidad de las normas jurídicas para prever todas las situaciones sociales, lo que genera vacíos normativos que requieren mecanismos supletorios para su solución. El artículo tiene como objetivo analizar estas lagunas desde una perspectiva teórica y práctica, explorando su naturaleza, tipologías y herramientas de integración jurídica. La metodología utilizada combina un enfoque analítico-descriptivo con el análisis doctrinal y comparado de sistemas jurídicos. Se concluyó que la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico depende del marco teórico adoptado. Para quienes creen en la integridad del ordenamiento jurídico como un sistema cerrado

### RESUMO

O conceito de lacunas jurídicas nos sistemas de direito civil decorre da impossibilidade de as normas jurídicas preverem todas as situações sociais, o que gera lacunas normativas que exigem mecanismos suplementares para sua resolução. Este artigo teve como objetivo analisar essas lacunas de uma perspectiva teórica e prática, explorando sua natureza, tipologias e ferramentas de integração jurídica. A metodologia utilizada combina uma abordagem analítico-descritiva com a análise doutrinária e comparativa dos sistemas jurídicos. Concluiu-se que a existência de lacunas no ordenamento jurídico depende do marco teórico adotado. Para aqueles que acreditam na integridade do ordenamento jurídico como um sistema fechado de normas,

\* Este artículo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación titulado «Tratado de Derecho Civil. Los principios generales en el Título Preliminar del Código Civil» patrocinado por el Instituto de Investigaciones Científicas (IDIC) de la Universidad de Lima, con código presupuestario PI.61.001.2024.

\*\* Abogado por la Universidad de Lima, magíster en Derecho Civil y Comercial y doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor Investigador del Instituto de Investigación Científica y coordinador del Grupo de Investigación de Derecho Civil, Carrera de Derecho, Perú – Universidad de Lima. Docente por la Universidad de Lima y Universidad Nacional Mayor de San Marcos. *E-mail*: [evarsi@ulima.edu.pe](mailto:evarsi@ulima.edu.pe). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7206-6522>.

\*\*\* Abogada por la Pontificia Universidad Católica de Campinas, magíster en Derecho civil por la Universidad Estatal de Rio de Janeiro, Doctoranda por la Universidad de São Paulo. Investigadora externa del Instituto de Investigación Científica, Grupo de Investigación en Derecho civil, Carrera de Derecho, Perú – Universidad de Lima. Docente por la Pontificia Universidad Católica de Campinas. *E-mail*: [maicibarboza@usp.br](mailto:maicibarboza@usp.br). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1834-9572>.

de normas, las lagunas en el derecho no son posibles y para aquellos que conciben el ordenamiento como un sistema abierto, las lagunas son viables. La adecuada gestión de las lagunas es fundamental para preservar la coherencia y la integridad del sistema jurídico. Los mecanismos de integración permiten al Derecho adaptarse a nuevas realidades sociales y tecnológicas, garantizando justicia y equidad. El rol del juez es clave en este proceso, frente a la prohibición del *non liquet*.

**PALABRAS CLAVE:** Lagunas de la ley. Vacíos. Analogía. Principios generales del derecho. Integración jurídica. Coherencia jurídica.

*as lacunas jurídicas não são possíveis, enquanto para aqueles que concebem o ordenamento jurídico como um sistema aberto, as lacunas são inevitáveis. O gerenciamento adequado das lacunas é fundamental para preservar a coerência e a integridade do sistema jurídico. Os mecanismos de integração permitem que a lei se adapte às novas realidades sociais e tecnológicas, garantindo a justiça e a equidade. O papel do juiz é fundamental nesse processo, em face da proibição do non liquet.*

**PALAVRAS-CHAVE:** Lacunas da lei. Vazios. Analogia. Princípios gerais de direito. Integração jurídica. Coerência jurídica.

## ABSTRACT

*The concept of legal gaps in civil law systems stems from the impossibility of legal norms to foresee all social situations, which generates normative gaps that require complementary mechanisms for their resolution. This article aims to analyze these gaps from a theoretical and practical perspective, exploring their nature, typologies and tools for legal integration. The methodology used combines an analytical-descriptive approach with the doctrinal and comparative analysis of legal systems. It was concluded that the existence of gaps in the legal order depends on the theoretical framework adopted. For those who believe in the integrity of the legal order as a closed system of norms, legal gaps are not possible, while for those who conceive of the legal order as an open system, gaps are inevitable. The proper management of gaps is fundamental to preserving the coherence and integrity of the legal system. Integration mechanisms allow the law to adapt to new social and technological realities and ensure justice and equity. The role of the judge is key in this process, given the prohibition of non liquet.*

**KEYWORDS:** Loopholes. Legal Gaps. Analogy. General principles of law. Legal Integration. Legal Coherence.

**SUMÁRIO:** 1. El problema de las lagunas jurídicas. 2. Concepto e implicaciones de las lagunas 3. Lagunas en la ley y plenitud del ordenamiento jurídico. 4. Escenarios lagunosos y no lagunosos. 5. Tipos de lagunas. 6. Análisis de la tipología 7. Integración de las normas. 8. Conclusiones.

## INTRODUCCION

Las lagunas de la ley, definidas como vacíos normativos derivados de la incapacidad de las normas para prever todas las situaciones sociales, representan un desafío inherente al Derecho. Estas carencias, presentes desde el Derecho Romano, evidencian las limitaciones del legislador y exigen mecanismos de integración como la analogía y los principios generales del Derecho para garantizar la coherencia y funcionalidad del sistema jurídico. Además, subrayan el papel fundamental del juez en la resolución de casos no contemplados por las normas existentes.

El artículo tiene como objetivo analizar estas lagunas desde una perspectiva teórica y práctica, explorando su naturaleza, tipologías y herramientas de integración jurídica. Destaca cómo las lagunas son un reflejo de la constante evolución de las sociedades y cómo, a través de una adecuada gestión, pueden convertirse en oportunidades para fortalecer el sistema jurídico frente a las demandas contemporáneas.

La metodología utilizada combina un enfoque analítico-descriptivo con el análisis doctrinal y comparado de sistemas jurídicos. Se revisan fuentes históricas, como el Derecho Romano, para contextualizar el origen de las lagunas, y estudios modernos que evalúan las herramientas disponibles para abordarlas. Asimismo, el enfoque crítico-reflexivo permite evaluar la efectividad de estas soluciones en un contexto marcado por rápidos avances sociales y tecnológicos.

El estudio concluye que la adecuada gestión de las lagunas de la ley no solo es esencial para mantener la justicia y la equidad, sino también para garantizar un sistema legal adaptable y dinámico. Propone un modelo jurídico que responda a las nuevas realidades sociales, asegurando la estabilidad y funcionalidad del Derecho en un entorno en constante transformación.

## 1. EL PROBLEMA DE LAS LAGUNAS JURÍDICAS

El apego al método de subsunción como técnica de aplicación del derecho fue la tónica del positivismo jurídico, ya que la ley positiva simboliza la limitación del arbitrio del juzgador en la aplicación del precepto normativo. En el análisis de Ferraz Jr, “el derecho positivo no es solo aquello que es puesto, sino también aquello cuyas premisas de la decisión que le fundamentan son también puestas por una decisión.”<sup>1</sup>

La subsunción parte del principio de que la aplicación del derecho se hace por una operación silogística racional deductiva donde la ley es la premisa

1 “Dicho de otro modo, el Derecho positivo no es sólo el que se establece por decisión, sino también aquel cuyas premisas para la decisión que lo establece también se establecen por decisión “ En el original: “Em outras palavras, direito positivo é não só aquele que é posto por decisão, mas, além disso, aquele cujas premissas da decisão que o põem também são postas por decisão”. (FERRAZ JR., 2023, p. 73).

mayor, el hecho la premisa menor y la decisión jurídica es la síntesis de este razonamiento.<sup>2</sup>

En este contexto, las lagunas ocurren cuando a un hecho no responde una tipificación por disposición de ley,<sup>3</sup> donde se concluye que se tratan de vacíos normativos, situaciones no contempladas explícitamente por el legislador. Surgen cuando la norma no regula algún aspecto de la realidad social, dejando ciertos conflictos sin respuesta jurídica.

Para English, el concepto de laguna aplicado al derecho significa que “se trata de una incompletitud insatisfactoria dentro del conjunto legal”.<sup>4</sup> No solamente el vacío propiamente dicho puede configurar una laguna, sino también las respuestas existentes, pero no justas del derecho.

En el derecho escrito, como en los sistemas de tradición romanística,<sup>5</sup> las lagunas representan un reto para los operadores del Derecho, quienes deben encontrar soluciones para situaciones no previstas por el legislador. Estas son recurrentes en la práctica jurídica y evidencian las limitaciones inherentes de los sistemas normativos.

El desafío central de las lagunas radica en la capacidad limitada de las normas para prever la infinidad de problemas jurídicos que pueden surgir en las relaciones intersubjetivas y, por tanto, de la imposibilidad de aplicación de una lógica de subsunción para la solución jurídica. Ante esto, surgen preguntas claves: ¿Es posible que el Derecho contemple todas las hipótesis de hecho con relevancia jurídica? Si esto no es factible, ¿Qué enfoque adopta el ordenamiento jurídico frente al vacío legislativo?

A pesar de las críticas hechas respecto de la utilización del método de subsunción para aplicación de la ley al caso concreto, es evidente que la laguna legal gana importancia especialmente por la dinamicidad de las relaciones contemporáneas, por ejemplo con relación al avance de la tecnología y el advenimiento de la inteligencia artificial, que influye en diversas áreas del derecho desde el derecho negocial hasta el derecho de familia.<sup>6</sup>

---

2 BITTAR, 2022, p. 203

3 FONSECA, 1979, p. 325.

4 ENGLISH, 2014, p. 276.

5 Como dice Théophile Huc, “En derecho puramente consuetudinario, no puede haber lagunas en la ley. El juez encargado de aplicar los precedentes puede, en su ausencia, crearlos él mismo. Sin embargo, en el Derecho codificado no es así: incluso la mejor y más completa codificación imaginable sigue dejando la siguiente dificultad teórica: ¿cómo debe aplicarse la ley, si es que debe aplicarse, en los casos no previstos en el Código?” En el original: «Sous l’empire d’un droit purement coutumier, il ne saurait y avoir de lacunes dans la loi. Le juge chargé d’appliquer *les précédents*, peut, à leur défaut, en créer lui-même. Sous l’empire d’un droit codifié, il n’en est pas ainsi: la codification la mieux faite et la plus complète qu’il soit possible d’imaginer, laisse toujours subsister la difficulté théorique suivante: comment devra-t-on statuer, le cas échéant, dans les cas non prévues par le Code?» (HUC, 1892, p. 165).

6 Sobre el problema de las lagunas jurídicas desde la perspectiva civil-constitucional, Cf. KONDER, 2022.

Como indica Limongi França<sup>7</sup> el propósito de abordar las lagunas es integrar efectivamente el Derecho. Por tanto, la integración de la ley es crucial para evitar la desconexión entre las normas abstractas y la realidad concreta, garantizando que el sistema legal no solo sea teóricamente robusto sino que también sea prácticamente eficaz.

Para garantizar la integridad del sistema jurídico es crucial abordar eficazmente las lagunas legales. Esto implica adaptarse a los cambios sociales y tecnológicos y aplicar métodos de integración como la analogía y los principios generales del derecho para asegurar que ninguna situación quede desamparada

## 2. CONCEPTO E IMPLICACIONES DE LAS LAGUNAS

El término laguna proviene del latín *lagūna*.

En el ámbito jurídico se utiliza de forma figurativo, en sentido metafórico,<sup>8-9</sup> para referirse al vacío o a la ausencia de una norma.<sup>10</sup>

Ha sido adoptado para describir aquellas áreas no cubiertas por una normativa específica donde el ordenamiento legal presenta una deficiencia en su alcance.

En otras lenguas, el fenómeno de las lagunas puede ser identificado como *loopholes* o *legal gap*, en inglés, *Gesetzeslücke* en alemán, *lacunes de la loi* en francés, *silenzi normativi*, o *vuoti normativi* en italiano y *lacunas da lei* en portugués.

A pesar de la relevancia de la ley positiva como fuente primaria de derecho en el contexto del positivismo jurídico desde la modernidad --mismo en el Derecho Romano-- la existencia de lagunas ya era mitigada mediante el uso de la analogía<sup>11</sup> y la equidad<sup>12</sup>, herramientas que permitían a los juristas aplicar normas existentes a casos no previstos.

Durante la Edad Media, el Derecho Canónico abordó este fenómeno estableciendo precedentes.<sup>13</sup> Estas soluciones históricas influyeron profundamente

7 Respecto a la relación entre las lagunas y la aplicación del derecho, según Limongi França: “Por nuestra parte, utilizamos la palabra como sinónimo de aplicación, con vistas a la circunstancia de que, al aplicar la ley, el intérprete la convierte de un principio puramente eidético en una realidad de hechos socio-jurídicos.” En el original: “De nossa parte, utilizamos o vocábulo como sinônimo de aplicação, com vistas postas na circunstância de que, ao aplicar a lei, o intérprete faz com que, de princípio puramente eidético, a lei passe a integrar-se na realidade dos fatos sociojurídicos.” (LIMONGI FRANÇA, 2009, p. 41).

8 DíEZ-PICAZO, 1982, p. 279.

9 DINIZ, 2024, p. 100.

10 Según Francisco Amaral: que “[una] laguna es la ausencia de una norma adecuada al caso concreto”. En el original: “a lacuna é a ausência de uma norma adequada ao caso concreto.” (AMARAL, 2017, p. 182).

11 Sobre el uso de la analogía en el derecho romano: GIORDANI, 1996, p. 131.

12 CARMIGNANI, 2009, *passim*.

13 Cf. GILISSEN, J. Le problème des lacunes du droit dans l'évolution du droit médiéval et moderne. In: PERELMAN, 1968.

en el desarrollo de la teoría moderna sobre las lagunas legales. Es en el siglo XIX y desenvueltas en el siglo XX que la doctrina reconoce la existencia de lagunas y que son resueltas a través de un proceso jurídico científico de la integración.<sup>14</sup>

A propósito de la integración jurídica, English afirma que ésta presupone la laguna jurídica: “[l]as lagunas son deficiencias del Derecho positivo”.<sup>15</sup> Para él, se producen cuando hay falta o defectos del contenido de la reglamentación jurídica para determinadas situaciones de facto en las que la reglamentación es esperada.<sup>16</sup> Para este autor, en el derecho consuetudinario las lagunas son posibles ya que las costumbres y la jurisprudencia pueden no alcanzar todos los hechos sociales.

Laguna es ausencia o insuficiencia normativa. Un vacío o deficiencia, falta o carencia. La laguna es la razón de ser de la analogía; sin ella, esta es innecesaria; es más, en algunas situaciones hasta violadora de derechos<sup>17</sup>. Téngase en cuenta que Menezes plantea que no es posible pedir al juez que colme las lagunas, él podría resolver determinados casos concretos recurriendo a la buena fe o al abuso del derecho.<sup>18</sup>

Para Diniz, la laguna es un *dubium* (duda), una cuestión fundamentalmente aporética (imposibilidad de resolver un problema); densa y problemática que le envuelve.<sup>19</sup> Según la misma autora “el Derecho no es un sistema jurídico, sino una realidad que puede ser estudiada sistemáticamente por la ciencia del Derecho”.<sup>20</sup> A partir del enfoque sistemático del Derecho, se debate si los elementos internos del sistema jurídico son capaces de proporcionar todas y cada una de las soluciones a las demandas sociales o si existen lagunas que deben ser colmadas. El ordenamiento jurídico, como un queso bola, tiene oquedades: ...lagunas que deben ser integradas.<sup>21</sup>

Por esa razón, se dice que la ley tiene lagunas, el Derecho no.<sup>22-23</sup> No afectan al Derecho, al ser este un todo, solo a la ley como manifestación escrita del

---

14 MENEZES CORDEIRO, 2016, p. 739.

15 ENGLISH, 2014, p. 279.

16 ENGLISH, 2014, p. 279.

17 TENORIO, 1955, p. 110.

18 MENEZES CORDEIRO, 2016, p. 741.

19 DINIZ, 2024, p. 111.

20 DINIZ, 2019, p. 40.

21 DíEZ-PICAZO, 1982, p. 279.

22 Según la metodología civil-constitucional, no solo la ley debe ser aplicada en los casos individualizados, pero todo el sistema jurídico, haya o no laguna. (KONDER, 2022, p. 180).

23 Para Bobbio: “Sin embargo, si queremos formular el problema en su sentido propio, no deberíamos hablar de la completitud (o lagunas) del Derecho, sino de la completitud o (lagunas) de la ley: En efecto, decir que el Derecho es completo (y que, por tanto, no tiene lagunas) es una afirmación obvia, pero de poca importancia, si por ‘derecho’ entendemos las normas derivadas de cualquier fuente, incluida la judicial (pues es sabido que si las otras fuentes han dejado lagunas, el juez, al resolver los litigios, está obligado a llenarlas); en cambio, debería-

mismo. De Vecchio plantea categóricamente que “es más conforme a la verdad, el admitir francamente que en todo sistema jurídico existen lagunas”.<sup>24</sup>

El concepto de laguna pone de manifiesto que el Derecho debe ser construido sobre la marcha, dado que no todas las situaciones encuentran una solución en la normativa preexistente.

La laguna en cualquier sistema de normas ocurre cuando hay situaciones que el sistema no puede regular, *i.e.*, cuando no está claro si estas situaciones pertenecen o deberían pertenecer al sistema; se menciona que el sistema, entendido de manera tradicional, es un conjunto ordenado y limitado de partes que en teoría debería ser completo, pero puede volverse incompleto si se ve afectado por su interacción con otros sistemas con los que comparte límites.<sup>25</sup>

Esto se debe a imperfecciones o una falta específica de previsión por parte del legislador, resultando en situaciones que carecen de una regulación clara dentro del marco legal existente. En palabras de Villela “pueden surgir casos sobre los que el legislador no haya deliberado. Y cuando esto ocurre, se dice que hay una laguna en el ordenamiento jurídico”.<sup>26</sup>

Las lagunas son inherentes al sistema de codificación debido a la complejidad de las relaciones sociales y a la evolución de las costumbres, derivan de la imposibilidad material de contemplar en la ley todas las posibilidades fácticas relevantes para el Derecho. Estas no implican un carácter de insuficiencia del ordenamiento jurídico en su totalidad, sino la imposibilidad de recurrir a la ley como única fuente de Derecho.

El concepto de lagunas de la ley refiere a la ausencia de una normativa específica en el ordenamiento jurídico para regular ciertos hechos. Estas pueden manifestarse de manera *i) total*, cuando no existe ninguna disposición legal aplicable, o; *ii) parcial*, cuando la regulación existente es insuficiente, ambigua o inaplicable a las circunstancias dadas.

Dado que es imposible anticipar todas las situaciones en una sociedad dinámica y en constante evolución, los vacíos de la ley requieren la implementación de mecanismos de integración y supletorios que ajusten y complementen el marco legal existente.

---

mos hablar de lagunas de la ley, es decir, con referencia a las normas instituidas por una fuente concreta del derecho, el poder legislativo”. En el original: “Se, porém, quisermos formular o problema no seu significado mais próprio, não devemos falar de completude (ou de lacunas) do direito, mas de completude ou (de lacunas) da lei: com efeito, dizer que o direito é completo (e, portanto, não tem lacunas) é afirmação óbvia, mas de pouca importância, se por ‘direito’ se entender as normas derivadas de qualquer fonte, inclusive a judiciária (por ser pacífico que, se as outras fontes deixaram lacunas, o juiz, ao resolver as controvérsias, é obrigado a preenchê-las); deve-se falar, em vez disso, de lacunas da lei, isto é, com referência às normas instituídas por uma específica fonte do direito, o poder legislativo.” (BOBBIO, 2022, p. 242).

24 DEL VECCHIO, 1974, p. 344.

25 FERRAZ JR., 2023, p. 202.

26 VILLELA, 1961, p. 221.

Sin mecanismos adecuados para enfrentar estas lagunas, el Derecho podría volverse ineficaz ante nuevas realidades sociales, comprometiendo la justicia y la equidad. La adaptabilidad del Derecho es esencial para su relevancia continua en una sociedad en constante evolución.

Los sistemas normativos normalmente disponen sobre la solución que se debe adoptar cuando, en el proceso de aplicación de la ley, se está frente de una laguna. De forma lógica, un ordenamiento jurídico podría *i) solicitar intervención legislativa*: el juez puede remitir el caso a las autoridades competentes, solicitando la creación de una norma que regule la situación; *ii) aplicar recursos supletorios*: en ausencia de una norma directa, el juez puede recurrir a principios generales del derecho o a la doctrina para tomar una decisión; *iii) rechazo de la demanda*: si no hay una base legal clara, el juez debe aplicar los recursos para resolver el vacío o declarar que no hay fundamento para el reclamo.<sup>27</sup>

Estas alternativas subrayan que el juez no puede permanecer inactivo ante lagunas y debe optar por aplicar recursos supletorios o involucrar a las autoridades competentes para crear una norma que resuelva el vacío.

El Código Civil Peruano, en el art. VIII<sup>28</sup> del Título preliminar, identifica las lagunas dentro del término “deficiencia”; mientras que el art. X<sup>29</sup> emplea el término “vacío”, al igual que la Constitución Política del Perú, arts. 139-8<sup>30</sup> y 159-7<sup>31</sup>. Indirectamente, las lagunas también están tratadas en los arts. IV y IX, referidos al límite a la aplicación analógica de la ley y la aplicación supletoria del Código civil, respectivamente. El derecho civil brasileiro dispone de las lagunas en el artículo 4º de la Ley de Introducción a las Normas de Derecho Brasileiro (LINDB), al referirse a la omisión de la ley.<sup>32</sup> También el Código Procesal Brasileiro hace referencia expresamente a las lagunas en el artículo 140.<sup>33</sup>

---

27 LIMONGI FRANÇA, 2009, p. 42.

28 Artículo VIII.- Obligación de suplir los defectos o deficiencias de la ley. Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.

29 Artículo X.- La Corte Suprema de Justicia, el Tribunal de Garantías Constitucionales y el Fiscal de la Nación están obligados a dar cuenta al Congreso de los vacíos o defectos de la legislación.

Tienen la misma obligación los jueces y fiscales respecto de sus correspondientes superiores.

30 Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

31 Artículo 159.- Corresponde al Ministerio Público: [...] 7. Ejercer iniciativa en la formación de las leyes; y dar cuenta al Congreso, o al Presidente de la República, de los vacíos o defectos de la legislación.

32 “Cuando la ley es omisa, el juez decidirá el caso según la analogía, la costumbre y los principios generales del derecho.” En el original: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

33 “El juez no está exento de resolver por laguna u oscuridad del ordenamiento jurídico”. En el original: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”.



Tanto en el derecho brasileiro como en el derecho peruano se hace presente el principio de la prohibición de decisiones *non liquet*, consagrándole al juez la obligación de juzgar si no hay ley específica para el hecho. Por lo tanto, la identificación de las lagunas es crucial para la integración de las leyes por medio de otras fuentes de derecho.

Por lo tanto, es evidente que los sistemas jurídicos locales estudiados favorecen la segunda solución propuesta por Limongi França, prohibiendo al juez eximirse del proceso o remitir el asunto al poder legislativo.

La detección de lagunas y sus consecuencias para la integración de la norma en casos concretos son especialmente evidentes en los desafíos planteados por las nuevas tecnologías, como el estatus jurídico de los embriones excedentes, las técnicas de reproducción humana asistida y la regulación de la inteligencia artificial, que ejemplifican claramente esta problemática.

Las lagunas en la ley evidencian la necesidad de herramientas jurídicas como la analogía que permiten subsanar las omisiones del legislador. Estas técnicas aseguran la coherencia y la integridad del ordenamiento jurídico, adaptándolo a situaciones no previstas. Sin embargo, es crucial reconocer que estos vacíos son propios de la ley, no del Derecho en su totalidad, el cual, como ciencia, se mantiene íntegro y sin lagunas.

### 3. LAGUNAS EN LA LEY Y PLENITUD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Aquellos que afirman no ser posible la existencia de lagunas en el sistema jurídico adhieren a la posición de la plenitud hermética del ordenamiento jurídico, que significa que el sistema jurídico es un sistema cerrado, perfecto y completo. Esta comprensión se contrapone a la idea de ordenamiento jurídico abierto, que se flexibiliza y se dinamiza en diálogo con elementos no jurídicos.

Menezes<sup>34</sup> cita con precisión que para Savigny no existían las lagunas propiamente dichas en el Derecho; en todo caso, las lagunas se encuentran en las fuentes formales, como la ley, pero no en la ciencia del Derecho; es esta última la que permite resolver tales vacíos mediante la integración, recurriendo a métodos como la analogía. De manera similar, Veloso afirmó la integridad del ordenamiento jurídico, declarando que este “es completo, no tiene lagunas” y que “el Derecho, como orden global, no puede tener lagunas ni vacíos insalvables”.<sup>35</sup> La postura de Veloso<sup>36</sup>, lejos de negar las lagunas, destacaba la diferencia entre las lagunas en la ley y en el sistema jurídico, enfatizando que “la ley

---

34 MENEZES CORDEIRO, 2016, p. 739.

35 VELOSO, 2005, p. 55.

36 VELOSO, 2005, p. 55.

puede callar”; admitió que, por más perspicaz y previsor que sea el legislador, es imposible regular todas las situaciones que puedan surgir en la sociedad.

En ese mismo sentido, Nader<sup>37</sup> considera que el Derecho positivo es un todo completo de soluciones para los problemas emergentes en la vida social; en ningún caso, por más inusitado que sea, deja de encontrar un orden jurídico a su norma disciplinadora.

Villela consideró incontestable la existencia de lagunas, debido a la imposibilidad de abarcar toda la vastedad de las manifestaciones humanas en un Código; en sus palabras, “[s]ería inútil cuestionar la presencia de lagunas en el sistema jurídico; valdría la pena por la absurda pretensión de querer aprisionar en un código todas las manifestaciones e infinitas virtualidades del hombre y de los grupos sociales.”<sup>38</sup> Esta idea resalta la inevitabilidad de las lagunas jurídicas, ya que ningún código puede abarcar todas las posibles situaciones humanas y sociales debido a su infinita diversidad. Pretender lo contrario sería una ambición irreal y absurda. El derecho debe adaptarse a las realidades dinámicas en lugar de intentar encajarlas en normas rígidas.

Diniz<sup>39</sup> discrepa de las corrientes doctrinarias que consideran al sistema jurídico como un conjunto cerrado, en el cual todo comportamiento está deónticamente determinado; estas corrientes se fundamentan en el dogma de la plenitud hermética del ordenamiento jurídico, sustentado en el principio de libertad individual según el cual “todo lo que no está prohibido, está permitido”, lo que implicaría la inexistencia de lagunas en el Derecho. La crítica de Diniz se basa en el concepto de que el sistema jurídico no es un “todo” y “autosuficiente”, donde cada comportamiento humano estaría regulado de manera exhaustiva por normas jurídicas, ignorándose la realidad de las lagunas legales. El sistema jurídico no es completamente autosuficiente, existen lagunas legales que el enfoque de completitud desconoce.<sup>40</sup>

La relación entre las lagunas y el principio de libertad individual se encuentra en la interacción entre la falta de regulación y la autodeterminación. Cuando la ley presenta lagunas surge la cuestión de cómo actuar frente a esa ausencia. El principio mencionado se erige como una guía, al implicar que, en ausencia de una prohibición o mandato legal, las personas tienen la libertad de actuar según su criterio. En otras palabras, si una conducta no está explícitamente regulada ni prohibida, no existe una obligación o restricción sobre ella.

---

37 NADER, 2018, p. 86.

38 En el original: “Vão seria contestar a presença de lacunas no ordenamento jurídico. Valeria pela pretensão absurda de querer aprisionar em um código tôdas as manifestações e infinitas virtualidades do homem e dos grupos sociais.” (VILLELA, 1961, p. 224).

39 DINIZ, 2024, p. 100.

40 DINIZ, 2024, p. 100.

Este principio, que subraya la legalidad y la libertad, refuerza la idea de que el Derecho no debería limitar acciones o imponer deberes más allá de lo que está claramente establecido. Ante una laguna, se interpreta que lo no regulado no es jurídicamente exigible ni restringible, lo que otorga un margen de autonomía al ciudadano y obliga a los jueces y operadores del Derecho a buscar soluciones basadas en la analogía, los principios generales del Derecho o la equidad para resolver los casos que enfrentan estas lagunas.

Si no admitiéramos el carácter lagunoso del sistema jurídico, el Poder Legislativo, en un momento dado, carecería de funciones, porque todas las conductas ya estarían prescritas en virtud del principio que “todo lo que nos está prohibido, está permitido.”<sup>41</sup>

Todavía, partimos de la premisa de que el ordenamiento jurídico no padece de lagunas reales porque bajo el pensamiento sistemático debe haber cohesión y unidad entre los elementos del sistema, de manera que la ley escrita no es el único elemento del sistema y por tanto, no es la única fuente del derecho.<sup>42</sup> La norma jurídica se materializa al aplicarse a un caso concreto, independientemente de que la fuente del derecho sea la ley positiva; esto se debe a que la norma puede originarse a través de métodos de integración o mediante la aplicación del conjunto axiológico que conforma el ordenamiento jurídico.<sup>43</sup>

Además, no debe haber una separación rigurosa y dicotómica entre los hechos y el mundo del derecho como si fueran universos distintos. La dinámica del ordenamiento jurídico surge de la necesidad de que las normas jurídicas se adapten a las contingencias sociales propias de cada contexto histórico.<sup>44</sup> No se rechaza que la construcción de la norma en el caso concreto se caracteriza como una creación jurídica a partir de todos los elementos del sistema.<sup>45</sup>

41 DINIZ, 2024, p. 99.

42 Por razones diversas, la posición adoptada en este trabajo está alineada con el pensamiento descrito en Larenz y atribuido a Stammler: “También se suele decir que sólo la ley o el derecho constituido por normas puede tener lagunas, pero no el derecho como un todo de sentido, que contendría siempre una norma jurídica que permitiría resolverla, y que sólo no ha sido conocida y formulada hasta ahora.” En el original: Diz-se também com frequência que só a lei ou o Direito conformado em regras podem ter lacunas, mas não o Direito como um todo de sentido, este conteria sempre uma norma jurídica que possibilitasse a resolução e que só não foi ainda conhecida e formulada até o momento.” (LARENZ, 2014, p. 572).

43 PERLINGIERI, 2008, p. 201. Cf. también: KONDER, 2022.

44 PERLINGIERI, 2008, p. 91.

45 Sobre el concepto de sistema, Cf. CANARIS, 1996. No obstante, el autor admita la posibilidad de lagunas normativas en el sistema jurídico las cuales se debería rellenar con el pensamiento tópico: “Aunque la actualidad no puede abarcar de este modo correcta y fundamentalmente toda la estructura de la ciencia del derecho, existen, no obstante, ámbitos en los que tiene un papel legítimo que desempeñar. Éstos se plantean sobre todo allí donde falta una evaluación jurídica suficiente y donde, por tanto, no hay lugar para una reflexión sistemática”. En el original: “Embora dessa forma a tópica não possa abarcar, com correção e no fundamento a estrutura da Ciência do Direito, há no entanto áreas nas quais ela tem uma função legítima a desempenhar. Elas surgem, sobretudo, onde faltem valorações legais bastantes e onde, por

El objetivo no es profundizar en el concepto de sistema, sino enfocar este estudio en las lagunas de la ley que surgen en situaciones no contempladas o insuficientemente reguladas por el legislador. Estas pueden deberse a un olvido, una imprevisión deliberada o la imposibilidad de prever todos los escenarios posibles, dejando ciertos aspectos sin regulación explícita.

#### 4. ESCENARIOS LAGUNOSOS Y NO LAGUNOSOS

Las lagunas que se encuentran en los códigos no implican necesariamente una falta de capacidad o conocimiento por parte del legislador ni un desfase científico, ya que son inherentes al proceso de codificación; aunque se utilicen métodos de interpretación evolutiva de la ley, muchas situaciones quedan fuera del alcance legal, y solo cuando los hechos se repiten y son ampliamente conocidos pero la legislación no se adapta, es cuando se puede señalar al legislador o a los juristas como responsables.<sup>46</sup>

Estas ausencias normativas en los ordenamientos jurídicos surgen (i) de manera incidental, debido a la complejidad y limitaciones del proceso legislativo, como (ii) de forma intencional, para permitir la interpretación judicial o las adaptaciones necesarias frente a futuras contingencias. Las lagunas no son estáticas, evolucionan junto con los cambios en la sociedad y la tecnología, lo que exige que la ley se adapte continuamente para mantener su relevancia y efectividad.

No obstante, no constituyen lagunas de la ley la técnica legislativa empleada en las cláusulas generales<sup>47</sup> y conceptos jurídicos indeterminados,<sup>48</sup> ya que no se tratan de vacíos legislativos, sino de la utilización de términos de baja densidad semántica que permiten al intérprete construir en el caso concreto la

---

isso, não haja espaço para o pensamento sistemático.” (p. 288).

46 NADER, 2024, p. 175.

47 “[...] en los enunciados elásticos (cláusulas vagas, abiertas, porosas, dúctiles o generales en sentido amplio) no hay prefiguración descriptiva o específica en la hipótesis jurídica. Se utilizan términos semánticamente abiertos, a menudo con un valor añadido (buenas costumbres; buena fe; justa causa; diligencia habitual, etc.). El detalle típico del caso está ausente. La prescripción es vaga -al menos en la hipótesis o enunciado normativo- aludiendo con un mínimo de elementos descriptivos a las circunstancias de aplicación de la norma”. En el original: “[...] nos enunciados elásticos (vagos, abertos, porosos, dúcteis ou cláusulas gerais em sentido amplo) verifica-se a ausência, na hipótese legal, de uma prefiguração descriptiva ou especificativa. São empregados termos cuja tessitura é semanticamente aberta, muitas vezes dotados de cunho valorativo (bons costumes; boa-fé; justa causa; diligência habitual, etc.). O detalhamento, próprio da casuística, estará ausente. A prescrição é vaga – ao menos na hipótese ou enunciado normativo – aludindo-se com o mínimo de elementos descriptivos às circunstâncias de incidência da norma.” (COSTA, 2024, p. 110).

48 Sobre el concepto de “concepto jurídico indeterminado”, Cf. English: “Por concepto indeterminado entendemos un concepto cuyo contenido y alcance son en gran medida inciertos”. En el original: “Por conceito indeterminado entendemos um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos.” (ENGISH, 2014, p. 208).

solución para la cuestión conforme criterios hermenéuticos trabajados por la doctrina.<sup>49</sup>

Las lagunas, *contrario sensu*, ocurren frente a la falta o la insuficiencia de la ley reguladora. A pesar que las lagunas jurídicas generan problemas en la aplicación del derecho, como señala Diniz<sup>50</sup>, su existencia responde a razones sistémicas, lo que evidencia el problema desde antes de su aplicación. Una vez superada la premisa de la existencia de las lagunas, se pasa a la constatación<sup>51</sup> de la laguna mediante un juicio de apreciación que involucra la identificación del límite de omisión de la norma y en qué medida la ausencia puede considerarse como laguna. Como última etapa, pasamos al aspecto pragmático, que habla sobre el llenado de la laguna con el uso de los métodos de supletorios, como la analogía e los principios generales del derecho.<sup>52-53</sup>

La inactividad del legislador puede ocurrir por variadas razones. Hay, por ejemplo, *i*) áreas en las cuales, el derecho elige no intervenir (como ejemplo, en muchos países, el consumo de alcohol entre adultos no está penalizado, ya que se considera una decisión personal dentro de los límites del Derecho, mientras que comportamientos más graves, como el tráfico de drogas, sí están sancionados), *ii*) áreas que se rigen por reglas no jurídicas, como la moral y la ética (un ejemplo de ello es la cortesía entre vecinos o el respeto a opiniones ajenas, que no suelen estar regulados por la ley, sino que dependen de las normas sociales); *iii*) área de poca relevancia que se dejan al trato social (un ejemplo podría ser decidir quién usa primero el ascensor, ya que no es un tema de relevancia legal, son básicamente comportamentales); *iv*) áreas que, debido a su novedad, aún no tienen regulación (un ejemplo claro son las criptomonedas como el Bitcoin, que durante años carecieron de una regulación clara debido a su complejidad y a las dificultades para entender sus implicaciones jurídicas); *v*) áreas en las que el Derecho otorga total libertad a los individuos (las decisiones sobre dieta o estilo de vida, como ser vegano o practicar el minimalismo); *vi*) áreas que no justifican una reglamentación (un ejemplo es la propiedad de terrenos en la Luna, un área que no ha sido legislada debido a que aún no existe la necesidad inmediata para su aprovechamiento masivo).<sup>54</sup>

---

49 En mismo sentido: SANTOS JUSTO, 2012, p. 348.

50 DINIZ, 2024, p. 109.

51 DINIZ, 2024, p. 113.

52 DINIZ, 2024, p. 113.

53 El derecho brasileiro considera también las costumbres como medio integrador de las normas en el artículo 4º de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileiro, mientras el derecho peruano hace referencia solo a la analogía y a los principios generales del derecho en el Título Preliminar del Código Civil.

54 MENEZES CORDEIRO, 2016, p. 740.

La ley, en ocasiones, opta por no intervenir, sea por razones de ética, relevancia o novedad, permitiendo la autonomía individual o dejando ciertos aspectos sin regulación hasta que las circunstancias cambien.

Bravo de Mansilla identifica tres situaciones en las que no se consideran lagunas: *i) cuando hay una decisión consciente del legislador de no regular un asunto, lo que implica una exclusión deliberada; ii) cuando hay reglas generales o convencionales que se aplican a la situación; iii) cuando un asunto está bajo el ámbito de autonomía o moral sin requerir regulación explícita.*<sup>55</sup>

Así tenemos que no todas las aparentes ausencias de regulación constituyen verdaderas lagunas en el sistema jurídico. En muchos casos, estas ausencias son intencionadas o ya están cubiertas por normas supletorias o convenciones sociales. Esto pone de relieve la importancia de comprender el contexto y la intención detrás de la omisión legislativa antes de asumir la existencia de un vacío normativo.

En áreas como el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionatorio, que se rigen por el principio de tipicidad, no es adecuado hablar de lagunas en sentido estricto. Una conducta antijurídica que no está tipificada simplemente no puede ser considerada un delito, *nullum crimen nulla poena sine lege*. Más bien, esto constituiría una omisión en el Código Penal por no haber tipificado tal conducta como delito. Según Piaggio, esta “falta de represión” representa una laguna en un sentido más genérico, que no puede resolverse mediante la analogía o la interpretación extensiva.<sup>56</sup>

## 5. TIPOS DE LAGUNAS

A partir de la revisión bibliográfica, se hallaron diferentes tipos de lagunas según diversos criterios que se exponen a seguir, sin la pretensión de agotar la materia.

Las lagunas pueden ser *auténticas* o *inauténticas* conforme se verifique una incompletitud normativa o la existencia de una disposición legal que es insatisfactoria o falsa. Esta distinción, que se atribuye a Zitelman,<sup>57</sup> resalta que no todas las lagunas son una falta de norma; algunas surgen cuando las normas existentes no producen resultados satisfactorios. Las primeras son estrictamente jurídicas, mientras que las segundas responden a una necesidad de reforma o ajuste en las políticas o el marco legal existente y por eso son llamadas lagunas políticas.<sup>58</sup>

---

55 CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, 2012.

56 PIAGGIO, 1944, p. 79.

57 DINIZ, 2019, p. 98. En el mismo sentido: FERRAZ JR., 2023, p. 203.

58 Para English: “Una tal inexistencia planificada de cierta regulación (propia mente una regulación negativa) surge cuando una conducta, cuya punibilidad quizás esperamos, ‘consciente y deliberadamente’ no es declarada como punible por el Derecho positivo. Si esta impunidad nos incomoda, podemos hablar en realidad de una ‘laguna político-jurídica’, de una laguna

Menezes<sup>59</sup> hace también referencia a las lagunas auténticas y no auténticas, pero añade el criterio del momento en lo cual la laguna aparece. Así, son *iniciales* cuando ocurren luego de la aprobación de ley y son supervenientes cuando se concretizan en el tiempo, cuando la ley – inicialmente completa – revela incompletitud en base a nuevos hechos. El criterio temporal adoptado en esta clasificación también se encuentra en English, para quien las lagunas pueden ser primarias o secundarias: las primeras son inherentes a una reglamentación, mientras que las segundas solamente se manifiestan supervenientemente debido a cambios en las circunstancias.

Para Bobbio<sup>60</sup>, las lagunas pueden ser también *de iure condito* (lagunas reales), o *de iure condendo* también llamadas ideológicas. El criterio distintivo es parecido con las lagunas auténticas y no auténticas: las primeras son lagunas propiamente dichas y resultan de la ausencia literal de una norma que regule una situación específica, mientras las segundas son consideradas impropias ya que se refieren a la injusticia del resultado de una norma existente debido a los avances tecnológicos o el surgimiento de nuevas circunstancias.<sup>61</sup> Para las lagunas *de iure condendo* no es que falte una norma, sino que la norma existente no es adecuada.

De manera semejante, Diniz<sup>62</sup> propone que las lagunas pueden ser *normativas, ontológicas o axiológicas*. Las primeras ocurren frente a la ausencia de una norma que regule un caso específico. En estos casos, el sistema jurídico carece de una disposición clara que aborde la situación particular. Las lagunas ontológicas ocurren, por otro lado, cuando existe una norma, pero su aplicación no se corresponde con la realidad social. Eso es lo que ocurre en los casos en que la evolución tecnológica hace que la ley quede obsoleta. Ya las lagunas *axiológicas* ocurren cuando existe una norma, pero su aplicación conduce a una solución injusta o insatisfactoria.

---

‘crítica’, de una laguna ‘impropia’, es decir, de una laguna desde el punto de vista de un futuro Derecho más perfecto (‘de lege ferenda’); no, sin embargo, de una laguna auténtica y propia, es decir, de una laguna en el Derecho vigente (‘de lege lata’). En el original: “Uma tal inexistência planeada de certa regulamentação (propriamente uma regulamentação negativa) surge quando uma conduta, cuja punibilidade nós talvez aguardemos, ‘consciente e deliberadamente’ não é declarada como punível pelo Direito positivo. Se esta impunidade nos cai mal, podemos falar na verdade de uma ‘lacuna político-jurídica’, de uma lacuna ‘crítica’, de uma ‘lacuna imprópria’, quer dizer, de uma lacuna do ponto de vista de um futuro Direito mais perfeito (‘de lege ferenda’); não, porém, de uma lacuna autêntica e própria, quer dizer, duma lacuna no Direito vigente (‘de lege lata’).” (ENGLISH, 2014, p. 281-282).

59 MENEZES CORDEIRO, 2016, p. 744-745.

60 BOBBIO, 1995, p. 140.

61 BOBBIO, 1995, p. 140.

62 DINIZ, 2019, p. 109.

La identificación de la contradicción de valores como laguna también es un criterio que establece Canaris<sup>63</sup>, que refiere a las lagunas *axiológicas* o *teleológicas* como posibles en el ordenamiento jurídico.

Bobbio<sup>64</sup> pone de manifiesto las lagunas *voluntarias* y *no voluntarias* que se basa en el criterio de la intención del legislador. En mismo sentido, Ferraz Jr. añade las lagunas *intencionadas* y *no intencionadas*. Las primeras son voluntarias, por acto del legislador; este por no creerse en condiciones de hacerlo, asigna la tarea de encontrar la norma específica a otra persona (el juez, el doctri-nario). Ya las segundas son involuntarias, resultan de la falta de percepción por parte del legislador del problema de hecho que requiere una respuesta jurídica; el legislador no captó plenamente el problema de la cuestión (laguna de la disposición), bien porque las condiciones históricas no se lo permitieron (lagunas excusables), bien porque su examen del problema no fue lo suficientemente cuidadoso (lagunas no excusables).<sup>65</sup>

Aún Ferraz Jr. señala otra tipología: la diferencia entre lagunas *patentes* y *latentes*,<sup>66</sup> que también se encuentra en Menezes con la nomenclatura *patentes* y *ocultas*.<sup>67</sup> En las primeras no existe una norma específica que regule una situación concreta. Es un vacío explícito y evidente en el sistema legal, donde simplemente no hay disposición normativa aplicable, mientras que en las segundas la norma es demasiado amplia o general. Aunque existe una norma aplicable, su falta de especificidad o su amplitud permite interpretaciones que no satisfacen una necesidad regulatoria precisa.<sup>68</sup>

Las lagunas patentes y latentes son problemas que reflejan la limitación de las normas legales para abarcar todas las situaciones posibles. Mientras que las lagunas patentes requieren la creación de nuevas disposiciones, las latentes necesitan ajustes o especificaciones más claras para evitar interpretaciones ambiguas. Ambas destacan la importancia de un sistema jurídico adaptable y en constante revisión para garantizar una aplicación justa y completa de la ley.

Hay también las *lagunas de colisión* cuando dos normas están en contradicción y una norma inviabiliza a la otra, lo que sugiere un caso de antinomia. Esa clasificación es adoptada por Canaris<sup>69</sup> y seguida por Menezes.<sup>70</sup>

Se puede aún agregar la clasificación de Bobbio en lagunas *intra legem* y *praeter legem*. Las primeras se presentan cuando una norma jurídica existente

---

63 CANARIS, 1996, p. 219-220.

64 BOBBIO, 1995, p. 144.

65 FERRAZ JR., 2023, p. 203.

66 FERRAZ JR., 2023, p. 203.

67 MENEZES CORDEIRO, 2016, p. 744.

68 FERRAZ JR., 2023, p. 203.

69 CANARIS, 1996, p. 218.

70 MENEZES CORDEIRO, 2016, p. 745.



es muy genérica, de lo que resulta ambigua o insuficiente para resolver todos los casos por completo. Ya las segundas (*prater legem*) se presentan cuando las reglas son muy particularizadas y no pueden comprender todos los casos.<sup>71</sup>

## 6. ANÁLISIS DE LA TIPOLOGÍA

Los distintos tipos de lagunas tienen en cuenta criterios diferentes, pero una verdadera laguna se deriva de la falta de respuesta legislativa a un problema de hecho, aunque esta falta se caracterice no sólo por la ausencia de una norma, sino también por la insuficiencia descriptiva de la norma existente.

Se puede observar en las clasificaciones que cada autor pone en manifiesto aspectos diferentes de las lagunas jurídicas, lo que resulta una infinidad de criterios y nomenclaturas. Todavía es perceptible que la existencia de una laguna como ausencia de norma legal o como una insuficiencia del ordenamiento en sentido más amplio es frecuente en la bibliografía consultada.

Por tanto, las lagunas presuponen no solamente la ausencia de disposición legal sino también la ausencia de disposición legal adecuada o el conflicto de normas (antinomias o lagunas de colisión).

En el derecho brasileiro, por ejemplo, las uniones entre personas de mismo sexo no eran reconocidas por la ley, ya que el matrimonio y la unión de hecho solamente podrían ocurrir entre hombres y mujeres. Esta solución adoptada en 1988 por la Constitución Federal y en 2002 por el Código Civil, pasó a ser considerada inadecuada frente al desarrollo de las ideas democráticas sobre las familias, de manera que en 2011 el Supremo Tribunal Federal decidió que, a pesar de la inexistencia de ley las familias homoafectivas deberían ser jurídicamente reconocidas y protegidas. Las cuestiones sobre la existencia de una laguna legal del tipo axiológico y la inexistencia de un silencio elocuente de la ley, o sea, de una laguna intencional, fueron expresamente debatidas por los jueces.<sup>72</sup>

Al analizar las distintas manifestaciones de las lagunas jurídicas, resulta evidente que el Derecho, por su propia naturaleza, no siempre logra anticiparse a los cambios sociales, tecnológicos o culturales. Sin embargo, como sistema vivo, posee la capacidad de adaptarse a estas transformaciones. Es en este proceso de evolución y adaptación donde surgen las lagunas. Se puede observar ese fenómeno, por ejemplo, en situaciones en las cuales la ley se inicia suficiente pero, debido a los cambios tecnológicos, se muestra insuficiente, como, por ejemplo, las disposiciones legales sobre el inicio de la vida humana en el derecho peruano<sup>73</sup> y brasileiro.<sup>74</sup> Con las posibilidades de intervención en el proceso de

71 BOBBIO, 1995, p. 145.

72 BRASIL, STF, ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, DJe 14/10/2011, *passim*.

73 Artículo 1. “[...] La vida humana comienza con la concepción” [...]. (VARSI ROSPIGLIOSI, 2024, p. 40).

74 Código Civil Brasileiro (Ley 10.406/2001), art. 2º: “ La personalidad civil de la persona co-

generación de la vida, no es suficiente afirmarse que la vida se inicia con la concepción: ¿cuándo ocurre exactamente esta concepción?; ¿las investigaciones con embriones humanos violan el derecho a vida?

El derecho brasileiro ya enfrentó parcialmente la materia en juzgado del Supremo Tribunal Federal, decidiendo que se las investigaciones científicas con embriones humanos no violan el derecho a vida.<sup>75</sup>

El desafío constante de legislar no solo radica en cubrir estos vacíos normativos, sino también en asegurar que las normas existentes se ajusten a los principios fundamentales de justicia y equidad. Por ello, es crucial que los sistemas jurídicos sean dinámicos, permitiendo ajustes, actualizaciones y revisiones periódicas que aseguren que las leyes reflejen la realidad cambiante y ofrezcan soluciones justas y adecuadas a los problemas contemporáneos.

## 7. INTEGRACIÓN DE LAS NORMAS

Los medios de integración que parten del propio ordenamiento son llamados métodos de autointegración, mientras que los medios de fuera del sistema jurídico son llamados de heterointegración.<sup>76</sup> Por ejemplo, en el derecho civil brasileiro, antes de la codificación, en el cual se utilizaban normas esparzas y las Ordenaciones del Rey de Portugal, era considerado como derecho subsidiario el derecho romano,<sup>77</sup> por lo tanto, se utilizaba la heterointegración.

Los mecanismos adoptados actualmente por los ordenamientos jurídicos peruano y brasileiro son de autointegración: la analogía, los principios generales de derecho y, en caso solamente de Brasil, las costumbres.

La analogía es basada en un razonamiento lógico que compara dos situaciones, una regulada por ley y otra no regulada. Si se puede identificar una semejanza entre el fin del legislador, por tanto la *ratio legis*, para el caso legislado que justifique la aplicación para el caso no legislado.<sup>78</sup> Los principios generales de derecho<sup>79</sup> son aquellos que informan el orden jurídico y que se extraen del derecho positivo, de la jurisprudencia, del derecho natural.<sup>80</sup> Las costumbres jurídicas ocurren con la práctica repetida y la convicción de su necesidad jurídica.<sup>81</sup>

Según la metodología del derecho civil-constitucional, todo el ordenamiento jurídico es aplicado al caso concreto, garantizada su unidad y armonía,

---

mienza desde el nacimiento con vida; pero la ley protege, desde la concepción, los derechos del concebido.” En el original: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

75 BRASIL, STF, ADI 3510, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008, DJe 28/05/2010.

76 BOBBIO, 1995, p. 146.

77 MIRANDA, 1981, p. 76.

78 SERPA LOPES, 1959, p. 183.

79 Sobre el tema, Cf. LIMONGI FRANÇA, 1971.

80 SERPA LOPES, 1959, p. 191.

81 DINIZ, 2024, p. 123.

igual que cuándo no hay laguna. De esta manera, la aplicación del derecho no sería distinta en los casos de lagunas y en los casos de existencia de ley expresa. Así, para Konder<sup>82</sup>, la analogía no puede ser considerada un método de aplicación subsidiario de la ley, sino que toda interpretación es una interpretación analógica. Para el autor, basado en la doctrina de Perlingieri, la analogía no ocurre solo delante de la ausencia de ley, pero es elemental a cualquier procedimiento hermenéutico.

Ya Barba<sup>83</sup> sostiene que los sistemas jurídicos contemporáneos, al ser incompletos, requieren métodos como la analogía y la interpretación extensiva para llenar sus lagunas; sin embargo, la teoría clásica, que fue adecuada en el siglo XIX, resulta insuficiente actualmente debido a la complejidad y apertura de las fuentes modernas, las cuales se fundamentan en principios sólidos.

En este contexto, la teoría hermenéutica moderna reduce la relevancia del argumento contrario y elimina las distinciones entre interpretación extensiva y analogía, de modo que la interpretación aplicada se vuelve esencialmente analógica, al entenderse como la aplicación de un principio común a distintos casos.

La crítica de Barba se centra en la inadecuación de la teoría clásica para abordar los desafíos de los sistemas jurídicos contemporáneos. Señala que los métodos tradicionales, como el argumento a contrario, la interpretación extensiva y la analogía, aunque considerados indispensables para llenar las lagunas legales, resultan insuficientes en los ordenamientos actuales. Estos sistemas modernos se caracterizan por la complejidad y apertura de sus fuentes, y se basan en principios normativos fuertes que la teoría clásica no contempla adecuadamente. Barba<sup>84</sup> critica cómo la hermenéutica jurídica ha cambiado, reduciendo la importancia del argumento a contrario y difuminando las distinciones entre interpretación extensiva y analógica, lo que complica la diferenciación entre *analogia legis* y *analogia iuris*. La crítica subraya que la interpretación jurídica, en la práctica contemporánea, es esencialmente analógica y debe entenderse como la aplicación de un principio a casos similares, marcando la insuficiencia de los enfoques clásicos para responder a las necesidades de los sistemas jurídicos actuales.

## CONCLUSIONES

El sistema jurídico debe aspirar a ser íntegro y coherente para evitar arbitrariedades y garantizar la justicia. Aunque hay teorías que rechazan la existencia de las lagunas, es evidente que hay casos en los que la ausencia de una norma jurídica o la existencia de normas en conflicto exigen al aplicador del

---

82 KONDER, 2022, p. 194.

83 BARBA, 2022.

84 BARBA, 2022, *passim*.

derecho un razonamiento para dar con la solución más apropiada que atienda a estos objetivos.

Por tanto, en este artículo se ha llegado a la conclusión que las lagunas son inherentes a cualquier sistema jurídico debido a la constante evolución de las sociedades modernas y la limitada capacidad legislativa para prever todas las eventualidades. Una vez superada la cuestión de su existencia, ya que en la doctrina se verificó una divergencia al respecto, se puede observar en la tipología que se utilizan muchos criterios para clasificarlas.

La adecuada gestión de las lagunas normativas, a través de métodos integradores como la analogía y los principios generales del Derecho, permite que el sistema jurídico mantenga su relevancia frente a las nuevas realidades sociales y tecnológicas. Estos métodos no solo suplen las omisiones legislativas, sino que aseguran que ningún caso quede sin solución normativa, fortaleciendo la seguridad jurídica, la justicia y la equidad.

Es importante destacar que no todas las lagunas se originan por la ausencia total de normas; muchas derivan de la desactualización legislativa o de la insuficiencia del marco normativo vigente. En este contexto, el rol del juez es fundamental, ya que el principio de irrenunciabilidad de la potestad jurisdiccional lo obliga a resolver los casos incluso en ausencia de una norma específica. Este compromiso garantiza la eficacia y previsibilidad del sistema jurídico.

Las lagunas de la ley, aunque sean inevitables, representan oportunidades para la evolución del Derecho. Su adecuada resolución refuerza la adaptabilidad del ordenamiento jurídico, permitiéndole responder a las exigencias de una sociedad en constante transformación, sin comprometer los principios de justicia, equidad y coherencia.

## REFERENCIAS

AMARAL, F. *Direito civil: introdução*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARBA, V. Lacune della legge e integrazione del diritto. *Annali della SISDiC*, v. 8, p. 105-136, 2022.

BITTAR, E. C. B. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2022. *E-book*. Disponible en: [www.minhabiblioteca.com.br](http://www.minhabiblioteca.com.br). Consultado: 15 dec. 2024.

BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BOBBIO, N. *O positivismo jurídico*. Tradução de Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Consultado: 06 en. 2025.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Consultado: 06 en. 2025.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Consultado: 06 en. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 29/05/2008. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Publicação: 28/05/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Publicação: 14/10/2011.

CANARIS, C. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de António Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

CARMIGNANI, M. C. A *aequitas* e a aplicação do direito em Roma. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)**, v. 104, p. 115-129, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67851>. Consultado: 10 en. 2025.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. Analogía e interpretación extensiva: Una reflexión (empírica) sobre sus confines. **ADC**, tomo LXV, fasc. III, p. 1001-1073, 2012. Disponível em: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-2012-30100101074](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2012-30100101074). Consultado: 10 en. 2025.

COSTA, J. M. **A boa fé no direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024.

DEL VECCHIO, G. **Filosofía del derecho**. 9. ed. Barcelona: Bosch, 1974.

DÍEZ-PICAZO, L. **Experiencias jurídicas y teoría del Derecho**. Lima: Editorial Ariel, 1982.

DINIZ, M. H. **Lacunas do direito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

DINIZ, M. H. **Lei de Introdução às normas do direito brasileiro interpretada**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

ENGISH, K. **Introdução ao pensamento jurídico**. 11. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 12 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2023. *E-book*. Disponível em: [www.minhabiblioteca.com.br](http://www.minhabiblioteca.com.br). Consultado: 15 dec. 2024.

FONSECA, J. B. L. da. Normas jurídicas: aplicação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)**, n. 22, p. 307-329, 1979.

GILISSEN, J. Le problème des lacunes du droit dans l'évolution du droit médiéval et moderne. In: PERELMAN, C. **Le problème des lacunes en droit**. Bruxelles: Établissements Émile Bruylants, 1968. p. 197-246.

GIORDANI, M. C. **Iniciação ao direito romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

HUC, T. **Commentaire théorique et pratique du code civil**. Paris: Librairie Cotillon, 1892. t. 1.

KONDER, C. N. Lacunas e mecanismos de integração sob a perspectiva civil-constitucional: análise a partir de julgados do Superior Tribunal de Justiça. **Prima facie**, Universidade Federal da Paraíba, v. 21, n. 47, p. 176-197, 2022.

LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**. 7. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014.

LIMONGI FRANÇA, R. **Princípios gerais de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

LIMONGI FRANÇA, R. **Hermenêutica jurídica**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MENEZES CORDEIRO, A. **Tratado de direito civil**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2016. v. 1.

MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

NADER, P. **Curso de direito civil: parte geral**. 11. ed. Rio de Janeiro, Brasil: Forense, 2018. v. 1.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

PERLINGIERI, P. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERU. **Constitución Política del Perú**. Disponível em: <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682678>. Consultado em: 14 en. 2025.

PIAGGIO, H. Lagunas y deficiencias del Código Penal peruano. *Revista de la Universidad Católica del Perú*, tomo XII, n. 2-3, p. 69-80, mayo-jun. 1944. Disponible en: <https://repositorio.pucp.edu.pe/items/9ed70524-8264-4ce6-a3cf-762c302cac3f>. Consultado: 06 en. 2025.

SANTOS JUSTO, A. *Introdução ao estudo do direito*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

SERPA LOPES, M. M. de. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. v. 1.

TENORIO, O. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. *Código Civil*. 6. ed. Lima: Instituto Pacifico, 2024.

VELOSO, Z. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil – arts. 1º ao 6º*. Belém: UNAMA, 2005

VILLELA, J. B. O problema das lacunas no ordenamento jurídico e os métodos para resolvê-lo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 12, p. 221-230, 1961.

## AGRADECIMIENTO

Los autores agradecen la contribución de Nicole Alexandra Vega Ñañez, estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima en su calidad de practicante del Instituto de Investigaciones Científicas (IDIC) de la Universidad de Lima, por el recojo de información, la verificación de citas, la estructuración y la revisión del presente artículo.





# LAS NUEVAS DIRECTIVAS SOBRE DIGITALIZACIÓN DEL DERECHO DE CONTRATOS\*

## THE NEW EUROPEAN UNION DIRECTIVES ON THE DIGITALISATION OF CONTRACT LAW

ESTHER ARROYO AMAYUELAS\*\*

### RESUMEN

La sociedad está en continua transformación y la legislación europea de hace más de una década no dan respuesta adecuada a todos los retos que plantea el comercio electrónico a través de plataformas y sobre elementos digitales. En este nuevo contexto, hay que destacar la promulgación de dos directivas fundamentales, que se aprobaron en el año 2019: una regula el contrato de compraventa de bienes muebles, si bien presenta la particularidad de que su objeto son tanto los bienes tangibles como esos mismos bienes con elementos digitales (smart goods). Es la Directiva (UE) 2019/771, de 20 de mayo. La otra es la Directiva (UE) 2019/770, de la misma fecha que la anterior, que regula el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, sin precisar qué tipo de contrato debe tenerlos por objeto. El legislador europeo se adapta así a los cambios que traen consigo los avances tecnológicos, pero también introduce la idea de consumo sostenible al admitir, por primera vez, que un criterio de conformidad sea la durabilidad.

**PALABRAS CLAVE:** Contenidos y servicios digitales. Derecho privado europeo. Protección del consumidor. Compraventa. Conformidad. Durabilidad. Remedios.

### ABSTRACT

*Our world is changing and the EU Directives of more than a decade do not adequately address all the challenges of electronic commerce through platforms and on digital assets. In this new environment, it is worth highlighting the enactment of two fundamental directives, which were adopted in 2019: one regulates the contract for the sale of tangible goods, though it presents the distinctive feature that its scope covers both tangible goods and those same goods with digital elements (smart goods). This is Directive (EU) 2019/771 of 20 May. The other is Directive (EU) 2019/770, of the same date as the former, which regulates the contract for the supply of digital contents and services, without specifying what type of contract should have them as its subject matter. The European legislator is thus taking into account the changes brought about by technological advances, but also introduces the idea of sustainable consumption by admitting, for the first time, that durability is a conformity requirement.*

**KEYWORDS:** Digital content and services. European private law. Consumer protection. Sales. Conformity. Durability. Remedies.

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Armonización máxima, solo en parte. III. Contratos de consumo. IV. Más allá de la compraventa. 1. La tipificación del contrato según la naturaleza de la prestación.

\* Publicado con anterioridad en Arnau Raventós, Lidia (dir), *La digitalización del Derecho de contratos en Europa*, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 19-46. La contribución se enmarca ahora en el Proyecto I+D+I PID2024-157907NB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y el FEDER “Una forma de hacer Europa”.

\*\* Catedrática de Derecho civil en la Universidad de Barcelona y miembro del Instituto TransJus de la misma Universidad.

E-mail: earroyo@ub.edu. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2466-7833>.

2. Nuevas categorías de contratos según la duración. 3. Contratos que admiten el pago con datos personales. V. ¿De qué se ocupan las directivas? 1. El concepto de conformidad. 2. La acumulación de criterios subjetivos y objetivos. 3. La conformidad a lo largo del tiempo mediante actualizaciones. 4. El conocimiento y consentimiento a la exclusión de algunos criterios objetivos. VI. Los plazos ante la falta de conformidad. 1. Los plazos de responsabilidad. 2. Los plazos de las presunciones de falta de conformidad. 3. Los plazos de prescripción. VII. La conformidad jurídica. VIII. Los remedios derivados de la falta de conformidad. 1. Previo: la notificación de la falta de conformidad. 2. ¿Qué remedios? IX. Reflexiones finales. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

Las directivas de hace más de una década -entre ellas la Directiva 99/44/CE, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo<sup>1</sup>- no dan respuesta adecuada a todos los retos que plantea una sociedad que ha sufrido muchas transformaciones desde entonces y en la que rigen nuevos modelos de consumo. Los intercambios a distancia se han redimensionado como consecuencia del vertiginoso desarrollo de internet, mucho más durante y tras la pandemia ocasionada por el coronavirus; el comercio electrónico no se entiende ya sin las plataformas; y hoy se contrata sobre elementos digitales tanto o más que sobre bienes tangibles -estos, a su vez, con elementos digitales integrados o interconectados con ellos- lo cual indica que tan importante como el acceso a la propiedad (permanente) de bienes muebles es el acceso, más o menos continuo, más o menos temporal, y no necesariamente indefinido, a otro tipo de bienes o servicios.

En este nuevo contexto, hay que destacar la promulgación de dos directivas fundamentales para el comercio electrónico, que se aprobaron en el año 2019: una reemplaza la Directiva 99/44/CE y regula el contrato de compraventa de bienes muebles, si bien presenta la particularidad de que su objeto son tanto los bienes tangibles como esos mismos bienes con elementos digitales (*smart goods*). Es la Directiva (UE) 2019/771, de 20 de mayo (DCV).<sup>2</sup> La otra es la Directiva (UE) 2019/770, de la misma fecha que la anterior,<sup>3</sup> que regula el contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, sin precisar qué tipo de contrato debe tenerlos por objeto. El legislador europeo se adapta así a los cambios que traen consigo los avances tecnológicos -aunque para algunos es criticable que

1 DOUE L 171, de 7.7.1999

2 DOUE L 136, de 22.05.2019.

3 DOUE L 136, de 22.05.2019.

los aspectos relacionados con los contenidos digitales se hallen en dos directivas cuya regulación no es del todo coincidente-<sup>4</sup> pero también introduce la idea de consumo sostenible al admitir, por primera vez, que un criterio de conformidad sea la durabilidad -si bien es opinión generalizada que en esta cuestión se podía haber ido mucho más lejos-.<sup>5</sup>

## II. ARMONIZACIÓN MÁXIMA, SOLO EN PARTE

La armonización máxima es muy invasiva con los Derechos nacionales y, seguramente por eso, las dos directivas de que ahora se trata, son muy laxas en algunas cuestiones fundamentales. La regla general es que el legislador nacional no puede imponer requisitos formales o sustantivos distintos a los establecidos por el legislador europeo con el fin de procurar una mayor protección al consumidor, pero se advierte que eso es así salvo que la propia norma permita expresamente otra cosa (art. 4 DCV; art. 4 DCD). El margen de discrecionalidad que tienen los Estados miembros es distinto en ambas directivas. Así, la DCD prescinde de los plazos de responsabilidad del empresario, si bien admite que los ordenamientos jurídicos nacionales introduzcan uno que no sea inferior a dos años (art. 11.2 II); por el contrario, la DCV solo autoriza a mantener el plazo de responsabilidad de dos años previsto legalmente o, en su caso, ampliarlo (art. 10.3). En consecuencia, en el Derecho interno no podrían preverse únicamente plazos de prescripción, como sin duda sí que lo haría posible la DCD. Varía también la posibilidad de modificar el plazo de inversión de la carga de la prueba, que existe en la DCV (art. 11.2: 1 año ampliable a 2), pero no en la DCD (art. 12.2). Y solo la DCD prohíbe la imposición al consumidor de la obligación de notificar la falta de conformidad en un plazo determinado como requisito para el ejercicio de sus derechos (Cdo 11 DCD).<sup>6</sup>

## III. CONTRATOS DE CONSUMO

El ámbito de aplicación de las directivas es el de los contratos de consumo. Las relaciones B2B solo se abordan a propósito de la acción de regreso del empresario y, además, de forma residual, toda vez que se abandona a la concreta

4 Recientemente, BARCELÓ COMPTE, Rosa / RUBIO GIMENO, Gemma, “Supply of Goods with Digital Elements: a New Challenge for European Contract Law”, *EuCML*, 3, 2002, pp. 81-90,

5 Entre muchos, *vid.* TERRY, Evelyn, “A Right to Repair? Towards Sustainable Remedies in Consumer Law”, *ERPL*, 4, 2019, pp. 857-858; VAN GOOL, Elias / MICHEL, Anaïs, “The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption: a Critical Analysis”, *EuCML*, 4, 2021, pp. 136-147; AUGENHOFER, Susanne, “European Commission’s Public Consultation on Sustainable Consumption of Goods – Promoting Repair and Reuse. Response of the European Public Institute”, Vienna, 2022, pp. 1-18. Entre nosotros, recientemente, BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, “Garantías en las ventas de consumo y economía circular: ¿El inicio de un nuevo régimen?”, *RDC*, 2, 2022, pp. 141-186.

6 Sobre el particular, *vid. infra* VI y VIII.

regulación al Derecho nacional (art. 18 DCV, art. 20 DCD).<sup>7</sup> Sin embargo, los contratos en el mundo digital son cada vez más estandarizados<sup>8</sup> y las plataformas en línea son la principal puerta de entrada a los mercados para la mayoría de las pequeñas empresas de la economía digital. Esto comporta asimetrías e inferioridad de condiciones a la hora de negociar y, por consiguiente, se diría que los motivos que justifican la eliminación de barreras en el mercado interior concurren también en este caso. Por consiguiente, hubiera sido aconsejable ampliar el ámbito subjetivo de aplicación de ambas normas. Si no se ha hecho es quizás para evitar el impacto económico de una medida de estas características, que es la razón que parece que subyace en el hecho de que las directivas no definan ya tampoco cuándo debe reputarse consumidor quien concluye contratos con doble finalidad (Cdos 17 DCD, 22 DCV).<sup>9</sup> Es así, a pesar de las sugerencias que aconsejaban ampliar la noción a los profesionales liberales, seguramente a la vista de la dificultad de discriminar en el mundo digital qué es uso personal o profesional, por lo menos cuando se adquiera según qué tipo de contenido digital (*vgr. software*).<sup>10</sup> En Cataluña se mantiene la categoría de consumidor para aquél que principalmente actúe con un propósito ajeno a su profesión (art. 621-2 CCCat).

Por otra parte, gracias al desarrollo de la economía colaborativa el consumidor ya no es solo destinatario de bienes y servicios, sino también quien los produce o suministra y no siempre está claro cuando pierde ese estatus. Hasta fechas recientes podía ser complicado saber cuándo un consumidor era, en realidad, un comerciante<sup>11</sup> y por eso se promulgó un nuevo art. 6 *bis* letra *b* Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, sobre derechos de los consumidores (DDC)<sup>12</sup> que obliga a las plataformas de comercio electrónico a aclarar en qué calidad actúa el tercero que, a través suyo, ofrece bienes, servicios o

7 Crítico, SCHULZE, Reiner, “Die Digitale-Inhalte-Richtlinie-Innovation und Kontinuität im europäischen Vertragsrecht”, *ZEuP*, 4, 2019, pp. 702-703; BEALE, Hugh, “Digital Content Directive and Rules For Contracts on Continuous Supply”, *JIPITEC*, 2, 2021, p. 105.

8 SCHULTE-NÖLKE, Hans, “The Brave New World of EU Consumer Law – Without Consumers, or Even Without Law”, *EuCML*, 4, 2015, pp. 135-139.

9 Así, STAUDENMAYER, Dirk, Article 3 Directive (UE) 209/770, en SCHULZE, Reiner / STAUDENMAYER, Dirk (Eds.), *EU Digital Law. Article by Article Commentary*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 66.

10 A propósito de la Propuesta de directiva sobre contenidos digitales, *vid.* el Dictamen del CESE sobre las Propuestas de Directivas. Ponente: Jorge Pegado Liz, epígrafe 4.3.2.2 (DOUE C 264, de 20.7.2016).

11 STJUE C-105/17, de 4.10.2018, *Kamenova* (§§ 36-40, 45). *Vid.* TWIGG-FLESNER, Christian, “Disrupted Technology – Disrupted Law? How the Digital Revolution Affects (Contract) Law”, en DE FRANCESCHI, Alberto, (Ed.) *European Contract Law and the Digital Single Market*, Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 34-36.

12 DOUE L 304, de 22.11.2011, p. 64. Precepto introducido por el art. 4.5 de la Directiva (UE) 2019/2161, en lo que respecta a una mejor aplicación y modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión (DOUE L 328 de 18.12.2019).

contenidos digitales. Sin embargo, el precepto no disipa todas las dudas por completo porque nada asegura que el tercero diga la verdad, aunque sea de forma inconsciente, y, además, hasta la fecha, ni ese ni ningún otro precepto imponía a la plataforma el deber de comprobarlo.<sup>13</sup> El nuevo art. 30 del Reglamento (UE) 2022/2065, de 19 de octubre, relativo a un mercado único de servicios digitales,<sup>14</sup> impone ahora la trazabilidad de los vendedores y obliga a la plataforma a controlar y comprobar su identidad, pero sigue sin abordar la cuestión fundamental de quién debe ser considerado comerciante o profesional en el mundo *online*,<sup>15</sup> cuestión que reviste cada vez mayores dificultades si se tiene en cuenta la emergencia de nuevas actividades en línea<sup>16</sup> y la posibilidad de que su valoración sea distinta a lo largo del tiempo.<sup>17</sup>

## IV. MÁS ALLÁ DE LA COMPRAVENTA

### 1. LA TIPIFICACIÓN DEL CONTRATO SEGÚN LA NATURALEZA DE LA PRESTACIÓN

La Directiva 2011/83/UE (DDC) se hizo eco inicialmente de la dicotomía entre bienes (corporales) y servicios (intangibles) y reservó el contrato de compraventa para los primeros.<sup>18</sup> La DCV continúa ciñendo su ámbito de

- 
- 13 Cdo 28 Directiva (UE) 2019/2161. PAISANT, Gilles, *Droit de la consommation*, Puf, Paris, 2019, p. 377; LOOS, Marco, “The Modernization of European Consumer Law (Continued): More Meat on the Bone After All”, *ERPL*, 2, 2020, pp. 417-418.
  - 14 DOUE L 277, de 27.10.2022. Corresponde al art. 24c de la versión aprobada por el Parlamento Europeo y hecha pública el pasado 4 de julio de 2022. Documento AMP9\_AMA(2021)0356(564-564)\_EN.docx; PE702.829v01-00.
  - 15 Sobre la importancia de esta cuestión, a propósito de la reforma del art. 6 *bis* DDC, TWIGG-FLESNER, Twigg-Flesner, Christian, “Bad-Hand? The “New Deal” for EU Consumers”, *GPR*, 4, 2018, pp. 172-173. Lo dicho es sin perjuicio de que se prohíba a los comerciantes fingir que no lo son. Según el Anexo I, punto 22 Directiva 2005/29/CE, es una práctica comercial engañosa: “Afirmar de forma fraudulenta o crear la impresión falsa de que un comerciante no actúa a los fines propios de su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, o presentarse de forma fraudulenta como un consumidor.” De acuerdo con la Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29, esto se aplica a toda declaración incorrecta o inexacta de no ser comerciante (DOUE C 526, de 29.12.2021), p. 90. *Vid.* también Commission CRD Guidance (DOUE C 525, de 29.12.2021), p. 40.
  - 16 STJUE C-208/18, de 3.10.2019, *Petruchova* (persona que participa en operaciones efectuadas en el mercado FOREX sobre la base de sus propias órdenes lanzadas de manera activa, pero a través de un tercero que se dedica profesionalmente a esta actividad); STJUE C-774/19, de 10.12.2020, *Personal Exchange* (jugador de póquer online).
  - 17 A pesar de que la actividad empresarial era “no negligible”, la STJUE C-498/16, de 25.01.2018, *Schrems*, entiende que el usuario de redes sociales no pierde la condición de consumidor con la que inicialmente contrató si no llega a utilizar el servicio con carácter “esencialmente profesional”. Para la crítica, CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, “Consumer Contracts in the European Court of Justice Case Law. Latest Trends”, *CDT*, 12-1, 2020, p. 95.
  - 18 Art. 2.5 y 2.6 DDC. *Vid.* STJUE C-583/18, de 12.03.2020, *Verbraucherzentrale Berlin* (§ 22); STJUE C-208/19, de 14.05.2020, *NK* (§ 62). Tras la reforma efectuada por la Directiva

aplicación a los bienes tangibles (art. 2.1) pero, por el contrario, la DCD, solo se aplica a los elementos intangibles, aunque estos se presenten corporeizados en un soporte (Cdo 19 DCD); en ese caso, el soporte (material) es tratado como si no lo fuera (art. 3.3 DCD). Con todo, esos intangibles no aparecen ya catalogados como contratos de servicios (como categoría contrapuesta a la compraventa) ya que pueden ser objeto, a la vez, tanto de contratos de servicios digitales propiamente dichos (art. 2.2 DCD) como de otros contratos distintos sobre contenidos digitales (art. 2.1 DCD) y, entre ellos, por supuesto, también la compraventa. La pregunta de cuándo se da cada caso no tiene una respuesta fácil. El *software*, por ejemplo, tanto puede ser un tipo de contenido digital como un servicio (Cdo 19 DCD).<sup>19</sup> A la hora de determinar lo que sea un servicio, el art. 2.2 letra *b* DCD parece poner el acento en la infraestructura que permite a los consumidores compartir contenidos que estos hayan creado, si bien el art. 2.2 letra *a* DCD no exige que los contenidos no hayan sido proporcionados por el empresario para poder entender que solo entonces hay un servicio. Sin embargo, si tal suministro existiera junto con el servicio propiamente dicho -cosa que el precepto no excluye- entonces no se sabría ver la diferencia con el art. 2.1 DCD, que describe el contenido digital.<sup>20</sup> Sea como fuere, la distinción entre contenidos y servicios digitales solo sirve para enfatizar que la DCD se extiende a cualquier forma de suministro digital (Cdo 19 DCD).

## 2. NUEVAS CATEGORÍAS DE CONTRATOS SEGÚN LA DURACIÓN

El impacto de la digitalización ha traído consigo una nueva categoría de obligaciones de suministro continuado, que las directivas contraponen a los actos únicos de suministro. ¿Es eso indicativo de una dicotomía entre contrato de suministro de contenidos digitales (que podríamos equiparar a la venta) y contrato de suministro de servicios digitales (que reservaríamos a cualquier otro contrato)? No exactamente. De acuerdo con el Cdo 57 DCD lo importante es saber si el acceso a los elementos digitales es permanente (descarga de un libro electrónico o recepción de un enlace cada semana para descargar un libro) o limitado al periodo de vigencia del contrato (un servicio de *cloud computing*, el acceso a redes sociales, o el visionado de una película en *streaming*). Según

---

2019/2161, la DDC también incorpora las nociones de contenido y servicios digitales. A propósito de esto último y en relación con el derecho a desistir, STJUE C-641/19, de 8.10.2020, *PE Digital GmbH*.

19 Sin embargo, *vid.* SAVIN, Andrej, “Harmonising Private Law in Cyberspace: The New Directives in the Digital Single Market Context”, en ĐUROVIĆ, Mateja / TRIDIMAS, Takis (Eds.), *New Directions in European Private Law*, Hart, Oxford, 2021 p. 221: “while content refers to raw data, services refer to a product or a platform”.

20 MISCHAU, Lena, “The Concept of Digital Content and Digital Services in European Contract Law”, *EuCML*, 1, 2022, p. 13. Para un caso en que la noción de contenido digital queda absorbida por la de servicio digital, cuando además de la infraestructura el empresario proporciona un archivo digital, *vid.* STJUE C-641/2019, de 8 de octubre de 2020, *PE Digital*.

ese Cdo 57, sólo se excluye la categoría del contrato de servicios cuando el uso es *permanente* y la utilización del elemento digital no depende de que esté en vigor un contrato; al servicio le es inherente la noción de temporalidad y tal caracterización es independiente de que el suministro se produzca en uno o varios actos de entrega o de forma continuada en el tiempo. Temporalidad vs. Permanencia sería, pues, el índice que permitiría distinguir la venta de cualquier otro contrato al que, por economía de palabras, podríamos llamar contrato de servicios. Sin embargo, tampoco ese es un argumento definitivo, puesto que, antes, el Cdo 56 DCD establece que la posibilidad de utilización indefinida (en el sentido de permanente) de los elementos digitales también se extiende a los *servicios* digitales suministrados mediante actos individuales. Parece, pues, que la dimensión temporal tampoco sirve para diferenciar los conceptos de “contenido digital” y “servicio digital”, de manera que es difícil que los Derechos nacionales puedan prever tipos contractuales distintos sobre base de esta misma distinción (Cdo 12 DCD).<sup>21</sup>

### 3. CONTRATOS QUE ADMITEN EL PAGO CON DATOS PERSONALES

Los datos personales utilizados por el empresario con finalidad comercial pueden ser considerados el precio o la contraprestación de los contenidos o servicios digitales.<sup>22</sup> Con todo, en este punto la DCD es confusa. Mientras que, de acuerdo con el art. 3.1 II DCD, esa recopilación de datos por parte del empresario ya desencadena la aplicación de la DCD,<sup>23</sup> el Cdo 24 DCD indica que sus normas solo se aplican si puede reputarse concluido un contrato según el Derecho vigente en los Estados miembros.<sup>24</sup> Las leyes de transposición no ofrecen ese matiz y se diría que muchas de ellas presuponen la existencia de un contrato en tal caso.<sup>25</sup> Aun así, es necesario precisar las particularidades del

21 Sobre todo ello, MISCHAU, “The Concept”, especialmente pp. 11-12, a quien sigo en el texto.

22 Pero *vid.* European Data Protection Supervision, “Opinion 4/2017”, pp. 3, 7. El Código Europeo de comunicaciones electrónicas no había tenido antes reparo en asumir un concepto amplísimo de remuneración que sí que incluye la cesión de datos personales o de otro tipo al prestador de servicios. Por consiguiente, nada debería impedir tal equiparación. *Vid.* Cdo 16 Directiva (UE) 2018/1972, de 11.12.2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas (DOUE L 321, de 17.12.2018).

23 Así, BEALE, “Digital Content Directive”, p. 105; SAVIN, “Harmonising Private Law”, en DUROVIC / TRIDIMAS (Eds.), *New Directions*, p. 222

24 De ese parecer, METZGER, Axel, “Un modelo de mercado para los datos personales: estado de la cuestión a partir de la nueva directiva sobre contenidos y servicios digitales”, en ARROYO AMAYUELAS, Esther / CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Dirs.), *El Derecho privado europeo en el nuevo paradigma digital*, Madrid, Marcial Pons, 2020, p. 125.

25 Así, la transposición se declara aplicable a los contratos en virtud de los cuales el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor en Portugal (art. 3.3 letra *b* Decreto-Lei n. 84/2021) o en España (art. 59.4 TR-LGDCU) o Cataluña (art. 621-67 CC Cat). En otros casos, la norma se declara aplicable, sin cuestionar si



consentimiento contractual cuando se trata de explotar económicamente los datos de los usuarios de los servicios digitales.<sup>26</sup> Y, puesto que la aceptación implícita o por vía del silencio no se admite cuando media una obligación de pago (arts. 8.2 II, 27 DDC), tampoco debería ser posible considerar tácitamente prestado el consentimiento a la recogida y explotación de datos personales por el simple hecho de navegar, independientemente de que, además, el Reglamento (UE) 2016/679 (RGPD) también exija el consentimiento expreso para el tratamiento de esos datos (art. 6.1 letra *a*). En consecuencia, supuesto que no deba prevalecer la perspectiva más pragmática y simple que ya ofrece el art. 3.1 II DCD, sería precisa una regla que expresara claramente que los *browse agreements* están prohibidos en este tipo de acuerdos.<sup>27</sup>

La DCV ni siquiera menciona la posibilidad de que los datos personales (o de otro tipo) puedan servir como contraprestación, pero no debería existir inconveniente en generalizar la regla contenida en el art. 3.1 II DCD, sobre todo si se tiene en cuenta que cuando adquiere bienes inteligentes el consumidor también suministra datos personales.<sup>28</sup>

## V. ¿DE QUÉ SE OCUPAN LAS DIRECTIVAS?

Las directivas proporcionan el régimen jurídico de la conformidad de los bienes que son objeto de la compraventa y de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y establecen cuáles son los remedios de los que dispone el consumidor ante la falta de conformidad. Además, en particular, la DCD regula una cuestión de la que la DCV no se ocupa: la falta de suministro de los elementos digitales (¿cuándo debe procederse a la *entrega*? ¿qué ocurre si no se produce el suministro o se suministra tarde?). De esto último no trata la DCV, como digo, porque la cuestión ya la había regulado previamente la Directiva 2011/83 (DDC). En todo caso, se aprecian diferencias relevantes en la

---

existe o no un contrato. Así, en Malta, art. 3.2 *Digital Content and Digital Services Contracts Regulations*, 2021 (L.N. 406 of 2021. *Consumer Affairs Act*, Cap. 378): “These regulations shall also apply where the trader supplies or undertakes to supply digital content or a digital service to the consumer, and the consumer provides or undertakes to provide personal data to the trader”. *Idem*, Italia, Art. 138-octies 4 *Codice del consumo*.

- 26 Sobre el particular, recientemente, MILÀ RAFAEL, Rosa, “Datos personales como contraprestación en la directiva de contenidos y Servicios digitales”, en GÓMEZ POMAR, Fernando / FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio (Dirs.), *Estudios de Derecho Contractual Europeo: Nuevos problemas, nuevas reglas*, Aranzadi, Cizur menor, 2022, pp. 407-450.
- 27 Para un análisis más amplio de los requisitos del consentimiento *online*, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “Nuevos perfiles del consentimiento en la contratación digital en la Unión Europea: ¿navegar es contratar (servicios digitales «gratuitos»)?”, en GÓMEZ POMAR / FERNÁNDEZ CHACÓN (Dirs.), *Estudios de Derecho Contractual Europeo*, pp. 331-405.
- 28 Críticos con la omisión detectada en la DCV a propósito del pago con datos personales, DE FRANCESCHI, Alberto, *La vendita con elementi digitali*, Napoli, ESI, 2019, p. 60; VANHERPE, Jozefien, “White Smoke, but Smoke Nonetheless: Some (Burning) Questions regarding the Directives on Sale of Goods and Supply of Digital Content”, *ERPL*, 2, 2020, p. 258.



regulación de esta materia en ambas normas (cfr. art. 18 DDC y art. 13 DCD).<sup>29</sup> Adicionalmente, la DCD establece una regla sobre modificación unilateral del contrato (art. 19 DCD), que se aplica al suministro continuado de elementos digitales y que no existe para las ventas de bienes con elementos digitales, sin que se alcance a entender por qué eso es así.<sup>30</sup>

Las directivas no se ocupan de cuestiones como la formación, la validez o los efectos del contrato, ni de las consecuencias de la resolución (o cualquier otra causa de extinción del contrato), o el derecho a la indemnización de daños; no prevén tampoco determinados efectos de la reparación o la sustitución, o las condiciones y modalidades relativas a la suspensión del precio. Era necesario aclarar que algunos de esos aspectos quedaban fuera del ámbito de aplicación de las normas para descartar que la política de armonización plena o máxima pudiera llevar a pensar que la no regulación equivalía a la prohibición de ocuparse de esas cuestiones en los Estados miembros (Cdo 18, art. 3.6 DCV; Cdo 73, art. 3.10 DCD). En todo caso, llama mucho la atención que todavía sea posible mantener un régimen general complementario sobre vicios ocultos en los Derechos nacionales (art. 3.7 DCV; Cdo 12 DCD) cuestión que, tal vez, obligue a reconsiderar el sentido que a la luz de esas normas tiene la incompatibilidad que el art. 116 TR-LGDCU predica con las normas del CC español (las del saneamiento).<sup>31</sup> Por otra parte, coexisten los remedios en el caso de que la falta de conformidad pudiera ser el fundamento de la anulación del contrato por error, lo cual, eventualmente, permitiría al consumidor beneficiarse de un plazo más amplio que el previsto en las directivas para la responsabilidad por falta de conformidad.<sup>32</sup> Las normas europeas tampoco interfieren en las pretensiones contractuales o extracontractuales del consumidor frente a terceros (*vgr*, productor o fabricante; Cdos 18, 63 DCV; Cdos 12, 13 DCD).

29 *Vid.* FERVERS, Matthias, Article 13 Directive (UE) 2019/770, en SCHULZE / STAUDENMAYER, (Eds.), *EU Digital Law*, pp. 238-239.

30 Críticos, SEIN, Karin, ‘Goods With Digital Elements’ and the Interplay With Directive 2019/771 on the Sale of Goods (January 30, 2020), p. 8 (disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3600137>; DE FRANCESCHI, *La vendita*, pp. 41, 99 y 100; BARCELÓ COMPTE / RUBIO GIMENO, “Supply”, p. 90. A propósito de la modificación del contrato de suministro de contenidos digitales en el Derecho civil catalán, *vid.* GRAMUNT FOMBUENA, Mariló, “Reflexions al voltant de la modificació unilateral en el subministrament de continguts i serveis digitals”, en GINEBRA MOLINS, M. Esperança / LAUROBA LACASA, M. Elena (Coords.), *Estudis de Dret Català. Llibre Homenatge a Antoni Mirambell i Abancó*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 261-270.

31 La postura tradicional mayoritaria entiende que el consumidor solo puede servirse de los remedios previstos en el TR-LGDCU. No falta, sin embargo, quien establece la posibilidad de que el consumidor elija en función de sus intereses y ese podría ser ahora también el sentido del Cdo 18 y art. 3.7 DCV y Cdo 12 DCD. Sobre el particular, ARROYO AMAYUELAS, Esther, “The Implementation of EU Directives 2019/770 and 771 in Spain”, *EuCML*, 2, 2022, p. 36.

32 En favor de esa solución, LOOS, Marco “Not Good, but certainly Content”, en CLAEYS, Ignace / TERRY, Evelyn (Eds.), *Digital Content & Distance Sales. New Developments at EU Level*, Intersentia, Cambridge, 2017, p. 19.

## 1. EL CONCEPTO DE CONFORMIDAD

En las directivas, la falta de conformidad no incluye, ni equivale a la falta de entrega, ni a la entrega retrasada.<sup>33</sup> Solo puede identificarse con un cumplimiento defectuoso o irregular que únicamente tiene en cuenta la diferencia entre lo que se debe según el contrato y/o determinados criterios establecidos legalmente y lo que, al final, acaba entregando el vendedor o empresario. Habrá falta de conformidad si el bien es inhábil para su uso normal (*vgr.* la pantalla táctil del *smartphone* no responde al tacto), si no se entrega en la cantidad adecuada, o se entrega sin las instrucciones necesarias (*vgr.* hay falta de conformidad si la visualización del contenido digital no es posible porque las instrucciones de instalación son insuficientes), o carece de la funcionalidad esperable (*vgr.* si los tiempos de ejecución de un programa son considerablemente más largos de lo habitual; o si el programa se cuelga constantemente), por citar solo algunos de los nuevos criterios objetivos determinantes de la falta de conformidad. La prestación debe poseer las cualidades que el consumidor pueda razonablemente esperar teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el propio vendedor (o por terceros por su cuenta) o el productor<sup>34</sup> y, además, la infracción de códigos de conducta o normas de la Unión o nacionales también puede ser tenido en cuenta para apreciar la falta de conformidad (entre ellas, el RGPD; Cdo 48 DCD).<sup>35</sup>

33 Pero *vid.* POZO CARRASCOSA, Pedro del / VAQUER ALOY, Antoni / BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de Obligaciones y Contratos*, 2a ed., Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 157. De lo dicho queda al margen la entrega de menos cantidad o la falta de entrega de determinados accesorios, que, en las nuevas directivas, sí que son (o pueden ser) supuestos de falta de conformidad (art. 7 a DCD, art. 6 a DCV). *Vid.* ARNAU RAVENTÓS, Lidia, “La implementació al Dret civil català de les Dir. (UE) 2019/770 i 2019/771, relatives al contracte de subministrament d’elements digitals i al contracte de compravenda de béns”, INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT UdG (ed.), *Compravenda, arrendaments i noves modalitats d’ús temporal per a béns*, Documenta, Girona, 2021, p. 123. Con más detalle, ARNAU RAVENTÓS, Lidia, “Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones”, en ARROYO AMAYUELAS, Esther / CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Dir.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 85-89. Por lo demás, en el contexto del contrato de servicios de viajes combinados, la Directiva 2015/2302, sí que incluye dentro del ámbito de la falta de conformidad tanto la prestación no ejecutada como la que lo ha sido de forma irregular (art. 13.2 y 3.13).

34 De acuerdo con el art. 7.1 letra d DCV cuyo alcance es mayor al del art. 2.2 letra d Dir. 99/44, por razón de las personas implicadas, y el art. 7.2 DCV, que esencialmente se corresponde con el art. 2.4 Dir. 99/44. En la línea, art. 8.1 letra b y art. 8.2 DCD. MORAIS, Jorge, “Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services –Overview of Directives 2019/770 and 2019/771”, *EuCML*, 5, 2019, p. 198, coloca las declaraciones del empresario entre los requisitos subjetivos de conformidad, seguramente porque las reconduce a la información precontractual del vendedor que sí que tiene ese carácter (Cdo 26 DCV). Sin embargo, si se tiene en cuenta que la publicidad determina cuáles pueden ser las expectativas razonables del consumidor, su regulación encaja mejor entre los requisitos objetivos de conformidad.

35 STAUDENMAYER, Dirk, Article 8 Directive (UE) 2019/770, en SCHULZE / STAUDENMAYER

La ventaja de recurrir al concepto de conformidad -que se identifica con el incumplimiento del contrato- frente al saneamiento -que establece una responsabilidad especial del vendedor, tradicional en el CC español y aun presente en otros sistemas para contratos que no son de consumo (*vgr.* CC francés)- es que aquel evita tener que distinguir entre lo que es un vicio o defecto oculto que hace la cosa inservible para el uso prometido y lo que es un *aliud pro alio*.<sup>36</sup> Además, el espectro de diferencias entre lo prometido y lo entregado es muy amplio.<sup>37</sup>

## 2. LA ACUMULACIÓN DE CRITERIOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS

La conformidad material exige que en el momento de la entrega y, en su caso, durante el periodo establecido para el suministro digital, la prestación cumpla con ciertos criterios subjetivos y objetivos. Puesto que ambos son cumulativos,<sup>38</sup> la norma que establece los criterios objetivos que en cada caso resulten de aplicación no es meramente aplicable por defecto,<sup>39</sup> sino que tiene naturaleza imperativa.<sup>40</sup> Dicho de otro modo, la mejora de las funcionalidades del contenido digital, o las medidas de seguridad frente a virus, spam, o robo de identidad, por poner solo algunos ejemplos, no pueden depender exclusivamente de que el vendedor nada haya previsto en el contrato. Eso no significa que la

---

(Eds.), *EU Digital Law*, p. 137; SCHULZE, Reiner / ZOLL, Fryderyk, *EU Contract Law*, 3ª ed., Hart, Baden-Baden, 2022, p. 224.

- 36 Lo recuerda el Preámbulo IX 12 DL 7/2021, de 27 de abril, de transposición de varias directivas europeas en el ordenamiento jurídico español y, entre ellas, la DCV y DCD (BOE n. 101, de 28.04.2021). Por eso sorprende que ese régimen no se generalice a otro tipo de compraventas. La crítica a la subsistencia del saneamiento en el CC se remonta a muchos años atrás (MORALES MORENO, Antonio Manuel, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Civitas, Madrid, 2006, 93-144) y continúa en la actualidad (*vid.* MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, “La responsabilidad del vendedor de bienes de segunda mano por falta de conformidad”, *Responsabilidad civil, seguro y tráfico: cuaderno jurídico*, 70, 2020, pp. 15-29; manejo una edición no paginada y lo dicho corresponde al texto correspondiente a la nota 6). Sin embargo, tras destacar las diferencias entre la responsabilidad general (por incumplimiento) y especial (por vicios ocultos) del vendedor, considera que tal vez la regulación del CC es adecuada en un régimen de contratación estructuralmente igualitaria, JUÁREZ TORREJÓN, Ángel, “Garantías en la venta de bienes de consumo y servicios postventa”, en SANTOS MORÓN, M. José / MATO PACFÍN, M. Natalia (Coords.), *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencia actual*, Tecnos, Madrid, 2022, p. 108.
- 37 *Vid.* recientemente, GÓMEZ POMAR, Fernando, Comentari a l’article 621-20 CCCat, en EGEA FERNÁNDEZ, Joan / FERRER RIBA, Josep (Dirs.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 227 y ss.
- 38 Art. 7.1 DCV, art. 8.1 DCD: “Además de cumplir cualesquiera requisitos subjetivos para la conformidad [...]”; “tanto ... como” (Cdo 25 DCV); “no solo ... sino además” (Cdo 45 DCD, Cdo 29 DCV).
- 39 Entiende que, por el contrario, los criterios objetivos tienen carácter supletorio, CASTILLA BAREA, Margarita, *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 99-102.
- 40 TWIGG-FLESNER, Christian, “Conformity of Goods and Digital Content/Digital Services”, en ARROYO AMAYUELAS / CÁMARA LAPUENTE (Dirs.), *El Derecho privado*, 2020, p. 53.

ley suplante en todo caso la voluntad de las partes a la hora de fijar el objeto del contrato. Lo que se pretende es que el empresario observe los criterios establecidos legalmente, por otra parte, muy flexibles, y no siempre aplicables todos en cualquier caso, para evitar que pueda comercializar bienes con una calidad inferior a la que ofrece el mercado sin que el consumidor sea consciente de ello, porque la información en la que se lo advierte queda difuminada entre las condiciones generales de la contratación. Así, si lo que ha previsto en el contrato introduce cualquier desviación perjudicial o más onerosa para el consumidor respecto de lo que este podría esperar en el mercado de referencia (suponiendo que este exista, cosa que no es evidente en la comercialización de bienes de segunda mano), entonces deberá mediar su conocimiento y consentimiento expreso. Se ha dicho por ello que las nuevas normas sobre requisitos objetivos refuerzan los requisitos de transparencia del empresario.<sup>41</sup>

### 3. LA CONFORMIDAD A LO LARGO DEL TIEMPO MEDIANTE ACTUALIZACIONES

No puede entenderse que los contenidos digitales (estén o no incorporados en los bienes) son conformes al contrato si no se proporcionan actualizaciones durante un tiempo ¿Cuál es ese tiempo? Las directivas presentan diferencias de regulación. Cuando el suministro de elementos digitales es continuado, la DCD establece que el deber de proporcionar actualizaciones se extiende durante toda la vida del contrato (art. 8.3 letra *a*, art. 8.4 DCD). Sin embargo, cuando ese suministro continuado de elementos digitales se inserta en bienes, la DCV sigue otro esquema: el vendedor debe proporcionar actualizaciones durante un mínimo de dos años, porque ese es también el plazo de responsabilidad del vendedor por falta de conformidad (art. 7.3 letra *b*, art. 10.2 DCV). Si el suministro dura más, entonces vuelve a aplicarse la regla general de la DCD. La regulación es difícil de distinguir, sobre todo cuando cueste saber cuál es el elemento predominante (*vgr.* un llavero que incorpora un chip que permite encontrar las llaves).<sup>42</sup> Por otra parte, de forma algo confusa, los actos de entrega periódicos de elementos digitales (*vgr.* descargas de libros electrónicos en virtud de un contrato de suscripción) también son considerados un suministro continuado (Cdo 57 DCD), si bien entonces el deber de actualizar se alarga

41 CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales”, en SANTOS MORÓN / MATO PACÍN (Coords.), *Derecho de consumo*, p. 296. Para otras consideraciones sobre transparencia y requisitos objetivos y el impacto de las nuevas reglas en la introducción de nuevos bienes en el mercado o en la comercialización de bienes de segunda mano, *vid.* GSELL, Beate, “Conformidad y expectativas razonables de los consumidores”, *Working Paper* de la Cátedra Jean Monnet, 2022, 2, pp. 1-10.

42 VANHERPE, “White Smoke”, p. 261: “The Split based on the period of continuous supply of digital content (less vs more than two years) appears to be somewhat artificial and easy to circumvent”.

durante todo el tiempo que el consumidor pueda razonablemente esperar (Cdo 31 DCV, art. 7.3 letra *a* DCV y 8.3 letra *b* DCD). Esa regla es la que, en realidad, se debería haber generalizado a cualquier supuesto, porque es la que mejor recoge la idea de que las actualizaciones se adaptan a la finalidad del suministro y a la durabilidad prevista para cada bien.<sup>43</sup>

#### 4. EL CONOCIMIENTO Y CONSENTIMIENTO DE LA EXCLUSIÓN DE ALGUNOS CRITERIOS OBJETIVOS

El hecho de que el conocimiento del consumidor de la falta de conformidad deba provenir de la información que le proporciona el vendedor y que, además, deba consentirla (art. 7.5 DCV, art. 8.5 DCD) significa que no basta con que el consumidor conociera espontáneamente la falta de conformidad antes de contratar o no pudiera razonablemente desconocerla. Por el contrario, en la Directiva 99/44 (art. 2.3), esto último era determinante de la exclusión de responsabilidad del vendedor porque si el comprador conocía el defecto entonces no podía considerarse que su expectativa quedaba defraudada.<sup>44</sup> La mayor protección que en este punto proporcionan ambas directivas queda en parte ensombrecida si se tiene en cuenta que esa renuncia a determinadas características objetivas puede afectar a la esencia misma de la obligación del vendedor o empresario de garantizar la conformidad. No parece de recibo, por ejemplo, que se pueda excluir que el consumidor reciba actualizaciones de seguridad.<sup>45</sup> Por lo demás, sorprende que dicha posibilidad de renuncia se excluya cuando los criterios de conformidad se refieran a la instalación (arts. 9 DCD, 8 DCV).<sup>46</sup>

La renuncia a determinados requisitos de conformidad exige un acuerdo expreso y por separado (esto es, no en condiciones generales) y un comportamiento inequívoco del consumidor (art. 7.5 DCV, art. 8.5 DCD). En el contexto de la contratación *online*, un ejemplo de tal comportamiento sería

43 Lo propone la Resolución del Parlamento Europeo de 25.11.2020, epígrafe 7 letra *a*.

44 MARIN LÓPEZ, Manuel J., “Falta de conformidad del bien vendido y derechos del consumidor en la Directiva 2019/771/UE”, *Diario La Ley*, n° 9461, de 22.07.2019, p. 10; TWIGG-FLESNER, “Conformity”, en ARROYO AMAYUELAS / CÁMARA LAPUENTE (Dir.), *El Derecho privado*, p. 71; GÓMEZ POMAR, Fernando, “Viejos y nuevos problemas contractuales en la Directiva 2019/771/UE”, en GÓMEZ POMAR / FERNÁNDEZ CHACÓN (Dir.), *Estudios de Derecho Contractual Europeo*, pp. 515-517.

45 En esa línea, SÁNCHEZ LERÍA, “Mercado Digital”, pp. 62-63. Propugna también una interpretación muy restrictiva del art. 7.5 DCV, ARTZ, Markus, “Pactos sobre la falta de conformidad en las Directivas 2019/770 y 2019/771”, *LaNotaria*, 2-3, 2019, p. 121. Desde el punto de vista de la sostenibilidad, sugieren que determinadas características no deberían poder excluirse nunca, VAN GOOL / MICHEL, “The New Consumer Sales”, p. 141.

46 No era así en la Propuesta de Directiva sobre venta online de 2015 (art. 4.3). Llama la atención sobre el cambio, STAUDENMAYER, Article 8 Directive (UE) 2019/770, en SCHULZE / STAUDENMAYER (Eds.), *EU Digital Law*, p. 163, pero no explica cuál debería ser el fundamento de esa diferencia de trato.

marcar una cruz en una casilla (Cdo 49 DCD).<sup>47</sup> En la contratación telefónica, y a partir de lo dispuesto en el art. 8.6 DDC, el consumidor solo quedaría vinculado una vez que hubiera puesto su firma en la declaración del empresario o enviado su acuerdo por escrito, o enviara su confirmación en soporte duradero (papel, correo electrónico o sms).<sup>48</sup> Ahora bien, si el contrato se concluye presencialmente en el establecimiento del empresario ¿debería admitirse una declaración verbal? Y si esta se permitiese ¿qué significaría entonces tener que prestarlo “separadamente”?

En otras ocasiones en que, en el momento de la conclusión del contrato, el legislador ha requerido un consentimiento separado del consumidor a determinadas cláusulas contractuales, también ha solicitado su firma.<sup>49</sup> Por consiguiente, a la vista de los distintos escenarios en que pueden operar las DCV y DCD, puede discutirse si los Cdos 36 DCV y 49 DCD significan lo mismo.<sup>50</sup> Más allá de que, por cuestiones de prueba, interese al empresario exigir ciertas formalidades en el modo de prestar consentimiento para poder tener constancia de su otorgamiento (con el añadido incremento de costes y burocracia), es cuestionable que legalmente baste un consentimiento verbal del consumidor (acaso prestado con menos reflexión que cuando se requiere marcar una cruz) porque eso no le proporciona la posibilidad de consulta reiterada del acuerdo al que se ha llegado, con el fin de comprobar a qué se ha obligado en realidad el vendedor.

## VI. LOS PLAZOS ANTE LA FALTA DE CONFORMIDAD

La existencia de un plazo de responsabilidad es conocida porque ya antes el art. 5 Dir. 99/44 lo había previsto (allí: plazo de garantía legal). La particularidad de las nuevas directivas es que además de situarnos en el escenario de una compraventa típica, ofrecen la perspectiva nueva de la ejecución del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales. Eso obliga a saber si es o no posible individualizar (uno o varios) actos de entrega a partir de los cuales

47 A propósito de los arts. 8.1 II, 22 DDC y los otros preceptos de la DDC que exigen el consentimiento o la solicitud expresa del consumidor, *vid.* Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2011/83/UE hechas públicas por la Comisión Europea (DOUE C 525, de 29.12.2021), p. 59 y 62.

48 Teniendo en cuenta los avances tecnológicos, la Directiva (UE) 2019/2161, ha eliminado la referencia al número de fax de la lista de medios de comunicación en el artículo 6, apartado 1, letra c, de la Directiva 2011/83/UE, ya que el fax rara vez se utiliza en la actualidad y en gran medida se encuentra obsoleto (Cdo 46).

49 Así, a propósito del derecho a desistir y la prohibición de pagos anticipados, art. 5.4 II Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio (DOUE L 33, 3.2.2009).

50 Así, con críticas a la regulación, ARTZ, “Pactos”, p. 121.

pueda iniciarse el *dies a quo*. Así, no es lo mismo descargar una aplicación para incorporar en el móvil, que proporcionar un enlace cada semana para descargar un libro electrónico, obtener un suministro continuado de datos de tráfico en un sistema de navegación, o visualizar una película en *streaming*.

## 1. LOS PLAZOS DE RESPONSABILIDAD

Los plazos de responsabilidad del vendedor son muy favorables para el consumidor en ambas directivas. En la DCV el vendedor responde de la falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien (en uno o varios actos de suministro) y que se manifieste en el plazo de dos años. Es así, incluso si se trata de bienes con elementos digitales (art. 10.1 DCV). Si en este tipo de bienes los contenidos o servicios digitales son de suministro continuado, a lo largo de más de dos años, entonces se admite que el vendedor responda por todos los defectos que se produzcan o manifiesten a lo largo de todo el periodo contractual (art. 10.2 DCV). Los dos años tras la entrega a los que me he referido antes pueden ser ampliados por los Estados miembros (art. 10.3 DCV). Eso es exactamente lo que ha sucedido en España y en Cataluña, ya que ahora la compraventa de bienes (con o sin contenidos digitales) pasa a tener un plazo de garantía de 3 años (art. 120.1 TR-LGDCU, 621-23.1 CCCat). El resultado es muy protector para el consumidor. Y lo es, en particular, en la hipótesis de entrega de bienes con elementos digitales de suministro continuado cuando el contrato dure menos de dos años, porque entonces el plazo de garantía se extiende a dos años o más, según los Estados miembros decidan ampliarlo (y en el caso español y catalán se extiende hasta tres, art. 120.2 TR-LGDCU, art. 621-23.1 CCCat). Hay que darse cuenta, además, de que cuando el suministro de contenido digital es continuado durante un periodo, basta con que el defecto se produzca en ese periodo, sin perjuicio de que se pueda reclamar más tarde, esto es, cuando se manifieste, cosa que puede suceder mucho tiempo después. La diferencia con la entrega de bienes (con o sin elementos digitales) en actos de suministro único es clara: en tal caso, los defectos deben manifestarse en el plazo de responsabilidad del vendedor (cfr. art. 10.1 y 2 DCV). La transposición en el TR-LGDCU sigue esa misma orientación de las directivas, pero en Cataluña, con buen criterio, el art. 621-23.1 y 2 CCCat exige siempre que la falta de conformidad se “manifieste” durante el plazo previsto legalmente.

En relación con los contratos de contenidos o servicios digitales que se suministran en un único acto o en una serie de actos individuales, el art. 11.2 I DCD adopta una regulación ligeramente distinta: la norma establece que no hay plazo de conformidad, pero que los Estados Miembros sí que pueden establecerlo; de ser así, el plazo no debe ser inferior a dos años a partir de cada acto de entrega (art. 11.2 II). Es lo que correctamente hacen el Derecho español (art. 120.2 TR-LGDCU) o catalán (art. 621-73.2 CC Cat). Con ello se trata



de evitar poder reclamar eternamente al empresario, pero es una solución que casa mal, por un lado, con la idea de que por lo general los contenidos digitales no sufren desgaste; y, por el otro, con la regla pensada para el suministro continuado, porque entonces se puede exigir responsabilidad en cualquier momento, mientras dure el contrato e incluso después si, producida entonces, la falta de conformidad se manifiesta cuando aquel ya se ha extinguido (art. 11.3 DCD; art. 120.2 TR-LGDCU; art. 621-74 CCCat).

Por otra parte, hay que fijarse en que, en el supuesto de que ese suministro de contenido digital solo dure un año, la protección del consumidor disminuye respecto de la que le otorga el art. 10.2 DCV para la venta de bienes con elementos digitales de suministro continuado, porque ya se ha visto que este precepto impone un periodo de garantía mínimo no inferior a dos años (que en el Derecho español/catalán son 3).

## 2. LOS PLAZOS DE LAS PRESUNCIONES DE FALTA DE CONFORMIDAD

Las normas sobre inversión de la carga de la prueba son distintas en ambas directivas. Solo la DCV da la posibilidad a los Estados miembros de ampliar en un año la presunción *iuris tantum* de la preexistencia del defecto en el momento de la entrega (art. 11.2 DCV) lo cual es, de nuevo, una manifestación de la armonización mínima. Así, el plazo de presunción de existencia de la falta de conformidad de los bienes es de dos años en el Derecho español (art. 121.1 TR-LGDCU) o catalán (art. 621-24.1 CCCat). Por el contrario, en el suministro de contenidos digitales realizado mediante acto o actos individuales de entrega, la presunción es de solo un año (art. 12.2 DCD). Para el caso de suministro continuado de contenidos y servicios digitales (incorporados o no en los bienes) la carga de la prueba se invierte durante todo el plazo de responsabilidad del vendedor o suministrador (art. 11.3 DCV, art. 12.3 DCD) porque en este caso, a diferencia de lo que sucede cuando hay entregas individuales, no puede decirse que el suministro sale de la esfera de influencia del empresario para entrar en la del consumidor.<sup>51</sup> Por consiguiente, este deberá probar que no había

---

51 GSELL, Beate / ARALDI, Rodrigo, “Plazos de las medidas correctoras en caso de vicios ocultos según la Directiva (UE) 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y la Directiva (UE) 2019/771 sobre el contrato de compraventa de bienes”, CDT, 12-2, 2020, p. 495. Sin embargo, considera innecesaria la presunción, ZOLL, Frydryk, Article 12 Directive (UE) 2019/770, en SCHULZE, Reiner / STAUDENMAYER, Dirk (Eds.), *EU Digital Law*, p. 218 y 221. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que, a efectos del deber de procurar actualizaciones, el Cdo 31 DCV entiende que los elementos digitales nunca son totalmente independientes del entorno del vendedor, porque este (o un tercero) siempre puede actualizarlos a distancia, normalmente a través de internet, y es así independientemente de la modalidad de suministro.



falta de conformidad o que esta se produjo tras la expiración del periodo de responsabilidad.<sup>52</sup>

Los art. 12.3 y 4 DCD dejan sin efecto la presunción sobre falta de conformidad. Por el contrario, la DCV nada dice sobre el particular a propósito de los contratos sobre bienes con elementos digitales. Quizás se supone que en ese escenario no encaja bien la idea de que el empresario no tiene acceso o no conoce el entorno digital del consumidor, pero no está claro que no pueda haber casos en que también pueda imponerse el mismo planteamiento diferenciado en torno a la carga de la prueba.<sup>53</sup> Es lógico, por lo demás, que así sea, si resulta que el consumidor no ha adoptado todas las medidas a su alcance para garantizar la compatibilidad del entorno digital cuando el empresario le hubiera informado de ello.

### 3. LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN

Las dos directivas distinguen entre plazos de responsabilidad (antes, garantía legal) y plazos de prescripción de los concretos remedios a disposición del consumidor, igual que ya hiciera en su momento el art. 5.1 Directiva 99/44 y la STJUE C-133/18, de 13.07.2017, *Ferendschild*, pero la regulación de los segundos la deja el legislador europeo a la consideración de los Estados miembros. En realidad, habría que decir que prescriben las pretensiones (a la reparación, sustitución o reclamación de daños) y que caducan los derechos potestativos (resolución). La rebaja del precio participa de ambos, según se ejerza una pretensión a la devolución de parte del precio o se pretenda de entrada pagar menos. Los Estados miembros son libres, con ciertos límites, de establecer tanto la duración del plazo como la determinación del *dies a quo* (art. 10.5 DCV, art. 11.3 II DCSD). En el Derecho español, el plazo de prescripción es de 5 años y empieza a contar a partir de la manifestación de la falta de conformidad (art. 124 TR-LGDCU).<sup>54</sup> Esto último es así también en Cataluña (art. 621-44.3 CCCat), pero aquí el plazo de prescripción es de solo 3 años (art. 621-44.1 CCCat). Puesto que ambos plazos, de responsabilidad y de prescripción, no corren paralelos, no existe ningún problema en que ambos coincidan en extensión.

---

52 DE FRANCESCHI, *La vendita*, p. 130.

53 Para los matices, CÁMARA LAPUENTE, “Un primer balance”, pp. 6 y 7 y nota 21.

54 Para la crítica, ARROYO AMAYUELAS, Esther, “Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor)”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, 19, 2022, pp. 6-7. Otros países que combinan plazos de garantía y de prescripción mantienen un *dies a quo* objetivo y prevén plazos de prescripción muy cortos. Así, en Austria, tras el transcurso de dos años de garantía se suman solo tres meses de prescripción (§ 28.1 VGG; art. 933.3 ABGB).

## VII. LA CONFORMIDAD JURÍDICA

Otra de las grandes novedades de ambas directivas es la incorporación del concepto de conformidad jurídica. Es decir, que el vendedor o empresario responden por la venta o suministro de bienes o contenidos digitales que estén gravados con derechos de terceros de los que no se ha dado conocimiento al consumidor y que limiten su uso. Esto es particularmente importante en el caso de los contenidos digitales, porque siempre existen derechos de propiedad intelectual sobre los mismos. El consumidor compra los contenidos al vendedor, pero firma un contrato de licencia con el titular de esos contenidos; contrato de licencia donde se regula qué uso puede hacerse de los mismos (copiarlos, verlos en aparatos distintos, etc.). ¿Qué sucede si, tras la compra, el consumidor descubre que esos derechos le impiden utilizar el bien tal y como él esperaba? Pues que entonces puede reclamar frente al vendedor o empresario que sea parte en el contrato y este responderá por falta de conformidad si no le había advertido debidamente de que tal restricción existía. Aquí es donde se revela muy útil el pacto de exclusión de alguna característica objetiva (art. 8.5 DCD).<sup>55</sup> Cualquier vendedor prudente advertirá del contenido de la licencia en ese pacto para evitar tener que responder él después.<sup>56</sup>

Con todo, la cuestión es un poco más complicada porque para poder reclamar se deben haber violentado o infringido las expectativas razonables del consumidor y no siempre será fácil determinar cuáles son éstas cuando se adquieren contenidos digitales ¿Por qué? Pues porque no existe una plasmación legislativa concreta de los derechos o intereses protegidos de los consumidores, por la diversidad de contenidos, porque el consumidor no siempre sabe lo que puede esperar, o porque es la industria la que en definitiva establece en cada momento lo que es posible.<sup>57</sup> Sorprende que ni la DCD ni la DCV respondan claramente a la pregunta de si ese más que probable déficit en la protección del consumidor puede ser mitigado mediante la aplicación de la Directiva 93/13/CE, sobre cláusulas abusivas.

Parece, además, que, para poder exigir responsabilidad frente al vendedor por falta de conformidad jurídica es precisa una vulneración de los derechos de terceros que perturbe el uso o utilización de los bienes, contenidos o servicios digitales. A propósito de los derechos de propiedad intelectual sobre contenidos digitales, el Cdo 54 DCD señala que no es preciso que, para poder exigir responsabilidad al empresario, el consumidor haga un uso ilícito de los contenidos (*ugr.* reventa o copias no permitidas por el titular de la licencia). De

55 STAUDENMAYER, Article 8 Directive (UE) 2019/770, en SCHULZE / STAUDENMAYER (Eds.), *EU Digital Law*, p. 163.

56 SPINDLER, "Digital Content", p. 130.

57 SPINDLER, "Digital Content", pp. 118-119; OPRYSK / SEIN, "Limitations", p. 598.

hecho, aunque no imposible, tal vulneración será difícil como consecuencia de las medidas tecnológicas que forman parte de los *Digital Rights Management Systems*<sup>58</sup> (*vgr.* encriptados, contraseñas, dispositivos anticopia) que protegen el derecho en exclusiva del titular de la licencia, muchas veces incluso frente a limitaciones legalmente permitidas (art. 197 TR-LPI, que diferencia en función de si las obras con protección tecnológica se licencian o no a través de internet).<sup>59</sup> Parece, pues, que más que una vulneración efectiva por parte del consumidor, el dato importante es la perturbación que este pudiera experimentar en sus propias expectativas de utilización, si bien entonces no queda claro si se debería exigir que el tercero ejerza su derecho efectivamente o si simplemente bastaría constatar la existencia de ese derecho y la amenaza que supone sobre el disfrute de la posesión pacífica del bien (*vgr.* una venta de un cuadro robado, un embargo sobre el automóvil adquirido, un derecho de opción sobre la joya) o la plena utilización de los contenidos de acuerdo con lo que razonablemente pudiera esperar el consumidor (*vgr.* la imposibilidad de hacer copias de seguridad).<sup>60</sup>

Las directivas no especifican el momento en que debe apreciarse la falta de conformidad jurídica de los bienes, contenidos o servicios digitales. No se excluye que el derecho de tercero deba preexistir a la entrega o puesta a disposición, pero se debe también dar cabida a la posibilidad de que el derecho acaezca o se “produzca” después, esto es, mientras dure el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales (*vgr.* por cambios sobrevenidos en las condiciones de la licencia).<sup>61</sup>

Además, aunque no lo diga expresamente ninguna directiva, en caso de conformidad jurídica no tiene sentido establecer plazos de garantía si la reclamación del comprador puede depender de un hecho que él no controla, como es el ejercicio que un tercero haga de su derecho (así, art. 621-23.6 CC

58 Para la definición de las medidas tecnológicas, art. 6.3 Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (DOUE L 167, 22.6.2001) (Directiva InfoSoc). Así también, art. 196.3 del RD Legislativo 1/1996, de 12 de abril, tal como fue reformado por el artículo único 9 del Real Decreto-ley 2/2018, de 13 de abril (BOE n. 91, de 14.04.2018).

59 GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, “Tutela de las medidas tecnológicas de protección de la información para la gestión de los derechos de propiedad intelectual”, en BERCOVITZ, Rodrigo (Dir.), *Manual de Propiedad Intelectual*, 9a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 390-395.

60 A propósito del art. 10 DCD, ampliamente, ROSENKRANZ, Franz, Article 10 Directive (UE) 2019/770, en SCHULZE / STAUDENMAYER (Eds.), *EU Digital Law*, pp. 189-199. En Cataluña, *vid.* art. 621-30 CC Cat, que se interpreta en el sentido que no es preciso el ejercicio de la pretensión por parte del tercero. Sobre el particular, ARROYO AMAYUELAS, Esther, *Comentari a l'article 621-30 CC Cat*, a FERNÁNDEZ / FERRER RIBA (Dir.), *Comentari al llibre sisè*, pp. 324-325.

61 A propósito del art. 10 DCV, admite que tiene sentido juzgar la conformidad jurídica en un momento distinto del de la entrega los bienes, CASTILLA BAREA, *La nueva regulación*, pp. 95-96.

Cat). En el caso de que la falta de conformidad derive de la no transferencia de la propiedad (o el derecho que sea objeto del negocio), tampoco procedería limitar la responsabilidad del vendedor a dos años a partir de la entrega si resulta que es más tiempo lo que necesita el consumidor para adquirir los bienes o derechos por usucapión. Por consiguiente, la responsabilidad del vendedor deberá extenderse a todo el periodo durante el cual el consumidor esté expuesto a la acción del tercero, sin perjuicio de que prescriba o caduque el remedio a partir del momento en que aquél tenga conocimiento de la falta de conformidad como consecuencia de dicha reclamación.

## VIII. LOS REMEDIOS DERIVADOS DE LA FALTA DE CONFORMIDAD

### 1. PREVIO: LA NOTIFICACIÓN DE LA FALTA DE CONFORMIDAD

Existen claras diferencias en ambas directivas en torno a la posibilidad de hacer depender el ejercicio de los remedios por falta de conformidad de su notificación tempestiva. No lo permite la DCD que, en este punto, es una norma de plena armonización (Cdo 11 DCD); pero el art. 12 DCV sí que acepta que se mantenga o introduzca dicha notificación en los Derechos nacionales, lo cual implica, por el contrario, que la armonización sea mínima en este punto (Cdo 46 DCV). Tal distinción es comprensible a la vista de la situación preexistente en los Estados miembros, pero no es desde luego una solución convincente.<sup>62</sup> En todo caso, qué duda cabe de que la notificación al empresario seguirá siendo necesaria para que el vendedor resulte informado de que debe restablecer la conformidad del bien (Cdo 50 DCV) y por eso mismo nada debería impedir al legislador nacional hacer pechar al consumidor con los daños ocasionados por una notificación retrasada.<sup>63</sup> El legislador español no lo ha hecho, pero el catalán sí (art. 621-29.2 CCCat, aplicable también al contrato de contenidos y servicios digitales, ex art. 621-67.2 CCCat).

### 2. ¿QUÉ REMEDIOS?

Ante la falta de conformidad, el consumidor dispone de los remedios conocidos. En primer lugar, la reparación y la sustitución (remedios primarios), aunque la DCD omite esa distinción, quizás porque es difícil saber dónde encajar una actualización del *software*. En cualquier caso, es el suministrador

62 GSELL / ARALDI, “Plazos”, p. 492; ZÖCHLING-JUD, Brigitta, “Beweislast und Verjährung im neuen europäischen Gewährleistungsrecht”, en STABENTHEINER, Johannes / WENDEHORST, Christiane / ZÖCHLING-JUD, Brigitta (Hrsg.), *Das neue europäische Gewährleistungsrecht*, Manz, Wien, 2019, p. 212; SEIN, “Goods”, p. 8.

63 Sobre el deber de mitigar el daño, SÁNCHEZ LERÍA, Reyes, “Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico espanyol”, *InDret*, 4, 2021, p. 79.

del contenido digital quien escoge la manera de subsanar la prestación y no el consumidor como, por el contrario, sucede en la compraventa (cfr. art. 13.2 DCV y art. 14.2 DCD) porque parece que solo aquel es quien mejor puede conocer qué solución es precisa (Cdo 63). En segundo lugar, el consumidor puede optar por la rebaja del precio y la resolución (remedios secundarios). A pesar de la jerarquía, en ciertos supuestos es posible la transición directa a los remedios secundarios sin pasar previamente por la puesta en conformidad. Así, si esta es grave o está claro que el empresario no solucionará el problema, es posible pedir directamente la rebaja del precio o resolver el contrato. Esa es una novedad muy importante en ambas directivas que el legislador europeo no destaca suficientemente.<sup>64</sup>

La pretensión de daños no está regulada ni en la DCD (Cdo 73, art. 3.10) ni en la DCV (Cdo 18; art. 3.6). Corresponde, pues, a los Estados miembros regular los presupuestos y condiciones de ejercicio de ese remedio, esto es, exigir o no que el defecto sea conocido por el empresario, establecer si la concurrencia de culpa del comprador le exonera, si solo hay que indemnizar el daño previsible, o si actúa y cómo el deber de mitigar el daño. Con todo, el vendedor debe soportar los costes de retirada e instalación del bien por expresa disposición del art. 14.3 DCV, lo cual podría equivaler a una responsabilidad objetiva por daños, con clara ventaja para el consumidor cuando el Derecho nacional prevea un sistema de responsabilidad por culpa.<sup>65</sup>

El art. 13.6 DCV reconoce el derecho del consumidor a suspender el pago de parte del precio hasta que la otra parte cumpla sus obligaciones, pero abandona a los Estados miembros el establecimiento de las condiciones y modalidades de ejercicio de ese derecho. La DCD no contempla el remedio y el Cdo 15 DCD relega expresamente esa regulación a los ordenamientos nacionales.<sup>66</sup> Aun así, la presentación que realiza el legislador europeo es confusa.<sup>67</sup>

A propósito del remedio que consiste en la reducción del precio, los art. 15 DCV y 14.6 DCD establecen cómo debe calcularse tal rebaja. Eso es una novedad respecto del art. 3.2 Directiva 99/44, que solo indicaba que debía

64 KOCH, Bernhard A, “Das System der Rechtsbehelfe”, in STABENTHEINER / WENDEHORST / ZÖCHLING-JUD (Hrsg.), *Das neue europäische*, p. 162.

65 Vid. STJUE 16.06.2011, C-65/09 y C- 87/09 (Weber & Putz) y las diferencias que con esa sentencia plantea ahora la regulación europea. Al respecto, ZÖCHLING-JUD, Brigitta, “Das neue Europäische Gewährleistungsrecht für den Warenhandel”, 3 GPR, 2019, p. 129.

66 Cfr. CASTILLA BAREA, *La nueva regulación*, p. 249; SÁNCHEZ LERÍA, “Mercado digital”, pp. 66-67.

67 Los Cdos 15 DCD y Cdo 18 DCV se refieren a la posibilidad de suspender el cumplimiento de las obligaciones o parte de ellas, mientras que el art. 16.3 DCV solo contempla la suspensión del pago de cualquier parte pendiente del precio o de parte del importe. Llama la atención sobre el particular y da prioridad a la interpretación que resulta de la DCD, ARNAU RAVENTÓS, “Remedios”, en ARROYO AMAYUELAS / CÁMARA LAPUENTE (Dir.), *El Derecho privado*, pp. 96-97. Vid. también CASTILLA BAREA, *La nueva regulación*, pp. 247-248.

tratarse de una reducción adecuada. Ahora se especifica que tal reducción debe ser proporcionada a la disminución del valor de los bienes no conformes respecto del valor que tendrían si hubieran sido conformes. La rebaja del precio no es posible, claro está, cuando los contenidos digitales se suministren a cambio de datos personales o de otro tipo.

Es un sistema jerárquico de remedios, en que el acreedor no dispone de *ius variandi*, la resolución no lleva aparejada la exigencia de que la falta de conformidad sea grave, pero sí que se exige que esta no sea leve; si lo es (y esa prueba corresponde al empresario, art. 13.5 DCV, art. 14.6 DCD), no puede ejercerse con preferencia a la rebaja del precio (ni, por supuesto, con preferencia a los otros remedios) salvo que el consumidor no tenga esta última a su disposición, como típicamente sucede cuando paga con datos personales (art. 14.6 DCD). Solo si el incumplimiento es grave puede el consumidor acudir directamente a la resolución y en pie de igualdad con la rebaja del precio (art. 13.4 letra *c* DCV; art. 14.4 letra *d* DCD). En este punto, la jerarquía se flexibiliza, sin duda para dar cabida a regulaciones estatales preexistentes que, al amparo de una armonización mínima, habían prescindido de la misma. A pesar del beneficio que esto último supone para el consumidor, dirimir cuándo el incumplimiento es grave -que es algo más que que no sea leve- corresponde a los Estados miembros. Y tan o más importante que la entidad de la falta de conformidad (Cdo 65 DCD) serán los motivos que el consumidor pueda tener para no confiar en la capacidad del vendedor de resolver el problema (Cdo 51 DCV).

Las condiciones de ejercicio del derecho de resolución también se regulan. Así, se prevé la resolución extrajudicial mediante declaración a la otra parte, sin sujeción a forma alguna (art. 16.1 DCV, art. 15 DCD).<sup>68</sup> Además, se admite la resolución parcial del contrato, aunque los supuestos de hecho no son coincidentes en ambas directivas (cfr. art. 16.2 DCV, art. 16.1 II DCD).<sup>69</sup>

En cuanto a los efectos de la resolución, la DCV se limita a regular los principales (Cdo 59-60 DCV). El art. 16.3 DCV prevé la restitución recíproca de las prestaciones, pero no establece en qué plazo. La norma tampoco prevé quien debe asumir el coste de la devolución, ni aclara si se deben frutos o intereses legales, ni qué sucede cuando los bienes se encuentran (legítimamente o no) en poder de terceros o el consumidor no puede devolverlos por otras razones, o estos han perdido valor como consecuencia de un uso que provoca la depreciación del bien.<sup>70</sup> A propósito de los contenidos y servicios digitales,

68 La idea se aprecia ya en el art. 26 del Convenio de Viena y es la tendencia en el moderno Derecho de contratos. Así, art. 621-42.4 CC Cat.

69 ARNAU RAVENTÓS, "Remedios", en ARROYO AMAYUELAS / CÁMARA LAPUENTE (Dir.), *El Derecho privado*, pp. 95-96.

70 Pero *vid.* para el caso de sustitución, art. 14.4 DCV y STJUE C-404/06, de 17.04.2008, *Quelle*.

el art. 16.1 DCD obliga al empresario al reembolso de “todos los importes pagados con arreglo al contrato” y esto incluye el precio y todas las prestaciones suplementarias con ocasión del contenido digital adquirido inicialmente (*vgr.* comprar funciones adicionales de una aplicación con suscripciones y compras dentro de la aplicación),<sup>71</sup> en el bien entendido de que no procederá la devolución por el uso que se haya hecho antes de la resolución mientras los bienes eran conformes (Cdo 68 y art. 16.1 II y 17.3 DCD). Si el consumidor no ha pagado dinero, sino que ha proporcionado datos personales, el art. 16.3 DCD establece que el suministrador tiene la obligación de cumplir las obligaciones establecidas en el RGPD, es decir, no debe hacer uso de esos datos, y el consumidor puede solicitar que sean borrados (art. 17.1 letra *b* RGPD) y que le sean restituidos en un formato utilizado habitualmente y legible electrónicamente, incluso que sean transferidos directamente a otro responsable del tratamiento (art. 20 RGPD). Por otro lado, el art. 16.3, letras *a, b, c y d* DCD obliga al empresario a abstenerse de utilizar los datos o contenidos digitales que no sean datos personales (*vgr.* videos, audios descargados desde un servidor) que el consumidor hubiese facilitado o creado al utilizar el contenido o el servicio digital suministrado por aquel, salvo que no tengan utilidad fuera de ese contexto (*vgr.* avatares); o solo se refieran a la actividad del consumidor durante el uso de los contenidos o servicios digitales (*vgr.* cuántas veces usa un video o sube contenidos); o hayan sido agregados con otros datos por el empresario y no puedan desagregarse, o no sin esfuerzos desproporcionados; o hayan sido generados juntamente con otros usuarios. Es decir que el empresario puede continuar obteniendo utilidad de esos contenidos que aparentemente no la tienen para el usuario fuera del entorno digital y no tendrá que devolverlos (Cdo 71 DCD).<sup>72</sup> Tras la resolución se permite al proveedor adoptar medidas que impidan al consumidor continuar haciendo uso del contenido digital, tales como inutilizar la cuenta del consumidor o bloquearle de otro modo el acceso (art. 16.5). El uso de una u otra medida, tras la resolución del contrato, dependerá del tipo de prestación contratada.

71 *Vgr.* descarga de un videojuego y microtransacciones posteriores sobre contenidos digitales dentro del mismo que mejoran la experiencia del usuario o que incluso pueden utilizarse fuera de él o la adquisición de servicios *premium* que amplíen el entorno de los juegos en línea. *Vid.* los ejemplos -con fines distintos a los que aquí se trata- en las Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2011/83/UE hechas públicas por la Comisión Europea (DOUE C 525, de 29.12.2021), p. 11. Además, TWIGG-FLESNER, Christian, Article 16 Directive (UE) 2019/770, en SCHULZE / STAUDENMAYER (Eds.), *EU Digital Law*, p. 282.

72 Crítico con esas excepciones y su fundamento, ampliamente, CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de Servicios digitales”, en ARROYO AMAYUELAS / CÁMARA LAPUENTE (Dirs.), *El Derecho privado*, pp. 163-164. También, TWIGG-FLESNER, Christian, Article 16 Directive (UE) 2019/770, en SCHULZE / STAUDENMAYER (eds.), *EU Digital Law*, pp. 289, 290.



## IX. REFLEXIONES FINALES

Cuando la nueva Comisión Europea presidida por Jean Claude Juncker anunció que iba a modificar la Propuesta sobre un Reglamento opcional con una normativa común de compraventa europea (CESL),<sup>73</sup> presentada bajo el mandato del presidente José Manuel Durão Barroso, nadie esperaba que las medidas llamadas a reemplazarla y dadas a conocer el 9 de diciembre de 2015 consistieran en dos propuestas de directivas, una relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes;<sup>74</sup> y otra sobre determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales.<sup>75</sup> Esas propuestas eran la reformulación de algunos aspectos ya regulados en el CESL, pero suponían una vuelta al puntillismo y a la fragmentación de los Derechos nacionales. Cuatro años más tarde y tras ciertos avatares, ese planteamiento acabó consolidándose, a pesar de algunos cambios fundamentales respecto de las propuestas originales. También se ha afianzado la idea de que la armonización plena es una buena solución, aunque no se vean afectadas por normas imperativas determinadas cuestiones fundamentales.

Las páginas precedentes han tratado de condensar el alcance de esa nueva legislación, se han detenido en ciertos detalles, algunos de los cuales han puesto de relieve la disparidad de soluciones en una y otra directiva, el insuficiente alcance del respectivo ámbito de aplicación, o la deficiente regulación de determinadas cuestiones. Pero, sobre todo -y esa era la principal finalidad de la contribución- han dado a conocer el impacto que sobre el Derecho privado tienen ya los nuevos modelos de negocio. Otros capítulos de este mismo volumen incidirán, en particular, en los obstáculos de transposición con los que se han encontrado algunos legisladores nacionales.

## BIBLIOGRAFIA

APARICIO VAQUERO, Juan Pablo, “La tipificación del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales: entre la propiedad intelectual y el Derecho de consumo”, *REyD*, 24, 2021, págs. 1-33. Disponible en: <https://revistes.ub.edu/index.php/RED/issue/view/2621>

ARNAU RAVENTÓS, Lidia, “La implementació al Dret civil català de les Dir. (UE) 2019/770 i 2019/771, relatives al contracte de subministrament d'elements digitals i al contracte de compravenda de béns”, en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT UdG (Ed.), *Compravenda, arrendaments i noves modalitats d'ús temporal per a béns*, Documenta, Girona, 2021, pp. 85-138.

---

73 COM (2011) 635 final, Bruselas 11.10.2011.

74 COM (2015) 635 final; 2015/0288 (COD).

75 COM(2015) 634 final; 015/0287 (COD).



ARNAU RAVENTÓS, Lidia, “Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones”, en ARROYO AMAYUELAS, Esther / CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Dirs.), *El Derecho privado europeo en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 79-99.

ARROYO AMAYUELAS, Esther, Comentari a l’art. 621-30 CC Cat, a FERNÁNDEZ, Joan / FERRER RIBA, Josep (Dirs.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 320-321.

ARROYO AMAYUELAS, Esther, “Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor)”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, 19, 2022, pp. 1-32.

ARROYO AMAYUELAS, Esther, “The Implementation of EU Directives 2019/770 and 771 in Spain”, *EuCML*, 2, 2022, pp. 35-40.

ARTZ, Markus, “Pactos sobre la falta de conformidad en las Directivas 2019/770 y 2019/771”, *LaNotaria*, 2-3, 2019, pp. 120-121.

AUGENHOFER, Susanne, “European Commission’s Public Consultation on Sustainable Consumption of Goods – Promoting Repair and Reuse. Response of the European Public Institute”, Vienna, 2022, pp. 1-18.

BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, “Garantías en las ventas de consumo y economía circular: ¿El inicio de un nuevo regimen?”, *RDC*, 2, 2022, pp. 141-186.

BARCELÓ COMPTE, Rosa / RUBIO GIMENO, Gemma, “Supply of Goods with Digital Elements: a New Challenge for European Contract Law”, *EuCML*, 3, 2002, pp. 81-90.

BEALE, Hugh, “Digital Content Directive and Rules For Contracts on Continuous Supply”, *JIPITEC*, 2, 2021, pp. 96-110.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, “Consumer Contracts in the European Court of Justice Case Law. Latest Trends”, *CDT*, 12-1, 2020, pp. 86-96.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de Servicios digitales”, en ARROYO AMAYUELAS, Esther / CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Dirs.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 141-174.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (La transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771)”, *Diario La Ley*, nº 9881, de 29.06.2021, pp. 1-32.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “Nuevos perfiles del consentimiento en la contratación digital en la Unión Europea: ¿navegar es contratar (servicios digitales «gratuitos»)”, en GÓMEZ POMAR, Fernando / FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio (Dirs), *Estudios de Derecho Contractual Europeo: Nuevos problemas, nuevas reglas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 331-405.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales”, en SANTOS MORÓN, M. José / MATO PACÍN, M. Natalia (Coord.), *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencia actual*, Tecnos, Madrid, 2022, pp. 273-301.

CASTILLA BAREA, Margarita, *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

DE FRANCESCHI, Alberto, *La vendita con elementi digitali*, ESI, Napoli, 2019.

FERVERS, Matthias, Article 13 Directive (UE) 2019/770, en SCHULZE, Reiner / STAUDENMAYER, Dirk (Eds.), *EU Digital Law. Article by Article Commentary*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 221-241.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, “Tutela de las medidas tecnológicas de protección de la información para la gestión de los derechos de propiedad intelectual”, en BERCOVITZ, Rodrigo (Dir.), *Manual de Propiedad Intelectual*, 9a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 390-395.

GÓMEZ POMAR, Fernando, “Viejos y nuevos problemas contractuales en la Directiva 2018/771/UE”, en GÓMEZ POMAR, Fernando / FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio (dirs), *Estudios de Derecho Contractual Europeo: Nuevos problemas, nuevas reglas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 495-549.

GÓMEZ POMAR, Fernando, Comentari a l'article 621-20 CC Cat, en EGEA FERNÁNDEZ, Joan / FERRER RIBA, Josep (Dirs.), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya*, Atelier, Barcelona, 2021, pp. 224-260.

GRAMUNT FOMBUENA, Mariló, “Reflexions al voltant de la modificació unilateral en el subministrament de continguts i serveis digitals”, en GINEBRA MOLINS, M. Esperança / LAUROBA LACASA, M. Elena (Coords.), *Estudis de Dret Català. Llibre Homenatge a Antoni Mirambell i Abancó*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 261-270.

GSELL, Beate / ARALEDI, Rodrigo, “Plazos de las medidas correctoras en caso de vicios ocultos según la Directiva (UE) 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y la Directiva (UE) 2019/771 sobre el contrato de compraventa de bienes”, *CDT*, 12-2, 2020, pp. 475-495.

GSELL, Beate, “Conformidad y expectativas razonables de los consumidores”, *Working Paper* de la Cátedra Jean Monnet, 2, 2022, pp. 1-10.

JUÁREZ TORREJÓN, Ángel, “Garantías en la venta de bienes de consumo y servicios postventa”, en SANTOS MORÓN, M. José / MATO PACÍN, M. Natalia (Coords.), *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencia actual*, Tecnos, Madrid, 2022, pp. 107-132.

KOCH, Bernhard A, “Das System der Rechtsbehelfe”, en STABENTHEINER, Johannes / WENDEHORST, Christiane / ZÖCHLING-JUD, Brigitta (Hrsg.), *Das neue europäische Gewährleistungsrecht*, Manz, Wien, 2019, pp. 157-196.

LOOS, Marco “Not Good, but certainly Content”, en CLAEYS, Ignace / TERRY, Evelyn (Eds.), *Digital Content & Distance Sales. New Developments at EU Level*, Intersentia, Cambridge, 2017, pp. 3-54.

LOOS, Marco, “The Modernization of European Consumer Law (Continued): More Meat on the Bone After All”, *ERPL*, 2, 2020, pp. 407-424.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, “Falta de conformidad del bien vendido y derechos del consumidor en la Directiva 2019/771/UE”, n° 9461, *Diario La Ley*, de 22.07.2019, pp. 1-16.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, “La responsabilidad del vendedor de bienes de segunda mano por falta de conformidad”, *Responsabilidad civil, seguro y tráfico: cuaderno jurídico*, 70, 2020, pp. 15-29.

METZGER, Axel, “Un modelo de mercado para los datos personales: estado de la cuestión a partir de la nueva directiva sobre contenidos y servicios digitales”, en ARROYO AMAYUELAS, Esther / CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Dirs.), *El Derecho privado europeo en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 121-140.

MILÀ RAFEL, Rosa, “Datos personales como contraprestación en la directiva de contenidos y Servicios digitales”, in GÓMEZ POMAR, Fernando / FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio (Dirs.), *Estudios de Derecho Contractual Europeo: Nuevos problemas, nuevas reglas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 407-450.

MISCHAU, Lena, “The Concept of Digital Content and Digital Services in European Contract Law”, *EuCML*, 1, 2022, pp. 6-13.

MORAIS, Jorge, “Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services –Overview of Directives 2019/770 and 2019/771”, *EuCML*, 5, 2019, pp. 194-201.

MORALES MORENO, Antonio Manuel, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 93-144.

OPRYSK, Liliia – SEIN, Karin, “Limitations in End-User Licensing Agreements: Is There A Lack of Conformity Under the New Digital Content Directive?”, *IIC*, 51, 2020, pp. 594-623.

PAISANT, Gilles, *Droit de la consommation*, Paris, Puf, 2019.

POZO CARRASCOSA, Pedro del - VAQUER ALOY, Antoni - BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de Obligaciones y Contratos*, 2a ed., Madrid, Marcial Pons, 2021.

ROSENKRANZ, Article 10 Directive (UE) 2019/770, en SCHULZE, Reiner - STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *EU Digital Law. Article by Article Commentary*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 189-199.

SÁNCHEZ LERÍA, Reyes, “Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición al ordenamiento jurídico espanyol”, *InDret*, 4, 2021, pp. 33-87.

SAVIN, Andrej, “Harmonising Private Law in Cyberspace: The New Directives in the Digital Single Mrket Context”, en DUROVIC, Mateja - TRIDIMAS, Takis (eds.), *New Directions in European Private Law*, Oxford, Hart, 2021, pp. 211-231.

SCHULTE-NÖLKE, Hans, “The Brave New World of EU Consumer Law – Without Consumers, or Even Without Law”, *EuCML*, 4, 2015, pp. 135-139.

SCHULZE, Reiner, “Die Digitale-Inhalte-Richtlinie-Innovation und Kontinuität im europäischen Vertragsrecht”, *ZEuP*, 4, 2019, pp. 695-723.

SCHULZE, Reiner - ZOLL, Fryderyk, *European Contract Law*, 3ª ed. Baden-Baden, Hart, 2022.

SEIN, Karin, “Goods With Digital Elements’ and the Interplay With Directive 2019/771 on the Sale of Goods” (January 30, 2020), pp. 1-11. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3600137>

SPINDLER, Gerald, “Digital Content Directive and Copyright-related Aspects”, *JIPITEC*, 2, 2021, pp. 111-130.

STAUDENMAYER, Dirk, Article 3 Directive (UE) 2019/770, en SCHULZE, Reiner - STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *EU Digital Law. Article by Article Commentary*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 57-91.

STAUDENMAYER, Dirk, Article 8 Directive (UE) 2019/770, en SCHULZE, Reiner - STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *EU Digital Law. Article by Article Commentary*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 131-168.

TERRY, Evelyn, “A Right to Repair? Towards Sustainable Remedies in Consumer Law”, *ERPL*, 4, 2019, pp. 851-874.

TWIGG-FLESNER, Christian, “Disrupted Technology – Disrupted Law? How the Digital Revolution Affects (Contract) Law”, in DE FRANCESCHI, Alberto, (ed.)

*European Contract Law and the Digital Single Market*, Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 21-48.

TWIGG-FLESNER, Christian, Articles 16, 18 Directive (UE) 2019/770, en SCHULZE, Reiner – STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *EU Digital Law. Article by Article Commentary*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 278-296, pp. 306-316.

TWIGG-FLESNER, Christian, “Conformity of Goods and Digital Content/Digital Services”, en ARROYO AMAYUELAS, Esther - CÁMARA LAPUENTE, Sergio (dirs.), *El Derecho privado europeo en el nuevo paradigma digital*, Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 49-78.

TWIGG-FLESNER, Twigg-Flesner, Christian, “Bad-Hand? The “New Deal” for EU Consumers”, *GPR*, 4, 2018, pp. 167-175.

VAN GOOL, Elias – Michel, Anaïs, “The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption: a Critical Analysis”, *EuCML*, 4, 2021, pp. 136-147.

VANHERPE, Jozefien, “White Smoke, but Smoke Nonetheless: Some (Burning) Questions regarding the Directives on Sale of Goods and Supply of Digital Content”, *ERPL*, 2, 2020, pp. 251–274.

ZÖCHLING-JUD, Brigitta, “Das neue Europäische Gewährleistungsrecht für den Warenhandel”, *GPR*, 3, 2019, pp. 115-133.

ZÖCHLING-JUNG, Brigitta, “Beweislast und Verjährung im neuen europäischen Gewährleistungsrecht”, en STABENTHEINER, Johannes – WENDEHORST, Christiane – ZÖCHLING-JUD, Brigitta (Hrsg.), *Das neue europäische Gewährleistungsrecht*, Wien, Manz, 2019, pp. 197-214.

ZOLL, Frederyk, Article 12 Directive (UE) 2019/770, en SCHULZE, Reiner – STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *EU Digital Law. Article by Article Commentary*, Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 212-222.



# A TRIBUTAÇÃO DA TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA E A ISONOMIA FISCAL: O EXEMPLO DA CIDE-ROYALTIES

## THE TAXATION OF TECHNOLOGY TRANSFER AND FISCAL ISONOMY: THE EXAMPLE OF CIDE-ROYALTIES

JÉSSICA AMANDA FACHIN \*

MÁRIO LÚCIO GARCEZ CALIL \*\*

MARIANA BARBOZA BAÊTA NEVES MATSUSHITA \*\*\*

### RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo tratar da compatibilidade entre a CIDE-Tecnologia e o princípio da isonomia tributária, por meio de uma abordagem qualitativa da questão, desenvolvida por pesquisa bibliográfica e documental, utilizando-se o método dedutivo. Justifica-se a pesquisa pela gigantesca carga tributária incidente sobre a transferência de tecnologia e as incompatibilidades dessa exação com várias normas constitucionais. Conclui-se que, além da isonomia formal, a CIDE-Tecnologia viola o princípio da igualdade material, pois as empresas em situações similares devem ser tributadas igualmente.

**PALAVRAS-CHAVE:** CIDE-Tecnologia. Isonomia Tributária. Transferência de Tecnologia.

### ABSTRACT

*The present work aims to address the compatibility between CIDE-Technology and the principle of tax equality, through a qualitative approach to the issue, developed through bibliographic and documentary research, using the deductive method. The research is justified by the gigantic tax burden on technology transfer and the incompatibilities of this tax with various constitutional norms. It is concluded that, in addition to formal equality, CIDE-Technology violates the principle of material equality, as companies in similar situations must be taxed equally.*

**KEYWORDS:** CIDE-Technology. Tax Equality. Technology Transfer.

**SUMÁRIO:** 1. Transferência de tecnologia. 1.1. Questões regulamentares da transferência de tecnologia. 1.2. A complexidade do contrato de transferência de tecnologia. 1.3. A regulamentação da transferência de tecnologia pelo instituto nacional da

\* Doutora em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Professora na Universidade de Brasília (UnB), no Programa de Mestrado Profissional “Direito, Sociedade e Tecnologia” na Escola de Direito das Faculdades Londrina e nos cursos de pós-graduação lato sensu do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC). E-mail: jessicaafachin@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0486-7309>.\*\*

Doutora em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). E-mail: taissferraz@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9592-0488>.

\*\* Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE). E-mail: mario.calil@yahoo.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6246-1177>.

\*\*\* Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Professora do Mestrado e Doutorado em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie-UPM - São Paulo/SP. E-mail: mariana.baeta@mackenzie.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6404-2950>.

propriedade industrial (INPI). 1.4. A remuneração nos contratos de transferência de tecnologia. 2. A tributação sobre os *royalties* remuneratórios da transferência de tecnologia. 2.1. A tributação sobre a remuneração da transferência de tecnologia por *royalties*. 2.2. A tributação incidente sobre a transferência de tecnologia. 2.3. Contribuição de intervenção de domínio econômico (CIDE) incidente sobre a transferência de tecnologia. 2.4. O campo de incidência da contribuição de intervenção de domínio econômico (CIDE) incidente sobre a transferência de tecnologia. 3. A contribuição de intervenção de domínio econômico (CIDE) incidente sobre a transferência de tecnologia e o descumprimento da isonomia tributária. 3.1. A isonomia tributária. 3.2. Isonomia e formal e isonomia material. 3.3. O descumprimento da isonomia formal. 3.4. O descumprimento da isonomia material. Considerações finais. Referências.

## INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é o de tratar da compatibilidade da Contribuição de Intervenção de Domínio Econômico para financiar o Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa, denominada CIDE-*Royalties* ou CIDE-Tecnologia com o princípio constitucional da isonomia tributária.

O trabalho ora apresentado partiu de uma abordagem qualitativa da questão, sendo desenvolvido por intermédio de pesquisa bibliográfica, nas referências adequadas, e documental, na legislação e na jurisprudência pertinentes, utilizando-se o método dedutivo. A apresentação foi dividida em três (3) partes.

Inicialmente, são tratadas questões regulamentares concernentes à transferência de tecnologia, bem como a complexidade e a regulamentação pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) do contrato correlacionado, e, ao final, a natureza jurídica da correspondente remuneração.

A seguir, é estudada a remuneração da transferência de tecnologia por *royalties*, bem como a tributação incidente sobre o referido negócio jurídico e, enfaticamente, a Contribuição de Intervenção de Domínio Econômico (CIDE) incidente sobre a transferência de tecnologia, especificamente quanto ao seu campo de incidência.

Ao final, busca-se trabalhar o descumprimento da isonomia tributária constitucional, tanto em sua dimensão formal quanto no âmbito material, ocasionado pela incidência da Contribuição de Intervenção de Domínio Econômico (CIDE) incidente sobre a transferência de tecnologia.

Justifica-se o trabalho ora apresentado em decorrência da já gigantesca carga tributária incidente sobre os contratos de transferência de tecnologia,



bem como das várias incompatibilidades da referida exação com uma série de normas constitucionais, inclusive, o princípio da isonomia.

Conclui-se que, para além da isonomia formal, a CIDE-Tecnologia viola o princípio da igualdade material, tendo em vista que todas as empresas que tenham objeto social e porte iguais, assim como desenvolvam tecnologia idêntica ou semelhante e exteriorizem a mesma manifestação de riqueza, precisam ser tributadas de maneira igual.

## **1. TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA**

No presente tópico serão tratadas questões regulamentares acerca da transferência de tecnologia, assim como a complexidade e a regulamentação pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) do contrato correlacionado, assim, como, ao final, a natureza jurídica da correspondente remuneração.

### **1.1. QUESTÕES REGULAMENTARES DA TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA**

A industrialização brasileira até as décadas finais do Século XX, voltou-se à produção quase que exclusiva de bens físicos, efetivamente fabris, dirigindo-se à exportação e ao mercado interno, sem maiores preocupações com o desenvolvimento de novas tecnologias pela própria indústria, resultando em baixos investimentos em pesquisa.

As políticas industriais vigentes no Brasil na década de 1950 e meados da década de 1980, ainda que apresentassem diferenças entre si, tiveram como característica o foco na fábrica, na produção física, sem maior atenção a outros aspectos fundamentais.<sup>1</sup>

Atualmente, outras premissas são determinantes para o sucesso de negócios com maior dinâmica no mundo capitalista, como pesquisa, desenvolvimento e engenharia, internacionalização de empresas brasileiras, fortalecimento de marcas, integração entre políticas industrial, dentre outras.<sup>2</sup>

Ocorre que a questão da transferência de tecnologia não é algo recente, tendo em conta que o processo de industrialização nacional dependeu, em grande parte, da evolução dos saberes e das técnicas desenvolvidas no exterior e, posteriormente, aproveitadas pelos agentes econômicos brasileiros.

Em 1994, o *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (Acordo TRIPS), estabeleceu padrões mínimos de proteção à propriedade intelectual para membros da Organização Mundial do Comércio (OMC), tratando da transferência de tecnologia no âmbito internacional (Art. 40).<sup>3</sup>

---

1 SALERNO *et. al.*, 2004, p. 70-71.

2 SALERNO *et. al.*, 2004, p. 71.

3 RIBEIRO; ESPÍNDOLA, 2014, p. 49

Não foi, entretanto, capaz de reduzir as diferenças existentes entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento. Além da normativa internacional, a transferência de tecnologia é regulada pelo ordenamento jurídico interno de cada país.<sup>4</sup>

Tal regulamentação ocorre por meio de leis que tratam da propriedade industrial e da concorrência. Nos Estados Unidos e países membros da União Europeia, a análise de eventual abuso de poder econômico passa ao largo dos escritórios de marcas e patentes.<sup>5</sup>

Em regra, cabe às autoridades antitruste e ao Judiciário observar as leis de concorrência. Desde 2009, entretanto, os contratos são aprovados automaticamente, independentemente de prazos e valores, para incentivar a importação de tecnologia, sem entraves legais e burocráticos.<sup>6</sup>

De forma geral, entretanto, os contratos de transferência de tecnologia são examinados apenas naquilo que concerne a possíveis restrições de concorrência e, assim, submetidos às leis antitruste, sem qualquer ingerência dos escritórios de marcas e patentes quanto a seu conteúdo.<sup>7</sup>

Notável, portanto, a carência de regulamentação naquilo que concerne à transferência de tecnologias, que, apesar de já reduzida, reduziu-se ainda mais, relegando-se tal normatização ao mercado e a mera fiscalização concorrencial ao Estado, em que pese a evidente complexidade de tais contratações.

## 1.2. A COMPLEXIDADE DO CONTRATO DE TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA

A transferência de tecnologia, especialmente em um contexto no qual a evolução ocorre de maneira acelerada, a ponto de não poder ser acompanhada, nem mesmo em tempo real, torna-se progressivamente mais complexa e, especialmente, mais detalhada, inclusive no que concerne ao âmbito contratual.

O conceito de transferência de tecnologia depende do contexto e da abordagem. Sob o prisma do empreendedorismo, refere-se às formas e meios por meio dos quais empresas, indivíduos e organizações adquirem tecnologia ou *know-how* de terceiros.<sup>8</sup>

Também pode ocorrer por meio de treinamento e educação, inclusive da formação de diplomados, intercâmbios de pessoal qualificado e projetos de investigação conjuntos. Da mesma forma, pode dar-se por compra ou licenciamento de direitos de propriedade intelectual.<sup>9</sup>

---

4 RIBEIRO; ESPÍNDOLA, 2014, p. 49.

5 RIBEIRO; ESPÍNDOLA, 2014, p. 49-50.

6 RIBEIRO; ESPÍNDOLA, 2014, p. 50.

7 RIBEIRO; ESPÍNDOLA, 2014, p. 50.

8 EUROPEAN COMISSION, 2021, n.p.

9 EUROPEAN COMISSION, 2021, n.p.

Assim, não há limites reais ou efetivos para o que se poderia transferir por intermédio do referido contrato. Ocorre que, em qualquer dos infinitos formatos e objetos, sempre se transmite o conhecimento acerca de um determinado processo, seja ele comercial, industrial, informático ou qualquer outro passível de transmissão.

A convenção de *know-how* tem por objeto a transmissão de informações, conhecimentos ou experiências próprias não divulgadas. Além disso, o transmitente não intervém na aplicação da tecnologia cedida. Assim, a aplicação das informações pelo cessionário ocorre por conta própria (XAVIER, 2015, p. 618).

No mesmo sentido, o transmitente não garante o resultado de tecnologia cedida. Ocorre que sua remuneração não se baseia no custo demonstrado em função das horas de trabalho, mas, sim, é fixada por critérios relacionados com o faturamento, a produção ou o lucro.<sup>10</sup>

Demonstra-se, mais uma vez, a complexidade inerente ao contrato de transferência de tecnologia, em oposição à falta de regulamentação normativo-jurídica acerca de suas premissas e, especialmente, de sua execução, situação que levou à necessidade de sua regulamentação legal e infralegal.

### **1.3. A REGULAMENTAÇÃO DA TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA PELO INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI)**

A celebração dos contratos permite acesso a tecnologias e processos para fabricação de produtos ou disponibilização de serviços. O valor declarado do referido contrato decorre da negociação entre partes. É imperioso, entretanto, considerar os níveis de preços praticados no Brasil e internacionalmente.

Hoje, o INPI se compromete a não interferir no conteúdo dos contratos, mas deve emitir, no Certificado de Averbação ou Registro, nota com a seguinte declaração: “[...] o INPI não examinou o contrato à luz da legislação fiscal, tributária e de remessa de capital para o exterior.”<sup>11</sup>

Em regra, os pagamentos são negociados em percentuais incidentes sobre o preço líquido de venda, ou por valor fixo de cada unidade, enquanto em contratos de prestação de serviços de assistência técnica é necessário expressar o custo em função de taxa dia/hora, detalhado por especialidade técnica e valor total do serviço, mesmo que estimado.

Após a Instrução Normativa 70, de 1º de julho de 2017, o escopo de análise do INPI sobre tais contratos foi reduzido, limitando-se seu poder para interferir em aspectos contratuais, bem como proibindo a análise de contratos à luz da regulamentação tributária e cambial.<sup>12</sup>

---

10 XAVIER, 2015, p. 618-625.

11 CARNEIRO; MERTENS; MARTINS; NASCIMENTO, 2022, p. 75856-75857.

12 EUROPEAN COMMISSION, 2021, n.p.

As partes passaram a ser responsáveis por avaliar seu negócio à luz de controles fiscais e cambiais. O Direito Tributário incidente, no entanto, pode ser complexo, tornando importante a consulta a um especialista para o pagamento de remessa ao exterior.<sup>13</sup>

De acordo com a regulamentação do INPI, a averbação do contrato somente é necessária para produzir efeitos diante de terceiros, legitimar remessas de divisas ao exterior (a exemplo do pagamento pela tecnologia), bem como permitir a dedutibilidade fiscal, se for o caso, para a empresa receptora de importâncias pagas a título de *royalties* e assistência técnica.

#### 1.4. A REMUNERAÇÃO NOS CONTRATOS DE TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA

Quanto aos valores pagos pelos contratos de transferência de tecnologia, observa-se o regime do denominado preço de transferência, correspondente a uma demonstração tributária voltada à comprovação que o preço praticado nas operações realizadas com empresas no exterior reste conforme às regras estabelecidas pela legislação tributária.

Os métodos de preços de transferência tipificados pela legislação brasileira, apesar de não restringir sua aplicação a bens, direitos ou serviços amplamente comercializáveis, foram concebidos para tais situações, tendo como base preços de varejo e de atacado, no mercado brasileiro ou de outros países.<sup>14</sup>

Além disso, baseia-se, em preços de revenda e nas afirmações que servem de base para a definição do preço-parâmetro, “[...] que são aquelas disponíveis em publicações ou relatórios oficiais do governo, pesquisas efetuadas por empresa ou instituição de notório conhecimento técnico ou publicações técnicas.”<sup>15</sup>

Referidos métodos, no entanto, demonstram ser estruturalmente inadequados naquilo que concerne a operações com bens que não sejam amplamente comercializáveis e que enfrentam obstáculos insuperáveis na sua aplicação: “[...] é precisamente esse o caso dos bens intangíveis.”<sup>16</sup>

Tal remuneração pode ocorrer por intermédio de *royalties*, que, por sua vez, são a retribuição ou o pagamento financeiro a ser previamente definido e pago pela exploração comercial de produto ou processo, cujas disposições de pagamentos são previamente definidas por contrato de licenciamento.

Quanto aos serviços técnicos, a maioria dos tratados brasileiros têm previsão específica em seus protocolos, estabelecendo seu tratamento como *royalties*, salvo nos tratados com Áustria, Finlândia, França, Japão e Suécia.

---

13 EUROPEAN COMMISSION, 2021, n.p.

14 XAVIER, 2015, p. 308.

15 XAVIER, 2015, p. 308.

16 XAVIER, 2015, p. 308.

Conforme a Receita Federal, na maioria dos casos, os pagamentos serão tratados como *royalties*.<sup>17</sup>

Os *royalties* no âmbito contratual, referem-se ao pagamento recebido, sob qualquer natureza, como contraprestação por uso, direito de uso ou direito autoral sobre obra, marca, patente, modelo, desenho, plano, fórmula, processo ou informações sobre experiência industrial, comercial ou científica.

## **2. A TRIBUTAÇÃO SOBRE OS ROYALTIES REMUNERATÓRIOS DA TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA**

O presente tópico tem por objetivo estudar a remuneração da transferência de tecnologia por *royalties*, assim como a tributação incidente sobre o referido negócio jurídico e, enfaticamente, a Contribuição de Intervenção de Domínio Econômico (CIDE) incidente sobre a transferência de tecnologia, especificamente quanto ao seu campo de incidência.

### **2.1. A TRIBUTAÇÃO SOBRE A REMUNERAÇÃO DA TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA POR ROYALTIES**

A remessa de valores para contraprestação por concessão de direito sobre propriedade industrial pode ocorrer em relação a um país com o qual o Brasil tenha celebrado tratado contra bitributação ou no caso de ausência de tal convenção. No primeiro caso, em regra, tal remuneração se dará por meio de *royalties*.

Se o pagamento feito ao alienante no exterior se enquadrar no conceito de *royalty* por contraprestação por licença de uso de patente ou *know-how*, a remessa internacional será tributada a quinze por cento (15%) sobre valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos ao exterior.<sup>18</sup>

A exceção ocorre na hipótese de o alienante residir em país ou jurisdição com tributação favorecida ou regime fiscal privilegiado. Nessa hipótese, a tributação será de vinte e cinco por cento (25%). Dessa forma, não há diferença na carga tributária pela qualificação da renda (CASTRO, 2020, n.p.).

Na atualidade, entretanto, não existe limitação do valor dos *royalties* a serem remetidos entre matriz e subsidiária, porém, já foi proibida tal transferência em valor superior ao limite de dedutibilidade para efeito do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), estabelecidos pelo Ministério da Fazenda.

O Superior Tribunal de Justiça entendeu que, quanto a remessas ao exterior decorrentes de contratos de prestação de assistência técnica e serviços, sem transferência de tecnologia, os valores seriam tributados apenas no país de residência da empresa estrangeira, não estando sujeitos ao IRRF no Brasil.<sup>19</sup>

---

17 ROCHA, 2020, p. 38.

18 CASTRO, 2020, n.p.

19 BRASIL, 2019, n.p.

Dispensa-se a aprovação do Banco Central do Brasil (BACEN) para remessas de *royalties* remuneratórias do uso de marcas, exploração de patentes e aqueles devidos pela prestação de serviços de assistência técnica científica, administrativa e semelhantes, exigindo-se, entretanto, prova do pagamento do imposto sobre a renda incidente.

## 2.2. A TRIBUTAÇÃO INCIDENTE SOBRE A TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA

Naquilo que respeita ao tratamento tributário conferido à remessa de *royalties* em favor beneficiários residentes no exterior, a legislação nacional é amplíssima, sendo capaz, portanto, de ocasionar dúvidas as mais diversas, notadamente naquilo que se relaciona à quantidade gigantesca de normas concernentes à temática.

Quanto ao imposto de renda, os *royalties* são, em regra tributados a quinze por cento (15%). Sobre o valor excedente a vinte mil reais (R\$20.000,00) por mês, incidirá adicional de dez por cento (10%). Se a operação envolver países considerados “paraíso fiscal”, incide alíquota de vinte e cinco por cento (25%).<sup>20</sup>

As empresas podem deduzir a quantia do imposto de renda. Caso o beneficiário seja empresa nacional, admite-se a dedução se o pagamento e a aquisição do direito de exploração forem necessários para que o contribuinte mantenha posse, uso ou fruição do bem ou direito que produz o rendimento.<sup>21</sup>

Além disso, os *royalties* não podem ser pagos a sócios, pessoas físicas ou jurídicas, ou dirigentes de empresas, parentes ou dependentes. Se se tratar de beneficiário estrangeiro, a dedução se limita a cinco por cento (5%) das receitas destinadas ao pagamento dos *royalties*.<sup>22</sup>

Se o remetente for enquadrado no regime de Lucro Real, serão indedutíveis importâncias remetidas a pessoas físicas ou jurídicas residentes ou constituídas no exterior e submetidas a tratamento de país ou de dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado.<sup>23</sup>

De conformidade com o que determina o Decreto 9.297 de 2017, a alíquota do IOF/Câmbio é a de 1,10% nas liquidações de operações de câmbio voltadas à transferência de recursos para o exterior, dirigidas à colocação à disponibilidade de residentes no Brasil.<sup>24</sup>

Para além das exações acima referidas, é necessário observar a incidência de Contribuição para o Programa de Integração Social, denominada PIS-

---

20 NÉAS; BORGES, 2015, p. 129.

21 NÉAS; BORGES, 2015, p. 130.

22 NÉAS; BORGES, 2015, p. 130-131.

23 NÉAS; BORGES, 2015, p. 131.

24 NÉAS; BORGES, 2015, p. 138.

Importação, bem como a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, denominada de COFINS-Importação, ambas na modalidade “serviços”.

O Convênio ICMS 106 de 2017 permite a cobrança de ICMS sobre bens e mercadorias digitais, como softwares, programas, jogos eletrônicos, aplicativos, arquivos eletrônicos e congêneres padronizados, mesmo que tenham sido ou possam ser adaptados ou comercializadas por transferência eletrônica de dados.<sup>25</sup>

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a referida hipótese de incidência sobre o licenciamento ou cessão de direito de uso de programa de computador, na ADI 5.659, com modulação de efeitos *ex nunc*, estendendo tal entendimento à ADI 5.968, que atacava o referido Convênio, julgando prejudicada a referida Ação.<sup>26</sup>

Em que pese a existência da interminável série de tributos incidentes sobre a transferência de tecnologia, há ainda outra exação relevante, qual seja a Contribuição de Intervenção de Domínio Econômico (CIDE) incidente sobre a transferência de tecnologia, denominada CIDE-Tecnologia ou CIDE-Royalties.

### **2.3. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO DE DOMÍNIO ECONÔMICO (CIDE) INCIDENTE SOBRE A TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA**

A Lei 10.168 de 2000 criou a Contribuição de Intervenção de Domínio Econômico para financiar o Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa, paga por pessoa jurídica detentora de licença de uso, adquirente de conhecimento tecnológico ou signatária de contrato de transferência de tecnologia firmado com residentes ou domiciliados no exterior.

Desse modo, na transferência de tecnologia incidirá Contribuição de Intervenção de Domínio Econômico, denominada CIDE-Tecnologia ou CIDE-Royalties, não importando qualificação jurídica de remuneração, como *royalties* ou como *ganho de capital*, de acordo com o art. 2º, §1º e 1º-A da Lei 10.168 de 2000.<sup>27</sup>

Conforme Art. 10 do Diploma, a contribuição incidirá sobre as importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas, a cada mês, a residente ou domiciliado no exterior, a título de *royalties* ou remuneração, previstos nos contratos de fornecimento de tecnologia.<sup>28</sup>

Referida contribuição se voltaria a financiar o Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa para o Apoio à Inovação, cujo objetivo é o de estimular o desenvolvimento tecnológico brasileiro, por meio de programas

---

25 BRASIL, 2021, n.p.

26 BRASIL, 2021, n.p.

27 BRASIL, 2000, n.p.

28 BRASIL, 2000, n.p.

de pesquisa científica e tecnológica cooperativa entre universidades, centros de pesquisa e o setor produtivo.

Se o motivo da *CIDE-Royalties* é o de gerar recursos para o desenvolvimento da indústria nacional, só pode incidir sobre contratos que tenham a tecnologia por objeto, de forma que não pode incidir sobre contratos que tenham outros objetos, a exemplo da licença do uso de software.<sup>29</sup>

Na licença do uso de software, regula-se apenas o uso sem haver transferência de tecnologia. Na exigência fiscal de se cobrar *CIDE-Royalties* sobre esse tipo de licença de uso, observa-se incompatibilidade entre a incidência da contribuição e o motivo que justificou sua criação.<sup>30</sup>

Demonstra-se, portanto, a clara relevância da contribuição acima referida, tendo em vista que, em tese, volta-se a financiar a pesquisa, que, por sua vez, valoriza a inovação e pode levar a novas perspectivas quanto à evolução tecnológica. Trata-se, portanto, de exação com um amplo campo de incidência.

## **2.4. O CAMPO DE INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO DE DOMÍNIO ECONÔMICO (CIDE) INCIDENTE SOBRE A TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA**

A análise da legislação aplicável à CIDE-Tecnologia demonstra que o referido tributo se dirige a assegurar recursos para o custeio de um programa específico de desenvolvimento tecnológico. Trata-se, portanto, de uma *intervenção-incentivo*, por intermédio da qual o Estado intervém de maneira a incentivar certa área.

A *CIDE-Royalties* é exigida “[...] daquele que remete ao exterior pagamentos pela compra de tecnologia em prol de pessoas e institutos que necessitam de recursos para adquirir tecnologia”, inexistindo qualquer atuação estatal quanto à pessoa do pagante, trata-se, portanto, de tributo indireto.<sup>31</sup>

Ocorre que os impostos são “[...] os únicos tributos cujo fato gerador não implica atuação estatal alguma relativamente à pessoa do pagante”. O resto da sociedade, entretanto, pode, eventualmente, ser beneficiado, porém, “[...] tal fato não é suficiente para chamar a um imposto de contribuição.”<sup>32</sup>

A *CIDE-Royalties* substituiu, em parte, o Imposto de Renda incidente sobre remessas de divisas ao exterior, porém, “[...] a clientela que paga é uma, a que auferê é outra. Na verdade, trata-se de imposto afetado a uma finalidade específica, bastando conferir o seu fato gerador, de resto incongruente com o art. 154, I, da Constituição.”<sup>33</sup>

29 GRECO, 2006, p. 328.

30 GRECO, 2006, p. 328-329.

31 COELHO, 2022, p. 674.

32 COELHO, 2022, p. 674-675.

33 COELHO, 2022, p. 675.



O tributo ora estudado somente incidirá sobre as pessoas jurídicas que detenham licença de uso, que adquiram conhecimentos tecnológicos ou que assinem contratos que determinem transferência de tecnologia. Interpretação diversa desconsideraria o texto expresso da Lei, sendo, portanto, incompatível com a Constituição de 1988.

O Superior Tribunal de Justiça, com base no conceito de “lucro de empresas” previstos nas Convenções Internacionais contra Bitributação celebradas com a Alemanha e o Canadá, considerou como lucro os rendimentos de não-residente decorrentes da prestação de serviços a empresa brasileira.<sup>34</sup>

Dessa forma, não é qualquer contrato que determinará a uma pessoa jurídica o pagamento da referida CIDE, contudo, somente aqueles que se relacionem à transferência de tecnologia, de maneira que tal entendimento jurisprudencial corrobora a legislação instituidora do tributo.

### **3. A CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO DE DOMÍNIO ECONÔMICO (CIDE) INCIDENTE SOBRE A TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA E O DESCUMPRIMENTO DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA**

O objetivo do presente tópico é tratar do descumprimento da isonomia tributária constitucional, em suas dimensões formal e material, ocasionado pela incidência da Contribuição de Intervenção de Domínio Econômico (CIDE) incidente sobre a transferência de tecnologia.

#### **3.1. A ISONOMIA TRIBUTÁRIA**

A isonomia constitucional resguarda princípios essenciais, a eles conferindo um *status* de sobreprincípio, em cuja aplicação utiliza uma lógica de igualdade de relatividade, por intermédio da qual se faz necessário tratar os iguais de forma igual e os desiguais de maneira desigual, na medida de sua dessemelhança.

Apenas a figura do Estado pode representar instituição soberana, que, em um mesmo território, pode, exclusivamente, reconhecer outros povos e normatizar suas relações com esses territórios. Essas relações podem ocorrer considerando-se uma posição de igualdade, ascendência ou antagonismo.<sup>35</sup>

A isonomia é um dos pilares fundamentais do sistema constitucional brasileiro. É impossível compreender o sistema tributário sem ressaltar sua relevância para o ordenamento, voltando-se a garantir a igualdade na lei e perante a lei. Já o princípio da isonomia tributária se encontra previsto no Art. 150, II.

---

34 BRASIL, 2009, n.p.

35 CARRAZZA, 2023, p. 139.

Tal princípio proíbe tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente. Seu fundamento está na tributação fundada na capacidade econômica, que influencia sua condição de pagar tributos. Seu sentido é o mais republicano possível ao impor que nenhum cidadão pode deixar de suportar encargos públicos.<sup>36</sup>

Opõe-se a regimes sociais que estabeleçam estatutos jurídicos distintos para indivíduos por seu status social. No modelo republicano, todos os cidadãos têm o mesmo estatuto de direitos e deveres públicos, “[...] e ninguém pode ser afastado dos encargos ou privilegiado com direitos específicos sem uma justificativa legítima.”<sup>37</sup>

Trata-se, portanto, de uma *limitação constitucional ao poder de tributar*, que por sua vez, veda a discriminação arbitrária entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, diretamente resultante do princípio constitucional da isonomia, determinando, portanto, sua aplicação no âmbito tributário.

### 3.2. ISONOMIA E FORMAL E ISONOMIA MATERIAL

É possível classificar a isonomia em duas dimensões que se interpenetram. Na igualdade *formal* a ideia é a de que o Direito não pode diferenciar ninguém. Assegura, entretanto, por meio da igualdade *material*, o seu tratamento uniforme naquilo que se relaciona a todos os bens da existência humana.

A igualdade tributária proíbe que os tributos possuam ter como destinatários somente alguns contribuintes específicos, pois, “[...] ainda que instituído por lei, não pode atingir apenas um ou alguns contribuintes, quando existam outros que se encontrem na mesma situação.”<sup>38</sup>

Nesse sentido, a igualdade é um elemento fundante da Democracia e do Estado de Direito, obstando a concessão de privilégios indevidos e discriminações infundadas, transformando-se em limitação aos poderes públicos. Impositivamente, atua na elaboração de ações políticas e na redução das desigualdades.

Mais do que isso, o princípio atribui aos cidadãos a legitimidade ativa para invocá-la sempre que se encontrarem em situações que violadoras da essência do princípio. Negativamente, permite o afastamento da validade de normas e atos do poder público que desvirtuem o seu mandamento.<sup>39</sup>

A igualdade perante indica a obrigação de aplicar as normas em todos os casos concretos de forma isonômica, porém, de acordo com as circunstâncias de cada caso. A igualdade na lei que obriga que as normas jurídicas sejam criadas de forma que não estabeleçam distinções infundadas.<sup>40</sup>

---

36 CALIENDO, 2022, p. 146.

37 CALIENDO, 2022, p. 146.

38 CARRAZZA, 2023, p. 89.

39 ABRAHAM, 2023, p. 73.

40 ABRAHAM, 2023, p. 73-74.

Naquela, há isonomia meramente formal, mas, no segundo, existe isonomia material, que, por sua vez, não é violada se for estabelecida atribuição mais benéfica ou distinta das demais em favor de certo grupo, se houver motivação e fundamentação que comprovem a correspondente distinção.<sup>41</sup>

Assim, o princípio da isonomia tributária determina o atendimento das normas constitucionais que o traduzem tanto na aplicação das leis quanto em sua elaboração. Faz-se possível, contudo, a atribuição de benesses como as imunidades, as isenções, as anistias e as moratórias, desde que reste demonstrada a motivação para tal ato.

### 3.3. O DESCUMPRIMENTO DA ISONOMIA FORMAL

De início, a CIDE-*Royalties* é inconstitucional por ofensa a premissas constitucionais de instituição da contribuição interventiva. Especificamente, ofende os princípios da finalidade e da proporcionalidade da exação, essenciais no que tange à aferição da validade da norma que institui uma contribuição de intervenção.

A violação da isonomia é patente e, portanto, injustificada. Se uma empresa nacional vende tecnologia a outra companhia brasileira, não há tributação pela CIDE, mas, se a venda é feita por companhia estrangeira, a contribuição o tributo incidirá. Não há razões lógicas que motivem essa diferenciação.<sup>42</sup>

Ocorre que a isonomia tributária se dirige, justamente, a impedir qualquer tratamento tributário que se demonstre diferenciado naquilo que se relacione a contribuintes em situação equivalente, coibindo, dessa forma, quaisquer diferenciações discriminatórias sem justificativa constitucional.

A CIDE-Tecnologia, instituída sobre contratos que tenham por objeto serviços técnicos e de assistência administrativa e semelhantes prestados por residentes ou domiciliados no exterior “[...] viola expressamente o princípio da isonomia e da não discriminação.”<sup>43</sup>

Referida exação “[...] concede um tratamento tributário discriminatório aos contribuintes que realizam essas espécies de contratações perante pessoas jurídicas residentes ou domiciliados no exterior”, de modo que viola, em relação aos importadores, a isonomia tributária constitucional.<sup>44</sup>

Sob tal raciocínio, é impossível que a CIDE-Tecnologia incida apenas sobre os contratos de cessão de direito de uso, prestação de serviços técnicos e de assistência administrativa provenientes do exterior, tenho em vista que tal tratamento não seria isonômico, por violar um dos mais basilares princípios constitucionais brasileiros.

---

41 ABRAHAM, 2023, p. 74.

42 COELHO; MOREIRA, 2003, p. 82.

43 SANTOS; TARTARINI, 2022, p. 118.

44 SANTOS; TARTARINI, 2022, p. 118-119.

### 3.4. O DESCUMPRIMENTO DA ISONOMIA MATERIAL

Além da isonomia em sentido formal, a Lei que instituiu a CIDE-*Royalties* é incompatível com a Constituição de 1988 em decorrência de os recursos captados serem destinados a programas de pesquisa científica e tecnológica, não a determinado grupo que sofreu uma intervenção.

Ocorre que, de acordo com a Lei 10.168 de 2000, somente as signatárias de contratos que impliquem transferência de tecnologia do exterior para o País ou do Brasil para o estrangeiro devem ser tributadas, enquanto a que vende ou recebe tecnologia de empresa situada no Brasil nada pagará.<sup>45</sup>

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) recomenda que a neutralidade seja projetada por um tratamento igualitário entre os concorrentes, admitindo eventuais desigualdades de fato. Desse modo, faz-se possível que as pequenas empresas ou de setores específicos tenham obrigações tributárias reduzidas.

Não se faz possível, entretanto, ocorrer qualquer discriminação entre empresas nacionais e estrangeiras. Esta, por sua vez, traduz-se em barreiras comerciais que se demonstram intoleráveis e que podem ser incompatíveis com a própria natureza da economia digital.<sup>46</sup>

Dessa maneira, para além da isonomia formal, a CIDE-Tecnologia viola o princípio da igualdade em sentido *material*, pois todas as empresas que tenham objeto social e porte iguais, assim como que desenvolvam tecnologia idêntica ou semelhante e exteriorizem a mesma manifestação de riqueza, devem ser tributadas igualmente.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, a industrialização, até as décadas finais do Século XX, dirigiu-se à produção praticamente exclusiva de bens físicos, voltando-se à exportação e ao mercado interno, sem preocupações com o desenvolvimento de novas tecnologias pela indústria nacional, resultando em baixos investimentos em pesquisa.

A questão da transferência de tecnologia não é algo recente, tendo em vista que o processo de industrialização nacional dependeu, grandemente, da evolução dos saberes e das técnicas desenvolvidas fora do país e, após, utilizadas pelos agentes econômicos em atividade no Brasil.

Mesmo atualmente, observa-se a carência de regulamentação no que se relaciona à transferência de tecnologias, que, em que pese já ser diminuta, reduziu-se ainda mais, transferindo-se o dever de tal normatização ao mercado e, ao Estado, a fiscalização concorrencial, apesar da evidente complexidade dessas contratações.

---

45 GUEDES, 2011, p. 118-119.

46 FOSSATI; PAULA, 2022, p. 72.

Ocorre que a transferência de tecnologia, notadamente em um contexto no qual a evolução se dá de maneira acelerada, a ponto de não se conseguir acompanhar, torna-se progressivamente mais complexa e, notadamente, mais detalhada, inclusive naquilo que tange ao âmbito contratual.

Não existem limites para aquilo que se poderia transferir por meio do contrato de transferência de tecnologia, porém, em qualquer formato ou objeto, sempre se transmite o conhecimento sobre determinado processo comercial, industrial, informático ou qualquer outro, que seja passível de transmissão.

É evidente a complexidade inerente ao contrato de transferência de tecnologia, em contraposição à carência de regulamentação normativo-jurídica quanto às suas premissas e, notadamente, de sua execução. Tal situação que conduziu a necessidade de sua regulamentação legal e infralegal.

A celebração de contratos permite acesso a tecnologias e processos voltados à fabricação de produtos ou disponibilização de serviços. O valor declarado dessa negociação decorre da negociação entre as partes, sendo necessário, contudo, ter em mente os preços praticados no Brasil e internacionalmente.

Geralmente, os pagamentos são negociados em percentuais sobre o preço líquido de venda ou por valor fixo de cada unidade. Já nos contratos de prestação de serviços de assistência técnica, faz-se necessário expressar o custo em função de taxa dia/hora, detalhado por especialidade técnica e valor total do serviço, ainda que estimado.

A regulamentação do INPI determina que a averbação do contrato apenas é necessária para produzir efeitos diante de terceiros, legitimar remessas de divisas ao exterior, como o pagamento pela tecnologia, assim como permitir a dedutibilidade fiscal, se for o caso, para a empresa receptora de importâncias pagas a título de *royalties* e assistência técnica.

No que tange a valores pagos por contratos de transferência de tecnologia, observa-se o regime do chamado de preço de transferência, que corresponde à demonstração tributária dirigida à comprovação que o preço praticado em operações realizadas com empresas no exterior esteja conforme às regras da legislação tributária.

Essa remuneração pode se dar por meio de *royalties*, que, por sua vez, correspondem à retribuição ou ao pagamento financeiro a ser previamente definido e pago pela exploração comercial de produto ou processo, cujas disposições de pagamentos se encontrem previamente definidas por contrato de licenciamento.

Os *royalties*, no âmbito contratual, concernem ao pagamento recebido, sob qualquer natureza, a título de contraprestação por uso, direito de uso ou direito autoral sobre obra, marca, patente, modelo, desenho, plano, fórmula, processo ou informações sobre experiência industrial, comercial ou científica.

A remessa de valores a título de contraprestação por concessão de direito sobre propriedade industrial pode se dar em relação a um país com o qual o Brasil tenha celebrado tratado contra bitributação ou mesmo ausente tal convenção. Na primeira hipótese, geralmente, essa remuneração ocorrer por meio de *royalties*.

Atualidade, contudo, inexistente limitação do valor de *royalties* a serem remetidos entre matriz e subsidiária, contudo, já restou proibida tal transferência em valor superior ao limite de dedutibilidade para efeito do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), estabelecidos pelo Ministério da Fazenda.

Resta dispensada, entretanto, a aprovação do Banco Central do Brasil (BACEN) para remessas de *royalties* remuneratórias do uso de marcas, exploração de patentes, bem como aqueles devidos pela prestação de serviços de assistência técnica científica, administrativa e semelhantes, exigindo-se, contudo, prova do pagamento do imposto sobre a renda.

Quanto ao tratamento tributário dado à remessa de *royalties* em favor beneficiários residentes no exterior, a legislação nacional é amplíssima, capaz, dessa forma, de ocasionar as mais diversas dúvidas, especialmente no que se relaciona à quantidade gigantesca de normas relacionadas à temática.

Além das várias outras exações, é imperioso observar a incidência de Contribuição para o Programa de Integração Social, denominada PIS-Importação, assim como a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, chamadas de COFINS-Importação, ambas na modalidade “serviços”.

Apesar da existência de uma interminável série de tributos incidentes sobre a transferência de tecnologia, uma exação relevante é a Contribuição de Intervenção de Domínio Econômico (CIDE) incidente sobre a transferência de tecnologia, denominada CIDE-Tecnologia ou CIDE-*Royalties*.

A referida CIDE, dirigida a financiar o Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa, paga por pessoa jurídica detentora de licença de uso, adquirente de conhecimento tecnológico ou signatária de contrato de transferência de tecnologia firmado com residentes ou domiciliados no exterior, foi criada pela Lei 10.168 de 2000.

Tal contribuição se voltaria a financiar o Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa para o Apoio à Inovação, cujo objetivo é o de estimular o desenvolvimento tecnológico brasileiro, por intermédio de programas de pesquisa científica e tecnológica cooperativa entre universidades, centros de pesquisa e o setor produtivo.

A relevância da contribuição acima referida é evidente, tendo em vista que, em tese, dirige-se a financiar a pesquisa, que, portanto, valoriza a inovação e pode levar a novas perspectivas quanto à evolução tecnológica. Trata-se, desse modo, de exação com um amplo campo de incidência.

A legislação aplicável à CIDE-Tecnologia tem que o referido tributo se dirige a assegurar recursos para o custeio de um programa específico de desenvolvimento tecnológico. Trata-se, assim, de uma *intervenção-incentivo*, por meio da qual o Estado intervém de maneira a incentivar certa área.

O referido tributo apenas incidirá sobre pessoas jurídicas que detenham licença de uso, adquiram conhecimentos tecnológicos ou assinem contratos que determinem transferência de tecnologia. Qualquer interpretação diversa desconsideraria o texto expresso da Lei, sendo, assim, incompatível com a Constituição de 1988.

Mais do que isso, não é qualquer contrato que é capaz de determinar a uma pessoa jurídica o pagamento da referida CIDE, entretanto, apenas aqueles que se relacionem à transferência de tecnologia, de forma que tal entendimento jurisprudencial corrobora a legislação instituidora do tributo.

A isonomia constitucional protege princípios essenciais, a eles dando um *status* de sobreprincípio, em cuja aplicação se utiliza de uma lógica de igualdade de relatividade, por meio da qual se faz imperioso tratar os iguais de forma igual e os desiguais de maneira desigual, na medida de sua desigualdade.

Trata-se de um dos pilares fundamentais do sistema constitucional brasileiro. Faz-se impossível compreender o sistema tributário sem ressaltar sua relevância para o ordenamento, dirigindo-se a assegurar a igualdade na lei e perante a lei. Já o princípio da isonomia tributária se encontra previsto no Art. 150, II.

É, desse modo, uma *limitação constitucional ao poder de tributar*, que por sua vez, proíbe a discriminação arbitrária entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, diretamente resultante do princípio constitucional da isonomia, determinando, assim, a sua aplicação no âmbito tributário.

Faz-se possível classificar a isonomia em duas dimensões que, entretanto, se interpenetram. Na igualdade *formal*, a ideia é a de que o Direito não pode diferenciar ninguém. Assegura, contudo, por meio da igualdade *material*, seu tratamento uniforme no que concerne a todos os bens da existência humana.

A igualdade é elemento fundante da Democracia e do Estado de Direito, obstando a concessão de privilégios indevidos e discriminações infundadas, transformando-se em uma limitação aos poderes públicos. Impositivamente, atua na elaboração de ações políticas e na redução das desigualdades.

Já o princípio da isonomia tributária demanda o atendimento às normas constitucionais que o traduzem na aplicação das leis e em sua elaboração. É possível, entretanto, a atribuição de benesses como imunidades, isenções, anistias e moratórias, desde que seja demonstrada a motivação para tal ato.

Quanto à CIDE-Royalties, esta é inconstitucional por ofender premissas constitucionais de instituição da contribuição interventiva. De forma específica, ofende os princípios da finalidade e da proporcionalidade da exação, indispensáveis à aferição da validade da norma que institui uma contribuição de intervenção.

A isonomia tributária, no entanto, dirige-se, justamente, a impedir qualquer tratamento tributário que seja diferenciado naquilo que se relaciona a contribuintes em situação equivalente, coibindo, dessa maneira, quaisquer diferenciações discriminatórias sem justificativa constitucional.

Sob esse prisma, faz-se impossível que a CIDE-Tecnologia incida apenas sobre os contratos de cessão de direito de uso, prestação de serviços técnicos e assistência administrativa provenientes do exterior, tendo em conta que esse tratamento não seria isonômico, em decorrência de violar um dos mais básicos princípios constitucionais brasileiros.

Além da isonomia formal, a Lei que instituiu a CIDE-Royalties é incompatível com a Constituição da República de 1988, em decorrência de os recursos captados serem destinados a programas de pesquisa científica e tecnológica, não a certo grupo que sofreu uma intervenção específica.

Mais do que isso, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) recomenda que a neutralidade seja projetada por um tratamento igualitário entre os concorrentes, admitindo eventuais desigualdades de fato. Assim, é possível que as pequenas empresas ou de setores específicos tenham obrigações tributárias reduzidas.

Conclui-se, assim, que, além da isonomia formal, a CIDE-Tecnologia viola o princípio da igualdade *material*, pois todas as empresas que tenham objeto social e porte iguais, bem como desenvolvam tecnologia idêntica ou semelhante e exteriorizem a mesma manifestação de riqueza, devem ser tributadas de forma igual.

## REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. **Curso de direito tributário brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

BRASIL. **Lei 10.168**. 2000. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 5 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial número 1.161.467-RS**. 2009. Relator: Ministro Castro Meira. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 5 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial número 1.821.336-SP**. 2019. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 5 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade número 5.958**. 2021. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 5 out. 2023.



CALIENDO, Paulo. **Curso de direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022.

CARRAZZA, Antônio Roque. **Curso de direito constitucional tributário**. 34. ed. Salvador: JusPodivm, 2023.

CARNEIRO, Cristine Elizabeth Alvarenga; MERTENS, Érika Renata Martins; MARTINS, Marcos Vidal; NASCIMENTO, Tatiana Costa Nascimento. Transferência de tecnologia no Brasil: como tudo começou, quais mudanças ocorreram nos modelos e como é compreendida nos dias atuais. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v.8, n.11, p. 75842-75861, nov., 2022.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

COÊLHO. Sacha Calmon Navarro; MOREIRA, André Mendes. Inconstitucionalidades da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico incidente sobre Remessas ao Exterior -CIDE *Royalties*. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo: Dialética, n. 89, p. 71-84, 2003.

EUROPEAN COMMISSION. **Technology Transfer in Brazil**. Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2020.

FOSSATI, Gustavo; PAULA, Daniel Giotti de. **Tributação da economia digital na esfera internacional: volume 4**. Rio de Janeiro: FGV, 2022.

GRECO, Marco Aurélio. Em busca do controle sobre as CIDEs. In: MOREIRA, André Mendes, RABELO FILHO, Antônio Reinaldo; CORREIA, Armênio Lopes (org.). **Direito das telecomunicações e tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 328-329.

GUEDES, Marcel Pereira Hid da Costa. Mais questões sobre a pretensa instituição de contribuição social de intervenção no domínio econômico pela Lei n.º 10.168/00. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 72, 2011.

NÉAS, Fillipe Leal Leite; BOGES, Antonio Moura. A tributação da remessa de royalties referentes ao contrato de licença de uso de propriedade industrial. **RDIET**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 125-171, jan.-jun., 2015.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ESPÍNDOLA, Marcelle Franco. Contratos de transferência de tecnologia. **Revista de Informação Legislativa**, a. 51, n. 204, p. 43-66, out.-dez., 2014.

ROCHA, Sergio André. Acesso do Brasil à OCDE e a política fiscal internacional brasileira. **Boletim de Economia e Política Internacional**, n. 28, p. 29-50, set.-dez., 2020.

SALERNO, Mario; MARX, Roberto; ZILBOVICIUS, Mauro; DIAS, Ana Valéria Carneiro. Política industrial em setores dominados por transnacionais: o Brasil como sede de concepção e projeto de produto. *In*: FLEURY, Maria Tereza Leme; FLEURY, Afonso. (org.). **Política Industrial**. São Paulo: Publifolha, 2004. p. 67-91.

SANTOS, Bruna Vieira Esteves dos; TARTARINI, Cláudio Márcio. Limites da intervenção do estado no setor de tecnologia: uma análise da constitucionalidade da CIDE-Tecnologia. **Res Severa Verum Gaudium**, v. 7, n. 1, p. 106-126, 2022.

XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Recebido em: 08/11/2024

Aprovado em: 25/06/2025

# DEVER FUNDAMENTAL DAS PESSOAS NATURAIS DETENTORAS DE MANDATOS NO PARLAMENTO E NA CHEFIA DO PODER EXECUTIVO EM POSSIBILITAR O CONTROLE SOCIAL

## FUNDAMENTAL DUTY OF PARLIAMENT AND THE CHIEFS OF THE EXECUTIVE POWER TO ALLOW THE SOCIAL CONTROL

JOÃO BERNARDO ANTUNES DE AZEVEDO GUEDES \*

DAURY CESAR FABRIZ \*\*

### RESUMO

O presente artigo versa sobre um tema de grande envergadura em um ambiente democrático: o controle popular sobre os atos do Estado. Em sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, no qual todo poder emana do povo, a soberania popular é um fundamento do país. Ademais, a Administração Pública ao atuar deve ter como norte o interesse público e respeitar o princípio da publicidade, entre outros. Deve, portanto, o Estado prestar contas de seus atos à população à luz do primado constitucional. No caso deste artigo, o recorte abarca a publicidade dos atos administrativos realizados pelas pessoas naturais detentoras de mandato no Parlamento e na chefia do Poder Executivo. Para além da necessidade de obediência às determinações inerentes à função pública exercida, essas pessoas enquanto concidadãos membros de uma coletividade de livres e iguais, possuem um encargo junto à sociedade. Assim, o artigo traz o seguinte problema: existe um dever fundamental de possibilitar o controle social por parte dos membros do Parlamento e Chefes do Executivo (detentores de cargos políticos), enquanto pessoas naturais? Para responder ao indagado,

### ABSTRACT

*This paper deals with a major topic in a democracy: social control (control of the Public Administration's actions by the people). Considering Brazil is a Democratic Rule of Law State in which all power emanates from the people, popular sovereignty is one of its bases. Furthermore, Public Administration, when acting, must have the public interest as its guide, and pay attention to the principle of publicity, among others. Therefore, the State must justify its actions to its people in accordance with constitutional premises. In respect to this article, the scope deals with the publicity of administrative acts carried out by natural persons holding mandates in parliament and at the head of the Executive Branch. In addition to the duty to comply with the attributes inherent to the public function performed, these people, as citizens of a community of free and equal people, have a responsibility towards society. Thus, the research's problem is: is there a fundamental duty in regard to the promotion of social control by these natural persons that occupies Parliament seats and in the Head of Executive Branch? To answer the question, the chosen*

\* Mestre e doutorando do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória. Graduado em Direito pela Universidade Candido Mendes (RJ).  
E-mail: jbguedes8@yahoo.com.br. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-5426-6267>.

\*\* Doutor em Direito pela UFMG (2001), Mestre em Direito pela UFMG (1998), graduado em Direito pelo Centro Superior de Ciências Sociais de Vila Velha (1988), graduado em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Espírito Santo (1994). Professor do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV.  
E-mail: daury@terra.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3781-5890>.

o método empregado será a fenomenologia de Edmund Husserl, desvelando-se o fenômeno, tal como ele se apresenta no mundo da vida. A hipótese trazida é no sentido de que, pela liturgia do cargo exercido, para além dos encargos decorrentes da atividade pública desenvolvida, há o dever fundamental, extraído da solidariedade, de propiciar a publicidade de seus atos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Controle popular. Dever fundamental. Fenomenologia.

*method is Edmund Husserl's phenomenology, revealing the phenomenon, as it presents itself in the world of life. The hypothesis brought forward is that, through the liturgy of the position held, in addition to the responsibilities arising from the execution of public activity, there is a fundamental duty, extracted from solidarity, to provide publicity for one's actions.*

**KEYWORDS:** Social Control. Fundamental duty. Phenomenology.

## INTRODUÇÃO

Nos termos da Constituição Federal, a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal e se constitui em Estado Democrático de Direito

Prevê, ainda, o texto magno, que todo poder emana do povo. Este poder é exercido diretamente por meio de plebiscitos ou referendos, por exemplo, ou o se realiza indiretamente, por meio de representantes, eleitos pelo povo soberano, para tanto.

Ademais, a Constituição exige que a atuação da Administração Pública deve ser pautada por diversos princípios, entre eles, os insculpidos no artigo 37 da Constituição Federal. No referido dispositivo estão elencados: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. O agir estatal realiza-se no mundo fático por meio da ação de um agente público, vez tratar-se o Estado de uma pessoa jurídica de Direito Público. Em um regime democrático no qual todo poder emana do povo, exige-se que o Estado tenha como meta atender o bem comum e tal desiderato deve ser observado por todo e qualquer agente público e representante do povo que exerça uma função pública.

Não há, em hipótese alguma, espaço para atendimento de interesses privados do agente público. Neste tocante, inclusive, os parágrafos primeiro e sexto do artigo 37 da Lei Fundamental pátria estipulam as regras da vedação à promoção pessoal e responsabilidade objetiva do Estado em relação à conduta dos agentes públicos no exercício de suas funções, respectivamente. Pelo fato de o Estado cuidar daquilo que é de toda a coletividade, ou seja, da coisa pública, seus atos devem respeitar as disposições normativas na busca pelo atendimento do interesse público.

Com isso, as suas ações precisam ser controladas, a fim de que se verifique a sua conformidade com o ordenamento jurídico pátrio e se fiscalize o efetivo atendimento ao bem comum, tal como dele se espera.

Para que possa haver um efetivo controle da Administração Pública, a publicidade dos seus atos é vital. O próprio Decreto-Lei n.º 200, de 1967, ainda hoje em voga, trata a matéria, inclusive, como princípio fundamental.

A doutrina administrativista aponta a existência de diversas modalidades de controle e alguns autores trazem diferentes classificações sobre o tema. Entre elas encontra-se o controle social, também denominado de popular, sobre o qual este artigo voltará seus holofotes.

Nesta modalidade de controle, permite-se que o próprio utente do serviço público controle as ações estatais e constate a conformidade (ou sua ausência) dos atos do Estado e a sua correção. Caracteriza-se por ser uma modalidade de extrema importância para um Estado Democrático de Direito na consecução dos direitos fundamentais. Para que este controle ocorra, a transparência é primordial. Logo, o citado princípio da publicidade deve ser observado, em regra, sempre que o Estado atue, pois deve respeito a *res publica*.

Ademais, os Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, de acordo com a Constituição são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Tais Poderes, com base na teoria de freios e contrapesos realizam funções típicas e atípicas.

O exercício indireto da representatividade para o exercício do poder do povo será realizado por outras pessoas eleitas pelo voto direto, secreto e universal, a quem cumprirá tal atribuição. Trata-se dos Parlamentares (Congresso Nacional e Câmara dos Deputados a nível federal) e Chefes do Poder Executivo (Presidência da República no âmbito federal). Tais pessoas detentoras de mandatos políticos desempenham funções públicas e estarão vinculadas aos comandos constitucionais e legais que regem o agir estatal uma vez que toda a Administração Pública assim estará abarcada. Para além de exercerem um múnus público e representarem indiretamente o povo à luz do que permite a Constituição, os detentores de cargos políticos possuem encargos enquanto na qualidade de cidadãos.

Em outras palavras, para além de suas atribuições funcionais, regimentais, estatutárias e legais por serem exercentes de funções públicas, atinentes à liturgia do cargo, eles possuem obrigações diversas, enquanto pessoas naturais. Nesta linha, o presente artigo vai analisar a natureza jurídica do encargo de propiciar o controle social, que recai sobre os detentores de cargos políticos no Parlamento e na chefia do Poder Executivo, em sua perspectiva enquanto pessoas naturais.

Surge, assim, o problema: existe um dever fundamental de possibilitar o controle social por parte dos membros do Parlamento e Chefes do Executivo (detentores de cargos políticos), enquanto pessoas naturais?

A pesquisa desenvolver-se-á na busca pela resposta ao indagado acima, com a indicação dos princípios da Administração Pública elencados no artigo

37 da Constituição Federal (ênfatizando a publicidade); bem como na análise da modalidade “controle social” da Administração Pública apontando a sua relevância para o Estado Democrático de Direito.

Outrossim, serão elucidadas as principais atribuições dos parlamentares e dos chefes dos poderes executivos na Federação brasileira, correlacionando o princípio da publicidade e o controle social com as atribuições dos detentores de mandato no Parlamento e chefias do Executivo.

O itinerário da pesquisa perpassa por três etapas: (i) no primeiro capítulo serão analisados os aspectos gerais do federalismo brasileiro, destacando-se a separação de poderes e indicando quais são os cargos eletivos no Parlamento e na chefia do Poder Executivo; (ii) a seguir, a abordagem versará sobre o emblemático princípio da publicidade e a sua grande valia para o ambiente democrático, bem como serão destacadas as características principais do controle popular sobre os atos estatais; (iii) ao final, no capítulo 3, verificar-se-á a existência de um dever fundamental dos detentores de cargos eletivos no Parlamento e chefia do Poder Executivo, enquanto pessoas naturais, em propiciar o controle social, para além dos deveres funcionais atrelados aos cargos que ocupam.

O fio condutor do estudo é o método fenomenológico. Sob a perspectiva de Edmund Husserl, o “pai da fenomenologia”, sendo que as essências do fenômeno serão descortinadas com base na intencionalidade, tal como o ente se apresenta no mundo da vida. Desta feita, a hipótese trazida é no sentido afirmativo, pois independentemente das obrigações legais decorrentes da função exercida, enquanto pessoas naturais, os detentores de cargos políticos devem possibilitar o controle social, à luz da premissa da solidariedade.

## **1. FEDERALISMO BRASILEIRO, SEPARAÇÃO DE PODERES E OS CARGOS ELETIVOS NO PARLAMENTO E NA CHEFIA DO PODER EXECUTIVO: APONTAMENTOS GERAIS**

Neste capítulo, objetiva-se apontar os traços principais do federalismo brasileiro e destacar a temática da separação dos poderes. Adicionalmente, vislumbra-se indicar à luz da Constituição Federal, qual a composição do Parlamento brasileiro, bem como da chefia do Poder Executivo (estudados aqui, a nível federal).

### **1.1 O FEDERALISMO BRASILEIRO E A SEPARAÇÃO DE PODERES**

Nos termos do artigo primeiro da Constituição Federal, a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal e se constitui em Estado Democrático de Direito.

Resta definido, portanto, em sede dos princípios fundamentais do texto magno, que o Brasil é uma Federação. Barcellos<sup>1</sup> define a federação nos seguin-

---

1 BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de direito constitucional. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense,

tes termos: “uma forma de distribuir territorialmente o poder político, de modo que passam a coexistir dois (ou mais) níveis de poder autônomo no âmbito de um mesmo Estado: o ente central e os entes locais”. O federalismo brasileiro é composto por distintos entes, que em hipótese alguma podem realizar um movimento separatista. Inclusive, o constituinte originário expressamente determinou, no inciso I, do parágrafo quarto, de seu artigo sessenta, que não será objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir essa forma federativa de Estado. Trata-se, pois, de uma cláusula pétrea.

Importante destacar que a formação histórica do federalismo pode se dar de maneiras distintas. Vasconcelos<sup>2</sup>, sobre o tema, aponta que há o federalismo por agregação e o federalismo por desagregação, trazendo, ainda a classificação do federalismo brasileiro nos seguintes termos:

No federalismo por agregação (ou centrípeto, os Estados independentes ou soberanos resolvem abrir mão de parcela de sua soberania para agregar-se entre si e formar um novo Estado, agora federativo, passando a ser, entre si, autônomos. O modelo busca maior solidez, tendo em vista a indissolubilidade do vínculo federativo. Como exemplo, podemos citar a formação dos Estados Unidos, da Alemanha e da Suíça.

Por sua vez, no federalismo por desagregação, ou centrífugo (segregação, a Federação surge a partir de determinado Estado unitário que resolve descentralizar-se, em obediência a imperativos políticos, salvaguarda das liberdades) e de eficiência. O Brasil é exemplo de federalismo por desagregação, que surgiu a partir da Proclamação da República, materializando-se o novo modelo na Constituição de 1891.

Outro tema que também se encontra em sede de princípios fundamentais da Constituição Federal é a separação de poderes. Em seu artigo segundo, o texto magno estabelece que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Além disso, tal como ocorre com a indissolubilidade do pacto federativo supracitada, a separação de poderes também é uma cláusula pétrea no ordenamento jurídico pátrio, estabelecida no inciso III, do parágrafo quarto, do artigo quarenta da Lei Maior. Ou seja, não é admitido sequer se ventilar a hipótese de se apresentar proposta ao Parlamento que tenha a intenção de abolir a separação dos poderes. No âmbito brasileiro, nos termos estabelecidos pela Constituição Federal, há três poderes da União: o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. Nessa matéria, vigora a tese dos freios e contrapesos, com a ideia de que os Poderes atuam de modo harmônico e independente, sem usurpação e abuso, onde haverá um controle de um poder sobre o outro.

---

2023, p. 276.

2 VASCONCELOS, Clever. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022, p. 322.

Os Poderes da União executam funções típicas e atípicas. As funções típicas se referem às atividades precípuas do próprio Poder e as funções atípicas são aquelas que correspondem às especificidades de um outro Poder.

Quanto à função típica do Poder Judiciário, Bulos<sup>3</sup>, indica que é “simplesmente, julgar” e função atípica legislativa é exercida quando, por exemplo, “edita normas regimentais”. Já quando “concede férias aos juizes e serventuários”, tem-se o exercício da função atípica administrativa.

O Poder Legislativo possui como função típica, segundo Bulos<sup>4</sup>, “criar leis” e a função atípica administrativa é exercida quando “dá provimento a cargos”. Já a função atípica judicante se materializa quando “avalia atos de improbidade do Presidente da República por crime de responsabilidade”.

Por sua vez, o Poder Executivo que tem como função típica “administrar”, também exerce funções atípicas. Esse Poder legisla, como observa Bulos<sup>5</sup>, “por meio de medidas provisórias” e julga “no contencioso administrativo”.

## 1.2 OS CARGOS ELETIVOS NO PARLAMENTO E NA CHEFIA DO PODER EXECUTIVO

Nos termos do artigo 44 da Constituição Federal, o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que é composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. Daí que se extrai a definição de bicameralismo brasileiro, pelo que o Poder Legislativo brasileiro é um órgão composto.

A Câmara dos Deputados é composta por representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal (sendo cada legislatura com duração de quatro anos). Por sua vez, o Senado Federal é integrado por representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário (com mandato de oito anos). Na Câmara, os cargos são ocupados pelos Deputados Federais, ao passo que no Senado Federal, os senadores exercem as funções públicas.

As competências dos Deputados Federais e dos Senadores estão definidas no texto magno. Neste sentido, o artigo 51 elenca a competência privativa dos Deputados Federais. Exemplificativamente, à Câmara dos Deputados compete, por exemplo, autorizar por dois terços de seus membros a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado. Já como ato de competência privativa do Senado Federal, exemplificativamente, cita-se o de processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da

3 BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 16. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023, p. 1.100.

4 BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 16. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023, p. 892.

5 BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 16. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023, p. 1.063.



República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; tem competência privativa.

O Poder Executivo, por sua vez, é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado, conforme estatuído no artigo 76 da Lei Maior. Já o artigo 82 estabelece que o mandato do Presidente da República é de quatro anos (com início no dia 5 de janeiro do ano subsequente ao de sua eleição).

As atribuições do Presidente da República estão previstas no artigo 84 do texto constitucional. Como exemplo, aponta-se a competência privativa de nomear e exonerar os Ministros de Estado; bem como de exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da Administração Pública Federal.

Salienta-se, por oportuno, que o presente artigo estuda os Poderes Estatais em âmbito Federal, mas a hipótese trazida na pesquisa se amolda também ao Parlamento e ao Poder Executivo em todos os níveis da Federação, por todos os poderes regionais e locais indicados como Parlamento e Poder Executivo em Constituições Estaduais e Leis Orgânicas, à luz do princípio da simetria. Sobre o tema, cabe trazer os apontamentos de Bulos<sup>6</sup>:

Os atos legislativos, administrativos e jurisdicionais, do mesmo modo que os privados, devem ser simétricos com relação ao texto maior. Com efeito, devem adequar-se à superioridade das normas constitucionais, porque a constituição é a lei máxima do Estado. Todos os órgãos estão vinculados a ela.

Conclui-se este tópico do trabalho após os apontamentos centrais do federalismo brasileiro terem sido apresentados, bem como indicados quais são os cargos ocupados pelos Parlamentares e pelo Chefe do Poder Executivo em nível Federal, uma vez que o escopo da pesquisa passa pela ação dessas pessoas.

Desta feita, tal como ocorre no âmbito federal, os parlamentares e chefes do Executivo estaduais e municipais não são donos do cargo que ocupam, pois estão transitoriamente na função pública a representar os interesses do povo, devendo pleno respeito à *res publica*. Nessa linha, primordial para um bom andamento da máquina pública e do ambiente democrático é a transparência dos atos e o respeito absoluto ao princípio da publicidade.

## **2. ATOS ESTATAIS, PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E O CONTROLE SOCIAL**

Na sequência dos apontamentos gerais sobre o federalismo brasileiro, da separação dos poderes e indicação acerca das funções públicas ocupadas no Parlamento pelos deputados e senadores e pelo Chefe do Poder Executivo,

---

6 BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 16. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023, p. 16.

neste momento, será destacada a relevância da publicidade dos atos públicos. O princípio da publicidade é ferramenta de extrema importância para que o administrado tenha ciência da forma como o Estado está cumprindo o seu múnus e será o objeto de reflexão. Ademais, o controle social, na condição de fenômeno vital para o Estado Democrático de Direito e consecução de direitos fundamentais será examinado.

## 2.1 OS ATOS ESTATAIS E O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

O Estado ao agir deve buscar o bem comum. Um regime democrático, no qual todo poder emana do povo, exige tal desiderato de todo e qualquer agente público e representante do povo que exerça uma função pública.

Afinal, a administração pública e o direito administrativo só podem ser compreendidos com recurso à ideia de interesse público, consoante sublinham Rebelo de Sousa e Matos<sup>7</sup>. Deve, então, atuar seguindo as balizas e os princípios que norteiam o múnus público.

Sobre os princípios que o Estado deve seguir, convém colacionar, preliminarmente, que Bandeira de Mello<sup>8</sup> defende a tese de que há dois supraprincípios do Direito Administrativo, que refletirão em todos os demais princípios do ramo.

São eles: a supremacia do interesse público sobre o privado (pressupõe que em havendo contraposição de um interesse privado e outro da coletividade, o interesse público deve prevalecer); bem como a indisponibilidade do interesse público (exige-se uma atuação sistematizada do Estado em prol da finalidade pública, sendo que o interesse privado do agente público que atua em nome do Estado jamais possa prevalecer). Ressalta-se, entretanto, que a supremacia do interesse público deve ser interpretada e aplicada com ponderação e cotejo com os direitos e garantias fundamentais dos administrados.

Como pessoa jurídica de Direito Público, os atos estatais se realizam por meio de seus agentes, que não poderão agir de outra forma senão na busca pelo interesse público. Inclusive, o constituinte estabelece a responsabilidade objetiva do Estado como regra no país, nos casos de danos causados pelos seus agentes no exercício da função.

Ademais, destaca-se o rol do artigo 37 da Constituição Federal, que exige do Estado plena obediência por ocasião do desempenho de suas atribuições a alguns princípios. Restam elencados no referido dispositivo os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, que são valores

---

7 REBELO DE SOUSA, Marcelo. MATOS, André Salgado de. *Direito administrativo geral*. Tomo I. Introdução e princípios fundamentais. 3. ed. Alfragide: Dom Quixote, 2008, p. 207.

8 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 69.

que devem estar a todo o instante acompanhando a atuação do agente público e que irão guiar as suas condutas.

A legalidade se traduz na ideia de que a lei determinará o modo de agir do Estado, respeitando-se a vontade popular. O Estado subordina-se à vontade geral: o poder emana do povo. Este poder que será exercido de modo indireto por meio dos representantes eleitos para o representar no Parlamento. O Estado obedecerá, portanto, à Constituição Federal e às leis.

Ademais, a conduta dos agentes públicos deve ser pautada na moralidade, marcada pela retidão, honestidade de propósito e respeito à coisa pública. Outrossim, a impessoalidade determina que não há espaço para privilégios ou discriminações por ocasião do agir estatal. Segundo Mazza<sup>9</sup> é um dever estatal de imparcialidade na defesa do interesse público.

Já a publicidade é um princípio que estabelece, como regra, a garantia de que os atos estatais sejam públicos e de pleno conhecimento pelos administrados. A publicidade, portanto, exige a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública ressalvados os casos de sigilo previstos em lei, consoante pontua Di Pietro<sup>10</sup>.

Nos termos da Constituição Federal, todo indivíduo faz jus a ser informado sobre a ação estatal e a publicidade dos atos administrativos deve ser a regra no regime jurídico pátrio. Deste modo, a Constituição Federal elenca como princípio basilar a este direito de informação, o correlato encargo estatal em promover a publicidade de seus atos.

Sobre o princípio da publicidade, Carvalho Filho<sup>11</sup> sublinha que:

Os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento do princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos. Só com a transparência dessa conduta é que poderão os indivíduos aquilatar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência de que se revestem.

A eficiência administrativa é outra exigência constitucional que envolve as ações estatais. Essa premissa guarda relação direta com uma Administração Pública gerencial, de resultados, que consiga performar a contento na busca pela satisfação das necessidades públicas.

À luz desse princípio, o Estado deve trazer resultados em suas ações, atuando da melhor forma possível, em tempo célere e com o menor gasto de

---

9 MAZZA, Alexandre. Curso de Direito administrativo. 14. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024, p. 111.

10 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 36. ed. 2 reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 115.

11 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 37. ed. Barueri: Atlas, 2023, p. 21.

numerário público possível. Para Santos<sup>12</sup>, em linhas gerais, trata-se de uma atividade administrativa exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional.

A publicidade, como salientado, é peça chave para verificar a conformidade dos atos estatais com o que estabelece o sistema jurídico. Logo, os atos estatais devem ser controlados para que se possa fiscalizar e verificar a conformidade dessas ações em relação ao ordenamento jurídico, verificando-se, então, o cumprimento de sua função pública.

Deve a publicidade ser ampla, clara e estar ao alcance de todos os utentes do serviço público. Os atos estatais devem ser veiculados em locais de fácil acesso e com a ideia de inclusão, jamais de exclusão social desconsiderando alguns administrados. Preferencialmente deve estar disponibilizada não apenas no site dos órgãos públicos, podendo estar em jornais de grande circulação e na sede dos órgãos.

No mundo da vida, uma publicação em diário oficial sem que os dados sejam publicados de modo claro, na prática, terão pouco efeito útil e não cumprirão o mandamento constitucional da publicidade. Minimamente, os dados da parte que contrata com o Estado, o valor da contratação e o objeto do pacto devem estar previstos com clareza e sem abreviaturas e obscuridades.

Uma democracia requer que as ações estatais sejam controladas, de modo a se aferir se o interesse público está sendo cumprido e se a vontade popular decorrente da Lei foi alcançada pela Administração Pública. Assim, quando o bem comum for atendido, os direitos dos administrados serão respeitados e se preserva o ideal de um Estado Democrático de Direito. Nessa linha, como sublinha Autor 2<sup>13</sup>, “um Estado de direito significa um Estado cingido e obrigado pelos direitos e garantias fundamentais”.

No item que se segue, será analisado o instituto do controle da Administração Pública, apontando-se a sua natureza jurídica e as suas diversas modalidades, enfatizando-se o controle social, que é o cerne dessa pesquisa.

## 2.2 O CONTROLE SOCIAL

Controlar os atos da Administração Pública significa fiscalizar os atos estatais, verificar a conformidade das ações dos agentes públicos que atuam em nome do Estado e apurar se essas condutas estão sendo realizadas em prol do interesse público. A doutrina, inclusive, traz distintas espécies de controle.

Neste sentido, Mazza<sup>14</sup> elenca as seguintes classificações: quanto ao órgão controlador (administrativo, legislativo e judicial); quanto à extensão (in-

12 SANTOS, Fernanda Marinela de Sousa. Direito administrativo. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 100.

13 AUTOR2. Direitos e garantias fundamentais no século 21: os desafios no plano da efetividade. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, [S. l.], n. 3, 2007, p. 9. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/49>. Acesso em: 5 set. 2024.

14 MAZZA, Alexandre. Curso de Direito administrativo. 14. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024,

terno e externo); quanto à natureza (legalidade e de mérito), quanto ao âmbito (subordinação e vinculação), quanto ao momento (prévio; concomitante e posterior); e quanto à iniciativa (de ofício e controle provocado).

Já o controle social guarda relação com os próprios fundamentos da Federação. Afinal, a Constituição Federal enaltece o povo, estabelecendo que dele emana todo o poder. Daí que, nada mais justo de que ele, o povo, tenha legitimidade e ferramentas para fiscalizar a Administração Pública. Sobre essa espécie, Carvalho Filho<sup>15</sup> enfatiza “tratar-se de poderoso instrumento democrático que permite a efetiva participação dos cidadãos em geral no processo de exercício de poder”.

Destaca-se que o controle social (também denominado de controle popular) garante a possibilidade de o próprio utente do serviço público controlar as ações estatais e constatar a conformidade (ou sua ausência) com a ordem jurídica e requerer a sua correção. Em um ambiente democrático, é um vetor primordial para a efetivação de direitos e garantias fundamentais, desvelando-se como possibilidade de participação efetiva do administrado na gestão pública.

O tema é de tamanho relevo para um ambiente republicano, que a Constituição Federal determinou que uma lei viesse a ser elaborada para incentivar a participação do usuário na Administração Pública. Tal encargo estatal resta preconizado no parágrafo terceiro de seu artigo 37, e em 2017, a Lei n.º 13.460 foi promulgada com este propósito. Piovesan<sup>16</sup>, ao abordar o tema, a importância do componente democrático e a sua essencialidade ao desenvolvimento, salienta que “é dever dos Estados encorajar a participação popular em todas as esferas como um importante fator ao direito ao desenvolvimento e à plena realização dos direitos humanos”.

É muito importante também que o povo soberano tenha ciência de que é titular do direito de solicitar informações junto ao Estado e da possibilidade de controlar os atos da Administração Pública. Muitos administrados sequer têm conhecimento dessa sua legitimidade.

Controlar as ações estatais, inclusive, faz parte do emblemático Decreto-lei n.º 200, de 1967, ainda hoje muito estudado nas bancadas acadêmicas de direito administrativo. O seu artigo 6º estatui que as atividades da Administração Federal obedecerão a alguns princípios fundamentais e entre eles, em seu inciso V, elenca o controle. A partir de tal dispositivo normativo, é que Mazza<sup>17</sup> destaca que a natureza jurídica do controle é de princípio fundamental.

---

p. 350.

15 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 37. ed. Barueri: Atlas, 2023, p. 808.

16 PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos e justiça internacional. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024, p. 23.

17 MAZZA, Alexandre. Curso de Direito administrativo. 14. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024,

Mostra-se justa a realização de prestação de contas e o controle da Administração Pública, uma vez que o Estado gere a coisa pública. Traçando um paralelo com o que ocorre com as grandes corporações que buscam manter uma forte estrutura de *compliance* e gestão de riscos, o Estado, com a governança pública, deve buscar pautar suas ações de modo eficiente, com transparência e publicidade de seus atos.

Neste tocante, Alves; e Leal<sup>18</sup> pontuam que:

É dentro da concepção de *accountability* que se encontram as políticas públicas que objetivam o controle e responsabilização dos governantes frente aos governados, principalmente no sentido de coibir a malversação dos escassos recursos públicos, os quais deverão ser geridos dentro de um primado de honestidade e de preocupação com o bem comum.

Desta feita, os atos da Administração Pública devem ter a sua conformidade verificada. O controle refere-se a essa análise, fiscalização, ao exame da conduta estatal para se certificar que o Estado está a atuar consoante os ditames constitucionais e legais, em prol da boa administração pública.

A boa administração pública, inclusive, é tratada como direito fundamental no país, conforme expõe Freitas<sup>19</sup>:

Trata-se do direito fundamental à boa administração pública eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.

O controle social, portanto, uma vez obstruído impediria que os destinatários do serviço público, ou seja, a coletividade, tivessem ciência do atendimento por parte do Estado ao que a lei lhe determinou. Os administrados, assim, não teriam a possibilidade de ter ciência dos atos do Estado e o seu direito fundamental à publicidade e à informação restaria violado.

Aqui, amparado na fenomenologia, que consoante Lyotard<sup>20</sup>, trata do estudo dos fenômenos, isto é, daquilo que aparece à consciência, daquilo que é dado à consciência, da exploração da “volta às coisas mesmas” que os indivíduos percebem, sobre aquilo que pensam, daquilo em que falam, evitando fazer suposições, é que se desvela a envergadura do controle social para a Democracia.

---

p. 350.

18 ALVES, F. D.; LEAL, M. C. O direito fundamental ao bom governo e o dever de proteção estatal: uma análise das competências federativas à implementação de políticas públicas de prevenção e repressão aos atos de malversação do patrimônio público. Revista de Direitos E Garantias Fundamentais 21(2), 2020, p. 19. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1487>. Acesso em 05 set. 2024.

19 FREITAS, Juarez. Direito Fundamental à boa administração pública. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 167.

20 LYOTARD, Jean-François. *La phénoménologie*. 2. ed. Presses Universitaires de France: Paris. 2015, p. 9 (tradução livre).

Sobre a relevância do controle social, Di Pietro<sup>21</sup> observa que:

Embora o controle seja atribuição estatal, o administrado participa dele à medida que pode e deve provocar o procedimento de controle, não apenas na defesa de seus interesses individuais, mas também na proteção do interesse coletivo. A Constituição outorga ao particular determinados instrumentos de ação a serem utilizados com essa finalidade. É esse, provavelmente, o mais eficaz meio de controle da Administração Pública: o controle popular.

Verificou-se que a atuação da Administração Pública deve sempre ter como meta a satisfação do interesse coletivo e que seus atos, em regra, devam ser públicos. Isto permitirá a fiscalização dos mesmos; bem como permitirá o controle social de suas ações.

Evidenciou-se, então, que o tema é de suma relevância para que os administrados possam fiscalizar o Estado e contribuir para a efetivação do direito fundamental à boa administração pública.

A seguir, a pesquisa entrará em uma outra fase: cotejar o encargo de publicidade dos atos dos detentores de cargo público no Parlamento e na Chefia do Poder Executivo, enquanto pessoas naturais e a teoria dos deveres fundamentais.

### **3. DEVER FUNDAMENTAL DOS DETENTORES DE CARGOS ELETIVOS NO PARLAMENTO E CHEFIA DO PODER EXECUTIVO ENQUANTO PESSOAS NATURAIS EM POSSIBILITAR O CONTROLE SOCIAL**

Para além dos controles internos que cada órgão pode e deve fazer sobre seus atos e seus agentes, do controle externo atribuído pela Constituição Federal ao legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas sobre todos aqueles que fazem uso de recursos públicos e do patrimônio público, mister se faz que o destinatário do serviço público possa verificar a sua conformidade.

Daí que existe a regra da necessidade de publicação dos atos estatais no país, existência de impostômetro, de vacinômetros, de lei de acesso à informação, ouvidorias nos órgãos públicos, de canais de denúncia, da participação popular em audiências públicas, entre outros exemplos de atuação popular no controle da ação estatal.

Para que isso ocorra, é necessário que o administrado tenha acesso aos dados públicos e à destinação das verbas públicas. Sem informação e transparência, resta inviável realizar o controle social.

Desse modo, enquanto de um lado existe um direito fundamental do utente do serviço público à informação, há um encargo do Estado na prestação de contas e no fornecimento de informações aos administrados.

---

21 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 36. ed. 2 reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 931.

Pela teoria do órgão, na prática, a ação estatal se realiza por meio de agentes públicos e suas ações na função pública são atribuídas ao Estado. Mas, esses agentes são pessoas naturais que para além de seus deveres inerentes à função pública que ocupam também possuem deveres para com os demais membros da coletividade no que tange à solidariedade.

Nesta linha, a investigação trazida teve o recorte de buscar aferir se os agentes detentores de cargos políticos (Parlamentares e Chefe do Poder Executivo) enquanto pessoas naturais (para além desse dever funcional enquanto aqueles que atuam na função pública) também possuem um dever fundamental de possibilitar o controle social.

Como observado, os Parlamentares possuem suas funções estabelecidas na Constituição Federal, tal como ocorre com o chefe do Poder Executivo. Ademais, registrou-se que a doutrina constitucional elenca para além das funções típicas de cada poder, a realização de funções atípicas.

No caso, por exemplo, quando o Parlamentar realiza um concurso público ou quando o Poder Executivo instaura um procedimento licitatório para aquisição de viaturas oficiais, por exemplo, estarão a realizar a função administrativa. Devem, necessariamente, obediência às premissas do artigo 37 do texto magno, incluindo-se neste tocante a publicidade.

Esses agentes públicos devem viabilizar esse controle social. É vedado, portanto, conduta omissiva desse grupo enquanto pessoas naturais, no sentido de não obstar, frustrar ou macular o controle social sob pena de ferimento aos ideais do Estado Democrático de Direito, por não estarem sendo solidários.

Assim, atos de sonegar informações, macular dados ou protelar processos atentam contra a res pública, contra a democracia e representam a antítese da solidariedade. O desrespeito à prestação de contas é uma postura inconstitucional, pois lembra-se que o parágrafo único do artigo 70 da Lei Maior determina a obrigatoriedade da prestação de contas por qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União.

Com base na fenomenologia, que para Husserl<sup>22</sup>, designa uma ciência, uma conexão de disciplinas, o método especificamente filosófico permite o desvelamento do ente e chega-se à resposta do problema: a natureza jurídica do encargo atinente à promoção do controle social por parte dos Parlamentares e Chefe do Executivo, enquanto pessoas naturais, é de dever fundamental, com base na solidariedade.

O fundamento dessa resposta encontra-se exatamente na teoria dos deveres fundamentais. Para justificar o aqui observado, merece ser destacado, consoante exposto por Gonçalves e Autor 2<sup>23</sup>, o conceito de deveres fundamentais

22 HUSSERL, Edmund. A ideia da fenomenologia. Lisboa: Edições 70, 2015, p. 44.

23 GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; Autor2. Dever fundamental: a construção de um con-



cunhado no Grupo de Pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais” da Faculdade de Direito de Vitória – FDV:

Dever fundamental é uma categoria jurídico-constitucional, fundada na solidariedade, que impõe condutas proporcionais àqueles submetidos a uma determinada ordem democrática, passíveis ou não de sanção, com a finalidade de promoção de direitos fundamentais.

A Constituição Federal expressamente preconiza que a construção de uma sociedade justa, livre e solidária é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Daí que para além de seus deveres funcionais decorrentes da função pública exercida, os detentores de cargos políticos, enquanto pessoas naturais e indivíduos membros de uma comunidade de livres e iguais, possuem um dever fundamental de solidariedade.

Como lembra Diniz<sup>24</sup>, “a ideia de solidariedade acompanha desde os primórdios a evolução da Humanidade. Aristóteles, por exemplo, em clássica passagem, afirma que o Homem não é um ser que possa viver isolado; é ao contrário, ordenado teleologicamente a viver em sociedade”.

A imposição de deveres fundamentais guarda relação com o Estado democrático de direito, à medida que se espera uma série de condutas por parte dos concidadãos, pautadas na solidariedade de modo a concretizar direitos fundamentais.

Nabais<sup>25</sup>, acerca da relevância dos deveres fundamentais, propõe que estes devam ser colocados em mesmo plano que os direitos fundamentais: um estatuto tem duas faces, ambas igualmente importantes para compreender o lugar que a pessoa humana deve ter na constituição do indivíduo, constituição que, como é bom de ver, deve estar em primeiro lugar. A seguir, Nabais<sup>26</sup>, pontua que sob o aspecto da sua fundamentação lógica, os deveres são expressão da soberania fundada na dignidade da pessoa humana.

Portanto, o dever fundamental de possibilitar o controle social está relacionado ao direito fundamental à informação, garantido pela Lei Maior. Inviabilizar o controle social, portanto, significa atentar contra um direito fundamental do administrado à informação.

---

ceito. In: MARCO, Cristian Magnus de; PEZZELA, Maria Cristina Cereser; STEINMETZ, Wilson (Orgs). Teoria geral de mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha: Tomo I. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013. Série Direitos Fundamentais Civis, p.92.

24 DINIZ, M. A. de V. Estado social e o princípio da solidariedade. Revista de Direitos E Garantias Fundamentais. n.º 3, 2008, p. 32. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/51/48>. Acesso em 05 set. 2024.

25 NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. Revista de Direito Mackenzie, ano 3, volume 2, 2002, p. 12. Disponível em: <https://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7246/4913>. Acesso em: 3 set. 2024.

26 NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. Revista de Direito Mackenzie, ano 3, volume 2, 2002, p. 15. Disponível em: <https://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7246/4913>. Acesso em: 3 set. 2024.

Sobre essa relação, naquilo que denomina de “*universally borne*”, Edmundson<sup>27</sup> traz o viés de que há um dever de obediência à lei e “sua aplicação é para todos aqueles submetidos a um determinado ordenamento jurídico e que estaria sujeito à sanção em caso de descumprimento da lei”.

Corroborando a definição de que tal encargo corresponde a um dever fundamental, Martínez<sup>28</sup> observa que os deveres correlativos ao direito subjetivo podem ser positivos se consistirem em um fazer ou negativos se consistirem em não fazer ou omitir.

Na hipótese prevista neste estudo, os agentes políticos possuem um encargo positivo de possibilitar o controle social e outro negativo, qual seja, o de não obstruir o controle social, tese esta que se amolda e encontra-se em harmonia com o pensamento de Martínez.

Cabe sublinhar que consoante destacam Pontini e Autor<sup>29</sup> “a questão dos deveres fundamentais não mais deve ser vista como um tabu, mas sim como uma necessidade fundante da sociedade moderna e dos novos modelos de Estado, sendo uma maneira de se efetivar os direitos fundamentais”.

Na busca por essa resposta, a partir da observação de Vieira e Pedra<sup>30</sup>, “é preciso compreender os deveres fundamentais não como um contraponto ou mitigador de direitos, mas sim como um provedor ou promotor destes”. Assim, este dever fundamental viabilizaria o direito fundamental dos utentes do serviço público ao controle da Administração Pública.

Afinal, tais representantes do povo, o são em caráter temporário. Essa representação se dará por tempo determinado e os parlamentares e chefes dos Poderes Executivos possuirão um mandato que os legitime. Nesse diapasão, resta claro que eles não serão os donos do poder e nem mesmo terão cadeira perpétua nas funções públicas que estiverem a exercer. Pelo contrário: estarão transitoriamente representando os interesses dos cidadãos, membros da coletividade por um tempo fixo e suas ações estarão adstritas às funções do cargo que desempenharem.

27 EDMUNDSON, William A. The duty to obey the law. Legal Theory. University of San Diego School of Law: 2004, p. 216.

28 MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. Los deberes fundamentales. Doxa. Alicante, nº 04, 1987, p. 336 (tradução livre). Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/1987-n4-los-deberes-fundamentales>. Acesso em 02 set. 2024.

29 PONTINI, Ramon Armani; Autor2. O dever fundamental dos pais e tutores de colaborar para com o sistema de saúde público por meio da vacinação de seus filhos e tutelados. Derecho Y Cambio Social, nº 55, 2019, p. 15. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/520569>. Acesso em 03 set. 2024.

30 VIEIRA, Pedro Gallo; PEDRA, Adriano Sant’Ana. O rol de deveres fundamentais na Constituição como numerus apertus. Derecho y cambio social, Lima, 2013, p. 3. Disponível em: [https://www.derechoycambiosocial.com/revista031/o\\_rol\\_de\\_deveres\\_fundamentales.pdf](https://www.derechoycambiosocial.com/revista031/o_rol_de_deveres_fundamentales.pdf). Acesso em: 3 set. 2024.

Essas pessoas detentoras de mandatos políticos desempenham funções públicas e estarão vinculadas aos comandos constitucionais e legais que regem o agir estatal, uma vez que toda a Administração Pública assim estará abarcada. Além de exercerem um múnus público e representarem indiretamente o povo à luz do que permite a Constituição, os detentores de cargos políticos possuem encargos enquanto pessoas naturais, pautadas na solidariedade. Costa e Autor<sup>31</sup>, ao abordarem a solidariedade lecionam que “genericamente, pensar a existência de um dever fundamental exige a considerar que o próprio ordenamento jurídico impõe às pessoas a busca por uma sociedade solidária (art. 3.º, I)”.

Para além de suas obrigações funcionais, regimentais, estatutárias e legais enquanto exercentes de funções públicas, atinentes à liturgia do cargo, eles possuem deveres enquanto pessoas naturais. Em sendo membros de uma coletividade de livres e iguais, esses detentores de poder devem propiciar o controle popular. É algo além da função política atrelada ao Estado, que é desempenhada por essas pessoas.

Pelas atribuições normativas, os parlamentares e chefes do executivo possuem uma gama de deveres legais e constitucionais de prestação de contas, fornecimento de informações solicitadas pelos administrados, publicações de atos públicos. Por outro lado, enquanto pessoas naturais eles devem, ainda, ser solidários com seus concidadãos e viabilizar o controle social.

Ou seja, se hipoteticamente pela liturgia do cargo determinado parlamentar venha a omitir dados de uma licitação, por exemplo, não permitindo a devida análise pelo povo, estará tendo um comportamento que atenta contra os ideais democráticos insculpidos no texto magno. Quando uma informação é solicitada com base na Lei de Acesso à Informação e, também hipoteticamente, um chefe do Poder Executivo determina que o seu assessor não forneça os dados ou que o faça de modo maculado estará de mesmo modo agindo contrariamente à solidariedade.

Portanto, para além de eventuais sanções nas searas civil, penal, administrativa, e até mesmo de improbidade administrativa (se for o caso), atinentes à função pública, um detentor de cargo político que não viabilizar o controle social estará atentando enquanto pessoa natural contra a própria sociedade na qual está inserido, deixando de ser solidário.

Foi exatamente este o objeto do estudo em tela: aferir se o encargo dos parlamentares e chefe do Executivo, enquanto pessoas naturais, de possibilitar o controle social corresponde a um dever fundamental. Desta feita, a pesquisa

---

31 COSTA, Luís Otávio Monteiro; Autor2. Deveres fundamentais e soberania popular: a desobediência civil como mecanismo de participação democrática e promoção de direitos fundamentais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.1, 1º quadrimestre de 2018, p. 327. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/12629/7158>. Acesso em: 3 set. 2024.

analisou a perspectiva não sob a ótica das obrigações estatais, aquelas regimentais decorrentes da cadeia pública que ocupam esses agentes e sim sob o enfoque das responsabilidades inerentes às pessoas naturais.

Com isto em mente, os agentes públicos detentores de mandatos políticos além do dever fundamental de publicidade enquanto agentes estatais à luz do artigo 37 da Constituição, possuem como pessoas naturais, um dever fundamental de permitir o controle social a ser realizado pelos seus concidadãos. Esta ação materializa o direito fundamental à informação, consubstanciada na solidariedade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo objetivou-se analisar o encargo atinente aos Parlamentares e ao Chefe do Poder Executivo, enquanto pessoas naturais, em possibilitar o controle social por meio da publicidade de seus atos.

Trata-se de tema de grande importância, uma vez que o administrado é titular do direito fundamental à informação, mas que parte da coletividade sequer sabe que possui. Neste sentido, restou invocado que a Administração Pública, deve sempre atuar em prol do bem comum e em respeito ao ordenamento jurídico pátrio.

Descortinou-se que a Constituição Federal, entre outros princípios, exige que a conduta estatal seja pautada na legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Assim, o agir estatal deve ser balizado pela norma e o agente público que atua em nome do estado deve respeitar a vontade coletiva insculpida na lei.

Como a Administração Pública está a gerir o que é de todos, seus atos precisam ser controlados de modo a verificar-se eventual ilegalidade e descompasso com a norma. Uma dessas formas de controle é aquele denominado de social, realizado pelo próprio utente do serviço público.

Desse modo, surgiu o seguinte problema de pesquisa: há um dever fundamental dos parlamentares e chefe do Poder Executivo, enquanto pessoas naturais, de possibilitar o controle social?

Foi então descortinado que, enquanto pessoas naturais detentoras de mandato para representar os interesses do povo, essas pessoas realizam funções típicas parlamentares e administrativas, devendo, sempre, agir de modo solidário. Assim, exige a Constituição Federal não podendo usar de poderes que possuem pelo cargo que ocupam para inviabilizar o direito fundamental de seus concidadãos.

Desta feita, com amparo no método fenomenológico, desvelou-se o ente, chegando-se à resposta de que a natureza jurídica de tal encargo é de dever fundamental, comprovando-se a hipótese da pesquisa e assim respondendo de modo afirmativo ao indagado. O embasamento teórico para tanto foi apresentado a partir de uma análise bibliográfica da teoria dos deveres fundamentais.

Portanto, o controle social, escopo dessa pesquisa é um dos mais relevantes aspectos para o bom andamento da máquina pública e para uma eficiente gestão da coisa pública. Através dele é possível que os administrados tenham ciência de como estão sendo empregados os recursos públicos e como a Administração Pública está gerindo o patrimônio público.

O conhecimento acerca de sua legitimidade para controlar as ações do Estado e verificar se o seu direito fundamental à boa administração pública está sendo respeitado não chega para parte dos brasileiros. Muitos sequer sabem as ferramentas que possuem para fiscalizar o Estado e é primordial que “se vire esse jogo”, levando ao alcance de cada vez mais brasileiros que todos são legitimados a fiscalizar as ações da Administração Pública.

A publicidade deve ser ampla e estar disponível para toda a sociedade em linguagem clara e de fácil acesso. Preferencialmente deve estar veiculada em mais de um local, como por exemplo site dos entes, átrio das repartições públicas e jornais de grande circulação. A publicidade em diário oficial sem clara indicação da parte que contrata com o Estado, bem como do objeto do contrato e duração do pacto, na prática tem um efeito nulo e não cumpre o dever. Neste contexto, a Lei de acesso à informação representa um marco no que tange à publicidade dos atos estatais no país. Contudo, novas práticas devem ser experimentadas no Brasil em prol do povo soberano.

Na França, por exemplo, nas *villes* (Cidades) há pelo menos um painel de fácil visualização com publicações e avisos da Administração Pública para o utente do serviço público. Tudo isso de forma objetiva e cristalina. Ou seja, se uma pessoa não tiver habilidade com a internet para desvendar o local no site do órgão em que são veiculadas as prestações de contas, próximo de sua residência ele terá acesso. Arrendar esse *case*, pode ser uma ótima alternativa de governança pública eficiente.

Portanto, é imperioso conscientizar que todos os agentes públicos no exercício de suas funções estão a representar o Estado, cujo desiderato é atender ao bem comum. No caso do recorte desta pesquisa, os detentores de cargos políticos, uma vez eleitos para representar o povo, enquanto na função pública, gerindo verbas públicas e realizando atos inerentes às funções públicas possuem um dever fundamental de prestar contas à sociedade e de dar ampla e irrestrita publicidade aos seus atos, à luz de solidariedade.

## REFERÊNCIAS

ALVES, F. D.; LEAL, M. C. O direito fundamental ao bom governo e o dever de proteção estatal: uma análise das competências federativas à implementação de políticas públicas de prevenção e repressão aos atos de malversação do patrimônio público. *Revista de Direitos E Garantias Fundamentais* 21(2), 11-46,

2020. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1487>. Acesso em 05 set. 2024.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 2 set. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm). Acesso em: 2 set. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 12.257, de 18 de novembro de 2011**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm). Acesso em 18 de setembro de 2024.

BRASIL. **Lei n.º 13.460, de 26 de junho de 2017**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13460.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13460.htm). Acesso em 18 de setembro de 2024..

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 37. ed. Barueri: Atlas, 2023.

COSTA, Luís Otávio Monteiro; Autor 2. Deveres fundamentais e soberania popular: a desobediência civil como mecanismo de participação democrática e promoção de direitos fundamentais. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí**, v.13, n.1, 1º quadrimestre de 2018. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/12629/7158>. Acesso em: 3 set. 2024..

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 36. ed. 2 reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

DINIZ, M. A. de V. Estado social e o princípio da solidariedade. **Revista de Direitos E Garantias Fundamentais**. n.º 3, p. 31-48, 2008. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/51/48>. Acesso em 05 set. 2024.

EDMUNDSON, William A. *The duty to obey the law*. Legal Theory. University of San Diego School of Law: 2004.

Autor 2. Direitos e garantias fundamentais no século 21: os desafios no plano da efetividade. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, [S. l.], n. 3, p.

9–10, 2007. DOI: 10.18759/rdgf.v0i3.49. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/49>. Acesso em: 5 set. 2024.

FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; Autor 2. Dever fundamental: a construção de um conceito. In: MARCO, Cristian Magnus de; PEZZELA, Maria Cristina Cereser; STEINMETZ, Wilson (Orgs). *Teoria geral de mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha : Tomo I*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013. Série Direitos Fundamentais Civis. p. 87-96..

HUSSERL, Edmund. **A ideia da fenomenologia**. Lisboa: Edições 70, 2015.

LYOTARD, Jean-François. **La phénoménologie**. 2. ed. Presses Universitaires de France: 2015. Paris.

MAZZA, Alexandre. **Curso de Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista de Direito Mackenzie**, ano 3, volume 2, p- 9-30, 2002. Disponível em: <https://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7246/4913>. Acesso em: 3 set. 2024.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e justiça internacional**. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Los deberes fundamentales**. Doxa. Alicante, nº 04, p. 329-341, 1987. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/1987-n4-los-deberes-fundamentales>. Acesso em 02 set. 2024.

PONTINI, Ramon Armani; Autor 2. O dever fundamental dos pais e tutores de colaborarem para com o sistema de saúde público por meio da vacinação de seus filhos e tutelados. **Derecho Y Cambio Social**, nº 55, 2019. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/520569>. Acesso em 03 set. 2024.

REBELO DE SOUSA, Marcelo. MATOS, André Salgado de. **Direito administrativo geral. Tomo I. Introdução e princípios fundamentais**. 3ª ed. Alfragide: Dom Quixote, 2008.

SANTOS, Fernanda Marinela de Sousa. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020

VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

VIEIRA, Pedro Gallo; PEDRA, Adriano Sant'Ana. O rol de deveres fundamentais na Constituição como *numerus apertus*. **Derecho y cambio social**, Lima, 2013. Disponível em: [https://www.derechoycambiosocial.com/revista031/o\\_rol\\_de\\_deveres\\_fundamentais.pdf](https://www.derechoycambiosocial.com/revista031/o_rol_de_deveres_fundamentais.pdf). Acesso em: 3 set. 2024.

Recebido em: 29/01/2025

Aprovado em: 24/04/2025



# A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA COMO REGULADORA DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO

## THE BRAZILIAN CONSTITUTION AS THE REGULATOR OF THE RELATIONSHIP BETWEEN INTERNATIONAL LAW AND BRAZILIAN DOMESTIC LAW

LUCAS CARLOS LIMA \*

### RESUMO

Este estudo busca refletir sobre o papel da Constituição Brasileira de 1988 na definição da relação entre o direito brasileiro e o direito internacional. O objetivo é investigar como os dispositivos constitucionais e sua interpretação determinam as regras que regem a interação entre esses dois ordenamentos jurídicos. A partir da análise da prática interpretativa do sistema de competências estabelecido na Constituição e da evolução da interpretação dos princípios do Artigo 4º, argumenta-se que a Constituição de 1988 estabelece diretrizes fundamentais para os valores defendidos pelo Estado brasileiro na ordem internacional, mas não se limita a eles. Elementos significativos dessa relação transcendem o texto constitucional e se manifestam no corpo de decisões das cortes brasileiras, especialmente do Supremo Tribunal Federal, conferindo aos juizes nacionais um papel central na definição dessa interação e na atualização das relações previstas na Constituição.

**PALAVRAS-CHAVE:** Relação entre Direito Internacional e Direito Brasileiro. Artigo 4º da Constituição Federal. Competências Internacionais do Estado Brasileiro.

### ABSTRACT

*This study examines the role of Brazil's 1988 Constitution in shaping the relationship between domestic and international law. It explores how constitutional provisions and their interpretation define the legal framework governing the interaction between these two systems. By analyzing the interpretative practice surrounding the constitutional allocation of powers and the evolving interpretation of the principles outlined in Article 4, this study argues that the 1988 Constitution establishes fundamental guidelines for Brazil's stance in the international legal order, though it does not exhaustively determine its scope. Significant aspects of this relationship extend beyond the constitutional text and are reflected in judicial rulings, particularly those of the Supreme Federal Court. This dynamic positions national judges as key actors in defining the interplay between legal systems and in updating the constitutional framework governing these interactions.*

**KEYWORDS:** *Relationship between International Law and Brazilian Law. Article 4 of the Federal Constitution. International Powers of the Brazilian State.*

## 1. INTRODUÇÃO

Constituições são os portões que controlam as relações entre o direito internacional e as ordens jurídicas nacionais. Seus quadros normativos ofere-

\* Doutor em Direito Internacional pela Università degli Studi di Macerata, Itália. Realizou período de estudos pós-doutorais na Université Paris I Panthéon Sorbonne, França. Professor de Direito Internacional na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Cortes e Tribunais Internacionais CNPq/UFMG.

E-mail: lclima@ufmg.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8643-6547>.

cem indicações duradouras aos poderes estatais nacionais de como agir internacionalmente, bem como incorporar, aplicar e até mesmo filtrar os comandos jurídicos oriundos do ordenamento jurídico internacional. Entretanto, o tratamento dado aos temas internacionais não é homogêneo em todos os instrumentos constitucionais. As constituições são variáveis em relação aos assuntos internacionais abordados em seu conteúdo. Se o artigo 55º da Constituição francesa estabelece, por exemplo, que “tratados ou acordos que tenham sido devidamente ratificados ou aprovados têm, a partir do momento de sua publicação, uma autoridade superior à das leis”<sup>1</sup> e o artigo 10º da Constituição italiana determina que “o ordenamento jurídico italiano se conforma às normas de direito internacional geralmente reconhecidas”,<sup>2</sup> nem todas as constituições possuem disposições similares.

Apesar do tratamento não uniforme do direito internacional nas diferentes constituições dos estados, existe uma gama de assuntos que parece ser comum encontrar num exame comparado de constituições: competências relativas à adoção de normas no plano internacional, procedimentos para incorporação de normas internacionais no plano doméstico, regras relativas à adesão e implementação relativa a organismos internacionais, hierarquia de normas internacionais no plano doméstico, matérias relativas a proteção de direitos humanos e estrangeiros, regulação do uso da força e declaração de guerra, divisão de competência interna entre os poderes em matérias internacionais e, em tempos recentes, regras relativas a tribunais internacionais e suas sentenças.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não é exceção e inclui diversos dispositivos regulando a relação entre as ordens jurídicas interna e internacional. Contudo, a opção do constituinte foi muito mais no sentido de estabelecer competências entre os poderes e deixar certos silêncios a serem preenchidos pela prática desses mesmos poderes do que traçar balizas claras entre o ordenamento internacional e o ordenamento brasileiro – apesar da existência e conhecimento de certos problemas dessa relação por parte da ciência jurídica brasileira nacional.<sup>3</sup> Por exemplo, na Constituição de 1988 não existem dispositivos relativos à incorporação do direito costumeiro ou à hierarquia dos tratados internacionais uma vez incorporados. Também não é clara no texto constitucional a necessidade de participação parlamentar no caso de saída de tratados ou de organizações internacionais. Esses silêncios foram posteriormente colmados pela prática do executivo, do legislativo e do judiciário, com predominância do Supremo Tribunal Federal como o órgão que oferece a “primeira” última palavra em termos de direito internacional. “Primeira” porque a

---

1 FRANÇA. Constitution française du 4 octobre 1958.

2 ITÁLIA. Costituzione della Repubblica Italiana, de 22 de dezembro de 1947.

3 Ver, por exemplo: MAGALHÃES, 2015. Ver também: MELLO, 2000.

via legislativa de regulamentação de matérias internacionais está sempre aberta em matérias não reguladas na constituição, embora pouco utilizada.

De maneira bastante particular, o artigo 4º da Constituição Federal estabelece os princípios que regem as relações internacionais da República Federativa do Brasil. Como se sabe, tal dispositivo passou por um intrincado processo de construção que tensionava distintos interesses de grupos sociais.<sup>4</sup> Em tempos recentes, o Supremo se tem valido do artigo 4º interpretativamente para decidir questões relativas à relação entre o ordenamento brasileiro e o ordenamento internacional, de maneira que sua importância parece aumentar como instrumento normativo da política externa jurídica brasileira. O uso interpretativo de dispositivos constitucionais amplos para resolução de questões concretas naturalmente não é um fenômeno surpreendente, mas traz com ele certas repercussões. Se a constituição é um instrumento vivo, seus comandos e a maneira como esses comandos são interpretados são elementos inovadores na relação entre o ordenamento jurídico internacional e o ordenamento jurídico brasileiro.

O objetivo desse ensaio é refletir sobre o papel da Constituição Brasileira de 1988 como definidora da relação entre o direito brasileiro e o direito internacional. Obviamente, ao se referir à Constituição de 88, faz-se referência também às suas emendas, em especial à emenda nº 45/2004 que inseriu importantes modificações em matérias relativas a tratados internacionais de direitos humanos.<sup>5</sup> O escrito não examinará toda a prática relativa à relação entre o direito doméstico e o direito internacional, algo que já foi feito doutrinariamente em diversas sedes, sobretudo manualísticas, mas exclusivamente como os dispositivos constitucionais definem as regras da relação entre os dois ordenamentos jurídicos.

## **2. A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA COMO DELIMITADORA DAS COMPETÊNCIAS DOS ÓRGÃOS NACIONAIS EM RELAÇÃO AOS ATOS INTERNACIONAIS.**

Prática típica de textos constitucionais ocidentais, a Constituição brasileira de 1988 é uma constituição que se preocupa em estabelecer competências em relação aos atos internacionais que serão realizados por agentes estatais.<sup>6</sup> Essa característica a diferencia das constituições brasileiras anteriores que, se não ignoram por completo o direito internacional e as orientações à política externa brasileira, não as enfrentam de forma tão expressiva.<sup>7</sup> Baseada no prin-

---

4 Sobre o tema ver BELÉM LOPES; VALENTE, 2016; ver também: DINIZ, 1991; DALLARI, 1994.

5 BRASIL. Constituição Federal. Emenda Constitucional nº 45 de 31 de dezembro de 2004. Ver, sobre: BANDEIRA, 2005.

6 MOHN, 2010.

7 Sobre os variados modelos de enfrentamento da questão do direito internacional pelas constituições brasileiras, ver: GALINDO, 2022. Para uma análise histórica dos primeiros engagements das instituições constitucionais brasileiras com temas de direito internacional, ver:

cípio de equilíbrio e separação dos poderes, essas disposições visam privilegiar a ação do Executivo na condução das ações internacionais, ao mesmo tempo em que, regendo-se por princípios da cláusula democrática e de pesos e contrapesos, limita esse poder com a participação do Legislativo, bem como permite o controle de determinados temas por parte do Judiciário. A questão da judicialização da política externa é um tema cada vez mais frequente perante cortes e tribunais internacionais.<sup>8</sup>

Um exemplo típico se colhe do Art. 21 da Constituição que determina uma dimensão das competências internas sobre temas internacionais, a saber, a manutenção de relações com Estados estrangeiros, o ingresso em organizações internacionais e a declaração e celebração da guerra e da paz. Segundo o dispositivo, todos esses atos são prerrogativas da União, não podendo ser praticados por outros entes federados. Não obstante, o Art. 49, II condiciona o dispositivo anterior ao afirmar que cabe exclusivamente ao Congresso Nacional “autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente”. Logo, a prática de tais condutas pelo Poder Executivo, embora de competência exclusiva deste último, só pode se dar mediante autorização do Poder Legislativo federal.

Tema clássico em matéria constitucional é a celebração e a incorporação de tratados internacionais, que possui impactos também no ordenamento internacional, segundo as regras costumeiras refletidas na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969.<sup>9</sup> Mais uma vez, o legislador constitucional de 1988 deu ênfase ao papel do executivo, submetendo-o ao crivo do legislativo, como se verá.

## 2.1 INCORPORAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS.

O tema da incorporação de tratados internacionais é um clássico da teoria jusinternacionalista no Brasil<sup>10</sup> – e insere-se na discussão maior relativa ao caráter monista ou dualista do engajamento brasileiro em relação ao direito internacional.<sup>11</sup> Uma série de Artigos (21, 49, 84, 104, 109, 178) dedica-se a tratar do tema da distribuição de competências para a celebração, ratificação e adjudicação de tratados internacionais no ordenamento brasileiro. Segundo o Art. 84, VIII “compete exclusivamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso

---

CERVO, 1981.

8 BADIN, 2006.

9 Ver, sobre: CACHAPUZ DE MEDEIROS, 1995.

10 Ver, por exemplo: ACCIOLY, 1948. Ver também: BEVILAQUA *In*: CACHAPUZ DE MEDEIROS, 2000. p. 347–354. Para um exemplo mais recente, ver: GALINDO, 2002.

11 BASTO LUPI, 2009.

Nacional.” A previsão estabelece uma participação dual dos Poderes Executivo e Legislativo na incorporação do direito internacional convencional na ordem interna, na medida em que cabe unicamente ao primeiro contrair direitos e obrigações no plano internacional – isto é, negociar e eleger soberanamente a quais instrumentos o Brasil subscreverá – enquanto cabe ao segundo assegurar que tais instrumentos sejam adjudicados no plano interno, na medida em que não contradigam a Constituição Federal e sejam compatíveis com o interesse nacional politicamente compreendido pelo próprio Congresso Nacional. Cabe também recordar que a competência presidencial para a celebração de tratados é exclusiva, não havendo possibilidade de delegação para outro sujeito ou instituição integrante do Estado brasileiro. Isso não significa que não exista prática de entidades subnacionais como ministérios ou Estados da federação realizando acordos com outras entidades, o que gera uma série de outros interessantes – e resolvíveis – problemas jurídicos.<sup>12</sup>

O Art. 49, I avança um passo além sobre as prerrogativas do Poder Legislativo no processo de conclusão e incorporação de tratados. Segundo o dispositivo, é competência exclusiva – portanto, indelegável – no Congresso Nacional, “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos graves ao patrimônio nacional”. Uma interpretação ligeiramente mais extensiva do dispositivo permitiria compreender que o Poder Executivo estaria livre para celebrar acordos não gravosos ao patrimônio público, os quais se tornariam eficazes automaticamente após a sua conclusão, sem necessidade de aprovação legislativa, os assim chamados “acordos executivos”, prática bem assentada no ordenamento brasileiro<sup>13</sup> e necessária à celeridade da vida internacional.<sup>14</sup>

O processo de incorporação dos tratados no ordenamento brasileiro é composto de várias etapas as quais mobilizam diferentes agentes a nível federal. Inicia-se com a decisão do Presidente da República, normalmente assessorado pelo Ministro das Relações Exteriores e pelo corpo diplomático, de contrair direitos e obrigações a partir da assinatura de um tratado internacional. O tratado assinado é então enviado ao Congresso Nacional, o qual dá início ao processo legislativo ordinário que o conduzirá à incorporação ao ordenamento nacional. A tramitação ocorre de modo separado entre as duas Casas Legislativas, com passagem pelas Comissões pertinentes à matéria do tratado, somadas às Comissões de Constituição e Justiça e de Relações Exteriores. Se aprovado pelo quórum exigido para a promulgação de lei ordinária, o tratado é conduzido novamente à Presidência da República. Enfim, cabe ao Presidente a pro-

---

12 OEA. COMITÊ JURÍDICO INTERAMERICANO, 2020. Ver também: LIMA, 2020.

13 Ver, sobre acordos executivos: REZEK, 1984. Ver também: KOLB, 2017.

14 CANÇADO TRINDADE *In*: CACHAPUZ DE MEDEIROS, 2008. p. 463-465. Ver também: ALMEIDA, 2013.

mulgação de Decreto, tornando eficaz o instrumento no direito brasileiro, bem como a informar os organismos internacionais interessados – notadamente, o Secretariado Geral da ONU. A necessidade da transformação da norma jurídica internacional em norma jurídica interna, entre outros argumentos, parece sugerir uma filiação a uma certa concepção predominantemente dualista das relações entre ordenamentos.

## **2.2 AS COMPETÊNCIAS JUDICIAIS PARA ADJUDICAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS.**

A Constituição também estabelece as competências do STF, do STJ e da Justiça Federal para a adjudicação de tratados nos artigos 103, 105<sup>15</sup> e 109.

O fato que o Brasil transforme os tratados internacionais em regramentos internos tem como consequência a exequibilidade direta dentro do ordenamento brasileiro das obrigações contraídas e, enquanto regras compondo o ordenamento, são passíveis de controle judicial. A nível judicial, o engajamento com o direito internacional revela-se condicionado pela prática dos tribunais. Se a Constituição é pretensamente silente quanto a temas importantes do direito das gentes, trata-se de um silêncio eloquente, pois abre margem para a prática judicial definir outras específicas questões, sobretudo nos tribunais superiores. Ilustrativamente, o Ministro Celso de Mello, em voto em Habeas Corpus, já afirmou que “o Poder Judiciário constitui o instrumento concretizador das liberdades civis, das franquias constitucionais e dos direitos fundamentais assegurados pelos tratados e convenções subscritos pelo Brasil.”<sup>16</sup>

## **2.3 HIERARQUIA DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.**

Compreendido o modelo de incorporação dos tratados no ordenamento interno brasileiro, surge a questão de determinar sua hierarquia e posição no seio desta mesma ordem. Até o ano de 1977 – isto é, antes da promulgação da Constituição Federal hoje em vigor – os tratados tinham primazia sobre o direito nacional, sendo considerados superiores em relação à legislação promulgada domesticamente.<sup>17</sup> Todavia, naquele ano, o STF foi convocado a enfrentar uma controvérsia envolvendo um conflito normativo entre a Convenção para a adoção de legislação uniforme em matéria de letras de câmbio e notas promissórias (Convenção de Genebra de 1930) e o Decreto Lei nº 427 promulgado em 1969.

---

15 Art. 105, III, a. compete ao STJ III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

16 BRASIL, 2008, mais especificamente o Voto do Min. Celso de Mello.

17 REZEK, 1984.

Em sede de Recurso Extraordinário, o STF compreendeu que a uniformidade sobre o tema proposta pela Convenção, embora aplicável pelos tribunais domésticos, “não se sobrepõe às leis do país”.<sup>18</sup> Ter-se-ia assim, aderido a um severo dualismo. Em paralelo, o STF aplicou o princípio “lei posterior derroga lei anterior”, argumentando que a anterioridade cronológica da Convenção deveria fazê-la ceder diante da norma interna. Desde então, todos os instrumentos internacionais incorporados ao ordenamento brasileiro passaram a ser considerados com o status de lei ordinária vez que é por meio do Decreto Presidencial promulgando o conteúdo do tratado que as obrigações internacionais são transcritas no ordenamento brasileiro.

Cabe investigar ainda o caso particular dos tratados de direitos humanos. No Art. 5º, §3 da Constituição encontra-se a norma que estabelece o status de Emenda Constitucional dentro do ordenamento doméstico para os tratados de direitos humanos “que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros”. O dispositivo foi incluído pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, de modo que não compõe o texto original da Constituição promulgada em 1988. Não obstante, há uma diferença clara entre o status normativo daqueles tratados incorporados ao ordenamento antes da promulgação da Emenda nº 45 – isto é, que não foram incorporados mediante o rito proposto pela EC – e daqueles posteriores a 2004. Em decisão sobre Recurso Extraordinário relativo à questão da prisão do depositário infiel, o STF foi convocado a solucionar o conflito entre o dispositivo da Constituição Federal que previa esta hipótese de encarceramento civil e o dispositivo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos que proibia a prisão por dívidas.<sup>19</sup> No plenário formaram-se duas teses: a primeira, advogada pelo Ministro Celso de Mello, defendia que os tratados de direitos humanos incorporados antes de 2004 deveriam ser considerados como normas constitucionais, na medida em que existiria um “Bloco de Constitucionalidade” capaz de albergá-las. Por outro lado, o Ministro Gilmar Mendes apresentou a tese da supralegalidade, anteriormente defendida pelo ministro Sepúlveda Pertence, a qual desenhava uma nova espécie normativa localizada hierarquicamente abaixo da Constituição Federal, mas acima do conjunto de leis ordinárias. A decisão, favorável à tese da supralegalidade, foi tomada por 5 votos a 4. Desde então, os tratados de direitos humanos introduzidos à ordem interna antes de 2004 são considerados como supralegais.<sup>20</sup>

---

18 BRASIL, 1977.

19 BRASIL, 2006.

20 Sobre o tema da incorporação de tratados de direitos humanos à ordem jurídica brasileira e seu status hierárquico nesta mesma ordem, ver: MAUÉS, 2013 ; BATISTA; DE FIGUEIREDO RODRIGUES; PIRES, 2008 ; PRADO, 2010.



A suprallegalidade de tratados de direitos humanos é objeto de algum debate e descontentamento por parte da doutrina. Para alguns, foi uma solução “de meio termo” que equilibra a necessidade de proteção aos direitos humanos, mas ao mesmo tempo privilegia a soberania dos ditames constitucionais. Há quem defenda que, em verdade, na prática alguns tratados de direitos humanos gozariam de status constitucional vez que os direitos nele espelhados possuem encontro no rol do artigo 5º da Constituição Federal. Trata-se, contudo, de imprecisão técnica. Uma coisa são os direitos protegidos no artigo 5º, outra coisa são as obrigações internacionalmente assumidas por um Estado em relação a respeito e proteção de direitos humanos – e aqui entra em jogo o §2º do Artigo 5º, o qual prescreve que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Desse modo, a tese da suprallegalidade – hoje ainda em vigor e reforçada no STF – parece em sintonia tanto com outros ordenamentos jurídicos como também com a necessidade de oferecer posicionamento privilegiado a tratados de direitos humanos. Como se viu em decisão recente, existe ampla possibilidade argumentativa para a consideração de certos tratados (tratados ambientais, e.g., como o Acordo de Paris) como tratados de direitos humanos e, por consequência, sua sobreposição à legislação ordinária.

Diante de eventual conflito entre tratados de direitos humanos e prescrições constitucionais, a presunção geral é a prevalência da Constituição – o que não eximiria, obviamente, o Estado brasileiro de incorrer num ato ilícito internacional. Mas não se pode olvidar que, são prescrições constitucionais tanto o respeito à igualdade soberana dos Estados quanto a proteção dos direitos humanos – segundo o art. 4º da Constituição. Como se verá, essa construção normativa constitucional brasileira permite ampla margem aos intérpretes diante de casos concretos, de proteção de valores importantes tanto ao ordenamento jurídico quanto às obrigações internacionalmente assumidas.

O problema também se coloca quando se considera os tratados aprovados pelo quórum especial. Exemplos de tratados de direitos humanos aprovados segundo o quórum do parágrafo 3º do Art. 5 são a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York (2009), o Tratado de Marrakesh para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso (2018) e a Convenção Interamericana contra Racismo, ratificada pelo Brasil em 2021. Não há casos até o presente momento de tratados de direitos humanos não incorporados pelo Congresso Nacional por insuficiência de votos favoráveis pelos parlamentares.

Pode-se conjecturar aqui qual seria a prevalência diante de um conflito entre os tratados que são emendas constitucionais e eventualmente disposições



constitucionais originárias. Obviamente que a possibilidade fática de tal abalo ocorrer parece bastante remota. Ainda assim, nesse caso, em se tratando de ambas normas constitucionais, a solução provavelmente seria a utilização de técnicas constitucionais de interpretação para a eventual resolução do caso concreto – e não uma argumentação de superioridade do direito internacional.

## 2.4 CONFLITOS ENTRE CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E ORDENAMENTO INTERNACIONAL.

A solução do status de lei ordinária e da suprallegalidade ressalta o problema de compreender quais são as consequências para o Estado brasileiro em virtude de incompatibilidade entre a obrigação do direito internacional e a obrigação no direito interno – algo também não regulado na Constituição de 1988.

Em outras palavras, as posições tomadas pelo Judiciário brasileiro sobre a relação entre os ordenamentos em virtude da interpretação da Constituição criam uma situação em que existe a possibilidade de que a legislação doméstica brasileira seja distinta do que é exigido internacionalmente do Brasil em virtude de uma obrigação assumida. Essa situação se verifica aparentemente incompatível com o ditame do artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT) de 1969, também correspondente ao direito internacional costumeiro, que prescreve não poder o direito interno servir de escusa para o adimplemento das obrigações internacionais. Em verdade, o problema deve ser analisado no interior de cada ordenamento. No ordenamento brasileiro, a fórmula do atual sistema e a posição do judiciário impõe uma supremacia constitucional e a prevalência da legislação posterior sobre as obrigações internacionais para fins de ordenamento interno.

No ordenamento internacional, em virtude do artigo 27, prevalece a obrigação internacional vez que não existe a possibilidade do uso jurídico do direito nacional para se esquivar de uma obrigação internacional. Nos termos do direito da responsabilidade internacional do estado, o direito doméstico não constitui uma excludente de ilicitude, ainda que seja uma norma constitucional. Há uma doutrina emergente em relação aos contralimites<sup>21</sup> que poderiam vir a constituir tal excludente de ilicitude, mas trata-se de um debate *de lege ferenda* muito mais que um debate sobre o atual estado do direito internacional.

Como bem recorda um dos ditames do direito internacional para o direito interno, as leis internas são meros “fatos” jurídicos que não podem gerar efeitos nas obrigações internacionais.<sup>22</sup> Desse modo, eventual decisão judicial que aplique a Constituição ou legislação posterior em detrimento da prescrição de um tratado poderá implicar num ato ilícito internacional no ordenamento

---

21 PALOMBINO, 2019.

22 CPJI, 1928.

jurídico internacional. Havendo uma obrigação, e sendo sua violação atribuível ao Estado, gera-se então a responsabilidade internacional do Estado que, segundo as regras costumeiras, está obrigado a reparar as consequências do ato ilícito, seja pela restituição, compensação ou pela satisfação.<sup>23</sup>

Contudo, é possível que a hipótese em questão não gere necessariamente um ilícito internacional ou ainda que não exista um Estado terceiro ou organização internacional interessados em reclamar o ilícito. Assim, a depender do caso, parece existir uma tendência de o ordenamento jurídico brasileiro resolver as questões em seu interior através dos critérios acima analisados. A situação se modifica e se torna mais complexa quando se trata de direitos individuais internacionalmente protegidos por tratados internacionais que empoderam o indivíduo a recorrer a instâncias internacionais para eventualmente apontar a violação das obrigações do Estado. Essas situações são mais capazes de gerar confronto entre ordenamentos e soluções devem ser tomadas caso a caso.

Uma particularidade da hierarquia estrutural dos tratados no ordenamento brasileiro é o artigo 98 do Código Tributário Nacional (CTN), que estabelece que nenhuma legislação posterior poderá alterar o que estabelecido em tratados e convenções internacionais dedicados à matéria tributária. O STF tem muito apreço por esta regra e a aplica consistentemente. Em célebre voto, o ministro Gilmar Mendes observou que “a possibilidade de afastar a aplicação de normas internacionais tributárias por meio de legislação interna está ultrapassada com relação às exigências de cooperação, boa-fé e estabilidade do atual cenário internacional”.<sup>24</sup> O Supremo Tribunal Federal ao manter coesa sua jurisprudência em matéria de tratados de ordem tributária parece privilegiar a estabilidade dos acordos comerciais em virtude de outros casos. Existem, portanto, divergências no interior da jurisprudência da Suprema Corte em relação a matéria, o que faz parecer emergir uma presunção de que, em alguns casos, o princípio da especialidade, *lex specialis derogat legi generali*, terá prevalência. O voto supracitado recentemente inspirou o STJ que, em maio de 2021<sup>25</sup>, interpretando uma convenção sobre bitributação entre Brasil e França, não apenas declarou a superioridade do tratado como especificamente interpretou a definição de lucro no interior daquela norma. Eis um exemplo clássico de juízes nacionais contribuindo à interpretação e à formação do direito internacional.

Sublinha-se também o artigo 178 da CF, recentemente invocado pelo ministro Barroso num acórdão de 2017, o qual estipula o cumprimento de acordos de transporte aéreo a exemplo da Convenção de Montreal.<sup>26</sup>

---

23 COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL [CDI], 2001; CRAWFORD, 2013.

24 BRASIL, 2022.

25 BRASIL, 2020.

26 BRASIL, 2017.; SALIBA; SOUSA, 2017.

Outra particularidade recente trata-se da Lei de março de 2019<sup>27</sup> que incorpora imediatamente sanções do Conselho de Segurança e as transforma em executáveis no ordenamento brasileiro. Trata-se de lei cuja função é o cumprimento de sanções impostas por resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, incluída a indisponibilidade de ativos de pessoas naturais e jurídicas e de entidades, e a designação nacional de pessoas investigadas ou acusadas de terrorismo, de seu financiamento ou de atos a ele correlacionados. Esta lei coloca o Brasil em consonância com outros Estados que incorporam diretamente as resoluções do Conselho de Segurança aos seus ordenamentos internos, especialmente nos casos em que as resoluções versam sobre combate ao terrorismo.

Há pouca prática nesse sentido, mas essa é uma abertura que pode gerar conflitos com normas de direitos humanos, como já ocorreu na prática internacional. Através do artigo 6º da Lei nº 13.810/2019, as resoluções sancionatórias do Conselho de Segurança das Nações Unidas e as designações de seus comitês de sanções são dotadas de executividade imediata no Brasil. Desse modo, numa representação imagética, se o ordenamento brasileiro e o ordenamento internacional podem ser projetados como duas esferas de normas que eventualmente interagem, a lei em questão cria aberturas diretas para o diálogo dessas normas, desde que cumpram o requisito específico. Não é qualquer resolução do Conselho de Segurança que gozará desse status privilegiado, mas sim apenas aquelas que cumprem os ditames da lei.

## 2.5 DENÚNCIA DE TRATADOS INTERNACIONAIS.

O silêncio da Constituição de 1988 sobre a necessidade de aprovação parlamentar ao ato do Executivo para efetuar a denúncia de tratados internacionais gerou um amplo debate doutrinal recentemente solucionado pelo STF. No passado, o entendimento era de que o poder de se retirar de um tratado internacional competia exclusivamente ao Executivo, numa posição assentada essencialmente em virtude do parecer do então Consultor Jurídico do Ministério de Relações Exteriores, Clóvis Bevilacqua. Essa é a prática em diferentes ordenamentos jurídicos.

Em 18 de agosto de 2023, o Supremo Tribunal Federal pôs fim a um longo debate sobre a necessidade de aprovação parlamentar para a saída brasileira de tratados internacionais<sup>28</sup> ao proferir a decisão sobre a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 39 ('ADI n. 39'). O Supremo Tribunal Federal determinou que “a denúncia, pelo Presidente da República, de tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, para que produzam efeitos na ordem jurí-

---

27 BRASIL, 2019

28 GARCIA, 2011.

dica interna, não dispensa a sua aprovação pelo Congresso Nacional”. Ao abrir precedente para a prática interna brasileira de retirada de tratados, a decisão contribui para uma discussão regional mais ampla a respeito da retirada de tratados e da participação democrática em atos internacionais, debate que também tem ocorrido em outras jurisdições nacionais<sup>29</sup> e na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A decisão de 2023 sobre a ADI n. 39 centra-se no Decreto Presidencial n. 2.100, de 20 de dezembro de 1996, que formaliza na ordem jurídica interna a denúncia pelo Brasil da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador. A denúncia foi contestada publicamente por supostamente diminuir direitos trabalhistas, razão pela qual os requerentes, a Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC) e outros, mobilizaram no mesmo ano de 1996 uma ação declaratória de constitucionalidade requerendo que o Supremo Tribunal Federal declarasse a validade jurídica da denúncia.

Ao decidir a controvérsia, a decisão do Supremo Tribunal Federal faz ressoar o argumento da necessidade de participação democrática na condução da política externa<sup>30</sup>, estabelecendo, assim, a necessidade de aprovação parlamentar para a retirada de tratados. Entretanto, privilegiando situações já consolidadas de denúncia de tratados, fixou a exigência apenas para futuras denúncias de tratados internacionais. Como consequência, o STF afirmou que o Decreto nº 2100 era válido - mesmo que sua denúncia não tivesse sido aprovada pelo parlamento. A decisão é mais um exemplo da crescente prática de controle do Judiciário sobre as relações exteriores<sup>31</sup>, na medida em que impõe, em nome da participação democrática, uma nova exigência de controle sobre os poderes do Executivo.

Para chegar à sua conclusão, a opinião da maioria da Corte, escrita pelo Ministro Dias Toffoli, baseou seu raciocínio em dois princípios do sistema jurídico brasileiro: primeiro, a Corte invocou o princípio da legalidade (Art. 5º, II da Constituição brasileira) e o princípio da segurança jurídica (Art. 5º, XXXVII da Constituição brasileira). De acordo com o Tribunal, o princípio da legalidade só consente a criação de novas obrigações quando estas seguem procedimentos legais e um desses procedimentos é a ação coordenada entre o Presidente e o parlamento para assumir novas obrigações internacionais. Nas palavras do Tribunal, “o artigo 49 da Constituição prescreve que é necessária uma conjugação de vontades para que o Estado brasileiro possa aderir aos termos de um

29 Ver, nesse sentido WOOLAVER, 2019; SWAINE; KLEINLEIN, 2021, p. 46-59; HELFER, *In*: LYONS, 2023, p. 67-84; DYANI-MHANGO, 2018.

30 Ver, nesse sentido, LOPES, 2008; BADIN, 2006.

31 BRADLEY, 2019; GOLIA *In*: AUST; KLEINLEIN, 2021, p. 130; BADIN; FRANÇA, 2010; BORGES, 2014.

tratado internacional” e continuou “em outras palavras, exige-se a convergência dos poderes do Presidente da República, a quem cabe celebrar o acordo, e do Congresso Nacional, a quem cabe o controle e a fiscalização, autorizando a sua ratificação pelo chefe do Poder Executivo”.

Um argumento concorrente que desempenhou um papel fundamental no raciocínio é o princípio democrático. Aplicando um argumento de paralelismo de formas, o elemento democrático desempenha um papel central, uma vez que “a possibilidade de denúncia unilateral de tratados viola o princípio democrático e a soberania popular, pois, como o tratado internacional ingressou na ordem jurídica interna por meio de um referendo do Congresso Nacional, sua supressão também pressupõe a chancela popular por meio de representantes eleitos”. Portanto, o princípio da legalidade e o princípio democrático, juntos, exigiriam que qualquer denúncia de um tratado pelo Brasil deveria seguir o mesmo procedimento para sua incorporação.

Conforme estabelecido, a tese do STF tem o risco inerente de ser praticamente ineficaz na prática presidencial da denúncia. A expressão “para que produza efeitos na ordem jurídica interna” foca essencialmente nos efeitos internos da denúncia. Por outras palavras, não impõe ao Presidente da República uma obrigação clara de consultar o poder legislativo antes de efetuar a denúncia. É possível conjecturar que uma denúncia feita pelo Poder Executivo sem a aprovação do Congresso seria considerada válida na esfera internacional. Como desenvolvimento futuro, pode ser desejável, para evitar situações inconsistentes, que os dois atos (a denúncia internacional e a revogação da lei interna) sejam realizados em conjunto. No ordenamento jurídico brasileiro, a denúncia poderia ser impugnada judicialmente, mas apenas para afastar os efeitos internos da decisão, como ocorreu na ADI n. 39. Como observou o Ministro Toffoli em relação à Convenção nº 159 da OIT, “o Brasil não está mais vinculado aos termos da Convenção, tendo em vista o reconhecimento dos efeitos da denúncia no plano internacional, o que pode ser confirmado por uma simples pesquisa no site da OIT”. Um recurso judicial posterior para declarar a nulidade de uma denúncia só teria efeitos *a posteriori* e não poderia ser tomado em consideração a nível internacional. Se o Supremo Tribunal Federal tivesse especificado que a denúncia de um tratado internacional depende de aprovação do Congresso, o STF provavelmente teria sido mais eficaz em sua tentativa de compatibilizar os poderes internacionais presidenciais com as exigências democráticas.

A decisão da ADI 39 coloca o Brasil em linha com uma série de Estados americanos que compartilham a prática de exigir consentimento legislativo para a denúncia de tratados. Essa tendência apareceu no Parecer Consultivo nº 26 de 2020 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que foi chamada a analisar, entre outros, os procedimentos e efeitos da denúncia da Convenção

Americana de Direitos Humanos.<sup>32</sup> Segundo a Corte Interamericana, “nos países em que o procedimento interno de denúncia de tratados é regulado pela Constituição, existe uma tendência marcada para exigir a participação do poder legislativo como condição necessária para uma sociedade democrática”. Parece relevante notar que a Corte falou de uma “tendência acentuada” e não de uma “prática emergente” - talvez para evitar quaisquer inferências sobre o direito internacional consuetudinário. Tendo em vista essas observações da Corte Interamericana - que identificou uma tendência semelhante em 13 outros Estados partes da Convenção Americana - é possível ler a decisão da ADI n. 39 como mais um elemento de prática que confirma a necessidade de aprovação do Congresso.

### **3. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO ARTIGO 4º COMO MODULADORES DA AÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO.**

Raros são os dispositivos constitucionais que estabelecem regras gerais para guiar as relações internacionais do Estado. O artigo 4º da Constituição Federal Brasileira possui claramente inspiração na Constituição de Portugal, que detalha os princípios jurídicos que guiarão o Estado português em suas relações internacionais. Contudo, o legislador constitucional brasileiro, diferentemente de seu congêneres português, não reservou dispositivo exclusivo para o direito internacional, servindo o artigo 4º para ambos os propósitos vez que, como se verá, muito de seu conteúdo é certamente normativo. Segundo o Artigo 4º da Constituição Federal,

A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Antes de analisar suas funções, alguns breves comentários sobre o conteúdo dos dez princípios escolhidos para figurar na Constituição brasileira. De certo modo, eles não são surpreendentes e somente alguns podem ser conside-

---

32 CtdH, 2020.

rados verdadeiramente inovadores em 1988 por serem inscritos em uma constituição.<sup>33</sup> Muitos dos princípios cristalizados no artigo 4º de certo modo apenas positivam posições bastante solidificadas da política externa jurídica brasileira – e também regras consolidadas na ordem internacional pós-45. A independência nacional, a autodeterminação dos povos, a não-intervenção, a igualdade entre os Estados, a defesa da paz, a solução pacífica dos conflitos são valores que, já positivados de um modo ou de outro na Carta da Organização das Nações Unidas, podem ser considerados regras do costume internacional já vinculantes ao Estado brasileiro. Sua inserção constitucional reforça, certamente, a eficácia desses princípios no plano do ordenamento interno. Por sua vez, não surpreende que, num país recém-saído de um regime político caracterizado como uma ditadura militar, a prevalência de direitos humanos, a concessão de asilo político e o repúdio ao terrorismo e ao racismo apareçam entre o rol de valores para guiar as relações internacionais do país. Quanto à comunidade latino-americana de nações, trata-se também do espírito do tempo que via nascer o diálogo que, posteriormente, culminaria no MERCOSUL. Fato é que a escolha desses dez princípios como valores constitucionais inseriu-os num rol especial dentro da hierarquia normativa e outorgou-lhes lugar especial no interior do ordenamento jurídico brasileiro de diferentes maneiras – também reforçando a norma costumeira internacional ao qual o Brasil já aderira.

O artigo 4º da Constituição Federal possui diferentes funções em relações ao Estado brasileiro. Ele possui pelo menos três funções identificáveis na prática nacional na medida em que cria a conformidade constitucional aos seus enunciados normativos – apesar de sua argumentável amplitude. Em primeiro lugar, ele limita a ação externa do poder público, traçando balizas normativas as quais os agentes públicos não podem ultrapassar. Como segunda função, ele limita a ação interna do poder político interno, guiando os poderes não apenas nas relações internacionais, mas também servindo de guia nas ações internas que possam repercutir internacionalmente – criando assim parâmetros para ações e normas infraconstitucionais. A terceira função, que pode ser considerada um desdobramento da primeira, diz respeito à sua aplicação normativa no âmbito do Poder Judiciário, um fenômeno cada vez mais recente, que está associado ao crescimento de matérias jurídicas internacionalizadas na apreciação jurisdicional.

No que concerne à primeira função, o conteúdo do Art. 4º é operacionalizado de forma análoga a outros conjuntos de princípios que regem determinadas atividades do Estado – por exemplo, os princípios da Administração Pública inscritos no Art. 37 da Constituição Federal.<sup>34</sup> Seu papel é coibir a ação

---

33 Sobre a função e a operacionalização dos princípios das relações internacionais na Constituição de 1988, ver: CHRISTÓFOLO, 2019.

34 Sobre o papel e a posição dos princípios no direito brasileiro, ver: BARROSO; DE BARCELLOS, 2003, p. 141-176.

ilegítima do Estado, mas, principalmente, orientar a ação dos agentes do Estado brasileiro engajados na prática externa. Isso vale, é claro, para o corpo diplomático, mas também para agentes de outros Ministérios, autarquias e agências públicas que também estão envolvidas em atividades internacionais. Trata-se de um uso bastante visível dos princípios do Art. 4º, pois encontra-se na base da formulação da política externa brasileira. É dos princípios constitucionalmente protegidos que os diplomatas lotados na Secretaria de Estado sob a liderança do Ministro de Estado das Relações Exteriores devem partir no momento de traçar qual será a posição brasileira em relação a uma resolução discutida em uma organização internacional, a uma controvérsia bilateral ou a assinatura de um tratado.<sup>35</sup> Nessas circunstâncias, os atos internacionais do Brasil não podem estar em contraste com o Art. 4º, e isso decorre de duas razões: em primeiro lugar (e de forma mais evidente) isso acarretaria na responsabilidade do autor do ato contrário a nível interno em função da discrepância entre este e a ordem constitucional; por outro lado, uma vez que os princípios do Art. 4º inserem na ordem interna diferentes normas de direito internacional (ou, pelo menos, formulações genéricas de tais normas como a “prevalência dos direitos humanos”), ações do Estado em contrariedade com estas obrigações está também em contraste com suas obrigações internacionais. Se os atos em questão puderem ser atribuídos ao Estado (por exemplo, se forem praticados por um de seus agentes públicos), é possível que a responsabilidade internacional do Estado seja acarretada. Se este for o caso, o Estado brasileiro poderá ser alvo de reclamações por reparações – seja por canais diplomáticos, seja em um tribunal internacional – e ainda vulnerável a sofrer contramedidas caso haja um Estado lesado.<sup>36</sup> Nesse sentido, os princípios do Art. 4º tem como função salvaguardar a conduta brasileira de incompatibilidades com o direito internacional e, por consequência, evitar a insurgência da responsabilidade internacional.

A segunda função opera no sentido de orientar a ação interna do Estado. Esta ação pode se dar em cumprimento de obrigações internacionais do Brasil, por um lado, ou na implementação de políticas públicas confeccionadas pelo Poder Executivo. Assim, os princípios do Artigo 4º orientam os fins e objetivos de políticas de Estado e de governo com efeitos ou inspirações internacionais. Por exemplo, a “prevalência dos direitos humanos” orienta uma variedade notável de ações do Poder Executivo em todos os níveis da Administração Pública.<sup>37</sup> Só a nível federal é possível mencionar a própria existência do Ministério de Direitos Humanos, a Política Nacional de Direitos Humanos, o Conselho Nacional dos Direitos Humanos – e os vários conselhos setoriais sobre direitos de crianças, idosos, pessoas LGBTQIA+ etc. –, o Sistema Nacional de Prevenção

---

35 LAFER, 2005.

36 KOLB, 2017, pp. 34-69.

37 MASSAÚ, 2017.



e Combate à Tortura, entre tantos outros. O mesmo princípio orientou a promulgação de legislação especializada para a implementação e garantia dos direitos humanos no Brasil de forma praticamente ininterrupta desde 1988. Alguns exemplos são a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (1996), a regulamentação do Sistema Único de Saúde (1990), o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), a Lei Maria da Penha (2006), a Lei de Migração (2017), a equiparação da injúria racial ao racismo (2023) entre tantos outros. Outro exemplo é o do Art. 4º(V) que veicula a igualdade entre Estados. A noção de que todos os Estados são iguais e soberanos está inscrita em iniciativas variadas do Brasil como, por exemplo, os Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) modelo brasileiro de acordos bilaterais de investimentos que estipulam regras comuns para a atuação de investidores estrangeiros no Brasil a partir da não-discriminação e dos princípios de não-favorecimento e tratamento nacional, e também nas iniciativas de cooperação Sul-Sul – em que o Brasil oferece auxílio técnico-financeiro sem condicionantes políticos ou necessidade de contrapartidas.

A terceira função diz respeito à aplicação do Art. 4º da Constituição pelo Poder Judiciário e sobre a apreciação de controvérsias internacionais pelos juízes brasileiros. Como se trata de uma tendência recente, é mais seguro afirmar que esta função vem sendo operada, principalmente, por meio da previsão do inciso II do Art. 4º, que estabelece a “prevalência dos direitos humanos” como um dos princípios regentes das relações internacionais brasileiras.<sup>38</sup> Este dispositivo serve, segundo o Poder Judiciário, de critério interpretativo na aplicação da Constituição e de tratados internacionais tanto quanto orientação material na formulação da política externa. Portanto, o princípio pode servir como mecanismo para interpretar uma norma (doméstica ou internacional) mas também para aferir a postura brasileira em relação a uma situação de fato em que exista algum tipo de colisão entre, de um lado, obrigações de direitos humanos e, de outro, obrigações de outra natureza.<sup>39</sup>

Um exemplo recente e interessante diz respeito ao julgamento pelo STF do caso *Changri-la*, em 2021, relativo ao pedido de reparação pelos parentes de uma das vítimas do ataque lançado por submarinos alemães, durante a Segunda Guerra Mundial, em águas territoriais brasileiras nas proximidades de Cabo Frio em 1943. A ação foi apresentada por parentes de uma das vítimas do ataque, que pedia reparação pelos danos causados ao Estado alemão – que, como qualquer Estado estrangeiro, encontra-se protegido, *prima facie*, por imunidades de jurisdição. Na ocasião, o Ministro Relator Edson Fachin asseverou que o afastamento das imunidades de jurisdição da República Federal da Alemanha

---

38 Ver, sobre a aplicação pelo Supremo Tribunal Federal especificamente: DOLINGER, 1996. p. 71-107. Para uma visão crítica sobre o cenário recente, ver: GALINDO, 2005. p. 3-22.

39 DE CARVALHO RAMOS, 2009.

deveria ser efetivada com fundamento na “prescrição constitucional que confere prevalência aos direitos humanos como princípio que rege as relações internacionais do Brasil.”<sup>40</sup> Contudo, outros princípios regentes das relações internacionais brasileiras devem ser balanceados ao decidir casos concretos. Do mesmo modo, a igualdade dos Estados é um dos princípios presentes na Constituição e ele é fundamento jurídico para todo direito decorrente das normas relativas à imunidade dos Estados.<sup>41</sup> Assim, com fundamento na regra fundamental do Art. 4º, o STF optou por dar provimento ao pedido e afastar as imunidades de jurisdição do Estado alemão.

As três funções do Art. 4º são esquemas voltados a racionalizar a aplicação deste dispositivo pelas autoridades brasileiras. É claro, como todos os princípios gerais, não é incomum que seu conteúdo se desdobre em normas de aplicação mais imediata e direta, seja na seara do direito administrativo – para reger a ação dos agentes públicos – seja no direito privado. Em todo caso, eles servem como importante ponto de partida para a presunção de compatibilidade entre as ações do Estado brasileiro e o direito internacional – ao mesmo passo que resguardam a herança da política externa jurídica do Brasil, sustentando a estabilidade e sustentabilidade da ação externa brasileira.

#### 4. CONCLUSÃO

A análise da Constituição Brasileira de 1988 revela uma abordagem única na forma como estabelece a relação entre o direito nacional e o direito internacional. Diferentemente de outras constituições que oferecem diretrizes mais explícitas, a Constituição de 1988 opta por delinear competências gerais entre os poderes e permite que a prática e a jurisprudência preencham as lacunas deixadas pelo texto constitucional. Isso resulta em uma dinâmica complexa e evolutiva, onde o Supremo Tribunal Federal desempenha um papel crucial na interpretação e aplicação das normas internacionais no contexto brasileiro. A emenda nº 45/2004, ao introduzir modificações significativas no tratamento dos tratados internacionais de direitos humanos, reforça a importância da Constituição como um documento vivo, adaptável às mudanças e às necessidades da política externa jurídica brasileira.

O estudo da utilização interpretativa do artigo 4º da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal evidencia o crescente papel dos princípios constitucionais na regulação das relações internacionais do Brasil. Este uso interpretativo demonstra a flexibilidade e a capacidade de adaptação do ordenamento jurídico brasileiro frente aos desafios contemporâneos das relações internacionais. As repercussões desse processo são profundas, não apenas em termos de

---

40 BRASIL, 2021.

41 KALLAS, 2017. Ver também: SALIBA; LIMA, 2021.

prática jurídica, mas também na definição da política externa jurídica do país. Em última análise, a Constituição de 1988, com suas emendas e interpretações jurisprudenciais, não apenas define, mas também molda e reflete a interação contínua entre o direito nacional e internacional no Brasil, destacando-se como um modelo de integração jurídica dinâmica e responsiva.

Como guia da política externa jurídica brasileira, a Constituição de 1988 possui balizas importantes dos valores mínimos que o Estado brasileiro defende em relação à ordem internacional, mas certamente não estão a ela limitados. Há pontos importantes que transcendem o texto constitucional e se verificam no corpo de decisões das cortes brasileiras, colocando os juízes nacionais como protagonistas da definição da relação entre ordenamentos e, por consequência, como atualizadores das relações estabelecidas na constituição. A essa relação entre texto e seus aplicadores, soma-se uma gama de outros atores sociais, com especial destaque para os membros do ministério de relações exteriores e analistas de direito internacional, que pensam, refletem e definem as posições brasileiras em relação ao direito internacional e acabam por influenciá-lo. As dinâmicas da presença brasileira no processo de formação, interpretação e aplicação de normas internacionais é muito mais complexa do que o texto constitucional sugere, mas continua sendo ele o incontornável ponto de partida

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. A ratificação e a promulgação dos tratados, em face da Constituição Federal Brasileira. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, n. 7, 1948.

ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. A tendência de conclusão dos acordos em forma simplificada: evolução e prática brasileira. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, v. 1, n. 1, p. 161-184, 2013.

BADIN, Michelle Ratton Sanchez et al. Política externa como política pública: uma análise pela regulamentação constitucional brasileira (1967-1988). *Revista de Sociologia Política*, n. 27, 2006.

BADIN, M. R. Sanchez; FRANÇA, Cassio. A inserção internacional do poder executivo federal brasileiro. São Paulo: Fundação Friedrich Ebert, 2010.

BANDEIRA, Regina Maria Groba. A Emenda Constitucional Nº 45, de 2004: O novo perfil do Poder Judiciário brasileiro. Brasília: Câmara dos Deputados, 2005.

BARROSO, Luís Roberto; DE BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, v. 232, p. 141-176, 2003.

BASTO LUPI, André Lipp Pinto. O Brasil é dualista? Anotações sobre a vigência de normas internacionais no ordenamento brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 46, n. 184, 2009. p. 29-45.

BATISTA, Vanessa Oliveira; DE FIGUEIREDO RODRIGUES, Luciana Boiteux; PIRES, Thula Rafaela. A Emenda Constitucional n.º 45/2004 e a constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 10, n. 90, p. 01-44, 2008.

BELÉM LOPES, D.; VALENTE, M. S. A construção social dos princípios conformadores e das normas programáticas de Política Externa Brasileira na Constituição Federal de 1988: atores, interesses e disputas. *Dados* (Rio de Janeiro. Impresso), v. 49, p. 995-1054, 2016.

BEVILAQUA, Clóvis. Denúncia de tratado e saída do Brasil da Sociedade das Nações. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (Org.). *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*, v. 2 (1913–1934). Brasília: Senado Federal, 2000.

BORGES, Daniel Damásio. Sobre o controle jurisdicional da política externa: notas acerca do caso Battisti no STF. *Revista Direito GV*, v. 10, p. 221, 2014.

BRADLEY, Curtis A. *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

BRASIL. Constituição Federal. Emenda Constitucional nº 45 de 31 de dezembro de 2004.

BRASIL. Lei nº 13.810, de 8 de março de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 80.004/77. 01º de junho de 1977.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466343/SP. Min. Relator Gilmar Mendes. Sentença de 22 de setembro de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 87. 585. 8. Tocantins, Voto do Min. Celso de Mello, 03 de dezembro de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo 766.618. Relator Min. Luis Roberto Barroso. Sentença de 25 de maio de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.618.897/RJ. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Sentença de 26 de maio de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Caso Changri-la. ARE 954858/RJ, Tema 944, Relator Min. Edson Fachin, 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 460320/PR. Relator Min. Gilmar Mendes. Sentença de 21 de fevereiro de 2022.

CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. O poder de celebrar tratados: competência dos Poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Acordos Internacionais. Competências dos Poderes Executivo e Legislativo. Negociação pelo Executivo. Aprovação Parlamentar. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (Org.). Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty, v. 8. Brasília: Senado Federal, 2008. p. 463-465.

CERVO, Amado. O Parlamento brasileiro e as relações exteriores (1826-1889). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

CHRISTÓFOLO, João Ernesto. Princípios constitucionais de relações internacionais: significado, alcance e aplicação. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL [CDI]. Organização das Nações Unidas [ONU]. Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries: Yearbook of the International Law Commission, Nova York, EUA, v. II, n. Parte II, p. 31-143, 2001

CPJI. Decisão em *Factory at Chórzow*, PCIJ Series A, No. 17, 13 de setembro de 1928.

CRAWFORD, James. *State Responsibility: The General Part*. 2<sup>nd</sup> ed. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press, 2013.

CtIDH. Opinião Consultiva nº 26. Series A, No. 26, 2020.

DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994.

DE CARVALHO RAMOS, André. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 241-286, 2009.

DINIZ, Arthur Almeida. Principios das Relacoes Internacionais da República Federativa. *Revista da Faculdade Direito Universidade Federal Minas Gerais*, v. 33, p. 39, 1991.

DOLINGER, Jacob. As soluções da Suprema Corte brasileira para os conflitos entre o direito interno e o direito internacional. *Revista Forense*, v. 92, n. 334, 1996.

DYANI-MHANGO, Ntombizozuko. South Africa's (unconstitutional) withdrawal from the Rome Statute: A note on *Democratic Alliance v Minister of International Relations and Cooperation*. *South African Journal on Human Rights*, v. 34, 2018.

FRANÇA. Constitution française du 4 octobre 1958.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. A construção do direito internacional público pelas Constituições brasileiras. *Cadernos de Política Exterior*, v. 11, p. 101-126, 2022.

GALINDO, George R. B. A reforma do judiciário como retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos: um estudo sobre o novo § 3º do art. 5º da Constituição Federal. *Cena Internacional*, v. 7, n.1, 2005.

GALINDO, George R. B. *Tratados internacionais de Direitos Humanos e constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GARCIA, Marcio Pereira Pinto. *Terminação de Tratado e o Poder Legislativo à Vista do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Internacional Brasileiro*. 1. ed. 2011.

GOLIA, Angelo Jr. Judicial Review, Foreign Relations and Global Administrative Law. In: AUST, Helmut Philipp; KLEINLEIN, Thomas. (Eds.). *Encounters between Foreign Relations Law and International Law: Bridges and Boundaries*. 2021.

HELPER, Laurence R. Treaty Withdrawals in a Turbulent World: A Retrospective on Exiting Treaties. In: LYONS, Donna. (Ed.). *Leading Works in International Law*. 2023.

ITÁLIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*, de 22 de dezembro de 1947.

KALLAS, Fernanda. *As Imunidades dos Sujeitos de Direito Internacional*. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2017.

KOLB, Robert. *The Law of Treaties, an Introduction*. Londres: Edward Elgar Pub. 2017.

KOLB, Robert. Internationally Wrongful Act. In: *The International Law of State Responsibility*. Edward Elgar Publishing, 2017.

LAFER, Celso. A Constituição de 1988 e as relações internacionais: reflexões sobre o art. 4º. *Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos: estudos em homenagem a Nelson Saldanha*. Barueri: Manole, 2005.

LIMA, Lucas Carlos. Sobre as diretrizes para acordos vinculantes e não vinculantes do Comitê Jurídico Interamericano. *International Law Agendas*, 2023.

LOPES, Dawisson Belém. *Política Externa e Democracia no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

MAGALHÃES, Breno Baía. O sincretismo teórico na apropriação das teorias monista e dualista e sua questionável utilidade como critério para a classifica-

ção do modelo brasileiro de incorporação de normas internacionais. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 77-96, 2015.

MASSAÚ, Guilherme Camargo. Os Direitos Humanos e o Art. 4, II, da Constituição Federal Brasileira: A sua Natureza e Efetividade. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir/UFRGS*, v. 12, n. 1, 2017.

MAUÉS, Antônio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. Eficácia nacional e internacional dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 27-50, 2013.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional: uma introdução*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOHN, Paulo. A repartição de competências na Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, n. 187, 2010.

OEA. Comitê Jurídico Interamericano, Directrices del Comité Jurídico Interamericano para los Acuerdos Vinculantes y No Vinculantes, Washington DC, 1º de novembro de 2020.

PALOMBINO, Fulvio. *Dueling for Supremacy: International Law vs. National Fundamental Principles*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

PRADO, Wagner. A hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, v. 7, p. 223, 2010.

REZEK, Francisco José. *Direito dos Tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SALIBA, Aziz Tuffi; SOUSA, Alexandre Rodrigues de. A aplicabilidade da Convenção de Montreal no direito brasileiro. *Revista de Direito Internacional*, vol. 14, n. 2, 2017.

SALIBA, Aziz Tuffi; LIMA, Lucas Carlos. The Law of State Immunity Before the Brazilian Supreme Court: What is At Stake With the “Changri-La Case”. *Revista de Direito Internacional*, vol. 18, n. 1, 2021.

SWAINE, Edward T. International Foreign Relations Law: Executive Authority in Entering and Exiting Treaties. In: AUST, Helmut Philipp; KLEINLEIN, Thomas. (Eds.). *Encounters between Foreign Relations Law and International Law: Bridges and Boundaries*. 2021.

WOOLAVER, Hannah. From Joining to Leaving: Domestic Law’s Role in the International Legal Validity of Treaty Withdrawal. *European Journal of International Law*, v. 30, 2019.

Recebido em: 10/03/2025

Aprovado em: 06/04/2025





# O DIREITO À EDUCAÇÃO INTERCULTURAL NA SOCIEDADE DIGITAL: FUNDAMENTOS, PRINCIPIOLOGIA, ABORDAGEM E QUESTÕES EMERGENTES

## THE RIGHT TO INTERCULTURAL EDUCATION IN THE DIGITAL SOCIETY: FOUNDATIONS, PRINCIPLES, APPROACH AND EMERGING ISSUES

MARIA CREUSA DE ARAÚJO BORGES \*

### RESUMO

O artigo problematiza a concepção de educação intercultural como um direito dos povos indígenas com aporte no Direito Internacional dos Direitos Humanos e na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ressalta que essa concepção de educação se insere nos compromissos assumidos pelo Estado brasileiro na Agenda 2030 dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Organização das Nações Unidas. Indaga sobre a relação da educação intercultural com o aperfeiçoamento do sistema protetivo dos territórios na sociedade digital a partir de uma abordagem interdisciplinar que articula Direitos Especiais, Sociologia e Educação. Ao final, examina as questões emergentes advindas da sociedade digital e os desafios na formação para a cidadania no contexto de incremento da digitalização da vida e do poder dos agentes globais da tecnologia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Educação Intercultural. Povos Indígenas. Cidadania. Sociedade Digital.

### ABSTRACT

The article discusses the concept of intercultural education as a right of indigenous peoples, based on international human rights law and the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil. It points out that this concept of education is part of the commitments made by the Brazilian state in Agenda 2030 of the United Nations Sustainable Development Goals (SDGs). It investigates the relationship between intercultural education and the improvement of the protection system for territories in the digital society, based on an interdisciplinary approach that combines Special Rights, Sociology and Education. Finally, it examines the emerging issues arising from the digital society and the challenges of training for citizenship in the context of the increasing digitalization of life and the power of global technology agents.

**KEYWORDS:** Intercultural education. Indigenous peoples. Citizenship. Digital Society.

### INTRODUÇÃO

Neste artigo, são apresentados os desdobramentos do Projeto “O Pluralismo como uma Questão Constitucional com Aporte na Teoria Häberliana e seus Interlocutores”, financiado pela CAPES, Programa de Internacionalização PrInt, em 2022, e sua continuidade em 2023 e 2024 com missões de *Visiting Scholar* na *Universidad de Granada* (UGR, Espanha), *Centro de Investigación*

\* Doutora em Sociologia pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Professora da Universidade Federal da Paraíba (UFPB) vinculada aos Programas de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas e em Ciência Política e Relações Internacionais..  
E-mail: maria.borges@academico.ufpb.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9982-1217>.

*de Derecho Constitucional “Peter Häberle”*. Consiste em pergunta norteadora da pesquisa: qual o lugar da educação intercultural no rol dos direitos dos povos indígenas reconhecidos no quadro do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) em diálogo com o Direito Constitucional brasileiro e sua relação com o sistema protetivo dos territórios na sociedade digital?

Metodologicamente, a pesquisa se concretizou em duas etapas. Primeiramente, foram realizados os trabalhos preparatórios no âmbito do Grupo de Pesquisa CNPq “Cortes Internacionais, Tribunais Constitucionais, Direito à Educação e Sociedade” e nos componentes curriculares “Direito Internacional da Educação e Minorias” (Temas Fundamentais de Direito) e “Cultura e Educação em Direitos Humanos” ofertados no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ, UFPB), no período de 2020 a 2024. Nessa etapa, o foco da pesquisa consistiu no exame do DIDH concernente ao direito à educação de grupos vulneráveis e de jurisprudência das cortes internacionais de direitos humanos, do sistema interamericano, europeu e africano.

O exame do DIDH, com aporte na análise documental, teve como referência as categorias analíticas<sup>1</sup>: “educação”; “educação intercultural”; “direito à educação”; “povos indígenas”; “comunidades tradicionais”; “povos originários”; “proteção dos territórios”. Por sua vez, a seleção da jurisprudência se fundamentou na análise do impacto do julgamento em termos de: “reconhecimento de direitos”; “mudança de orientação e/ou perspectiva analítica”; “estabelecimento de novas fronteiras jurídicas no exame da matéria”.

O exame do estado da arte incluiu uma abordagem teórica nacional e internacional, com o aporte de estudos realizados no espaço geopolítico da América Latina, *locus* de presença de povos originários submetidos a processos de dominação colonial, cuja experiência particular permeia os eixos basilares do padrão de poder mundial<sup>2</sup>. Esses estudos abastecem o diálogo entre o DIDH e o direito interno do Estado do Brasil numa perspectiva interdisciplinar, articulando Direitos Especiais, Direito Constitucional, Sociologia e Educação.

- 
- 1 As categorias analíticas, na abordagem qualitativa, constituem as categorias matriciais a partir das quais emergem as categorias empíricas como resultado da análise documental. No desenvolvimento da pesquisa, a literatura teórico-metodológica de referência foi constituída pelos livros: MINAYO, M. C. S.; DESLANDES, S. F. *Pesquisa social: teoria, método e criatividade*. 25. ed. rev. atual. Petrópolis: Vozes, 2007; MINAYO, M. C. S. *O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde*. 14ª ed. São Paulo: Hucitec Editora, 2014.
  - 2 No desenvolvimento da pesquisa, foi incorporada literatura científica que problematiza as questões concernentes ao contexto da América Latina. Dessa forma, foi incorporada ao estado da arte a abordagem sociológica de Aníbal Quijano. Sobre as questões relativas às especificidades do padrão de poder mundial desde uma perspectiva da América Latina, constitui obra de referência: QUIJANO, Aníbal. *Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina*. In: LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires, Argentina: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005.

A segunda etapa da pesquisa realizou-se nas estâncias de investigação de *Visiting Scholar* (CAPES), no período 2022 a 2024, no *Centro de Investigación de Derecho Constitucional “Peter Häberle”*. O Centro é destacado laboratório de pesquisa sobre “Processos de Globalização e Fontes do Direito”; “Relações entre Direito e Cultura”; “Educação Constitucional”; “Direito e Inteligência Artificial”. Foram densificadas, por intermédio da pesquisa do estado da arte, as categorias analíticas supramencionadas no projeto de investigação.

Ressalta-se que o projeto em tela operacionaliza o conceito normativo de educação intercultural. Insere-se no quadro dos compromissos internacionais do Estado brasileiro assumidos na Agenda 2030 das Nações Unidas de implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), especificamente, o ODS 10 (Redução das Desigualdades), o ODS 16 (Paz, Justiça e Instituições Eficazes) e o ODS 4 (Educação de Qualidade).

Parte-se do pressuposto que o direito dos povos indígenas à educação intercultural constitui um instrumento de aperfeiçoamento da proteção dos territórios. Essa proteção não prescinde da educação. Esta, necessariamente, deve ser intercultural com fundamento no DIDH e na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB, 1988), especificamente, nos eixos da formação humana: o desenvolvimento pleno da pessoa, o preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho<sup>3</sup>. No direito interno do Estado brasileiro, a cultura consiste em elemento constitutivo do conceito normativo de educação com aporte na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB)<sup>4</sup>, indo além de uma concepção de educação que se restringe à escola.

Destaca-se a existência de uma normativa basilar que reconhece os direitos dos povos indígenas, com fundamento na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho<sup>5</sup> (OIT), na Declaração das Nações Unidas sobre os

3 Na CRFB, 1988, no art. 205, se reconhece a educação como um direito de todos, dever do Estado e da família. A assunção dos objetivos educacionais em torno de três eixos da formação humana – pessoa, cidadão e trabalho -tem lugar no referido artigo, eixos que constituem os pilares da educação intercultural.

4 Na LDB, Lei nº 9.394/1996, especificamente, no art. 1º, a educação é reconhecida como um processo de formação humana que tem lugar em diferentes espaços sociais, não se restringindo à escola. Dessa forma, a concepção abrangente de educação abarca os processos formativos desenvolvidos nas manifestações socioculturais.

5 A Convenção nº 169 da OIT constitui a normativa internacional basilar dos direitos dos povos indígenas. Nesse instrumento, há o reconhecimento da consulta prévia, livre e informada, considerado um direito humano a ser concretizado nas hipóteses em que empreendimentos, medidas administrativas e legislativas tenham potencial de impactar nos territórios dos povos indígenas. Destaca-se que o direito à consulta prévia deve se fundamentar na adoção de uma perspectiva culturalmente adequada e na necessidade de configuração de políticas públicas de educação intercultural como um dever do Estado, concernentes à efetivação dos direitos territoriais e educacionais na perspectiva da interculturalidade, da promoção da cidadania e do desenvolvimento sustentável. Sobre a matéria, consultar o estudo preliminar sobre o direito de consulta prévia: BORGES, Maria Creusa de Araújo. O reconhecimento do direito dos povos indígenas à consulta étnica: delineamentos internacionais. In: MARCOS, Henrique;

Direitos dos Povos Indígenas<sup>6</sup> e na CRFB de 1988, arts. 231 e 232. A educação intercultural constitui um direito reconhecido nesses instrumentos. Entretanto, a relação da educação intercultural com o sistema protetivo dos territórios na sociedade digital é pouco visibilizada, não obstante aquela se constituir em base para a realização de outros direitos humanos.

A concepção de educação intercultural apresenta potenciais e impactos positivos para promover a diversidade e o resgate da memória dos povos indígenas. O ODS nº 4 “garantir o acesso à educação inclusiva, equitativa e de qualidade (...)”, especificamente, as metas 4.5 “Até 2030, garantir a igualdade de acesso a todos os níveis de educação para os mais vulneráveis, incluindo os povos indígenas (...)” e 4.7 “Até 2030, garantir que todos os alunos adquiram conhecimentos e habilidades necessárias para promover o desenvolvimento sustentável (...)” integram o escopo da agenda internacional voltada à promoção do desenvolvimento sustentável. A questão da preservação das culturas desses povos é recolocada como mecanismo de redução da pobreza e de promoção da cidadania.

No cenário internacional, a proteção dos modos de vida particulares emerge como uma questão relevante em fóruns realizados no âmbito das Nações Unidas. Sublinha-se a necessidade de preservar os modos de vida tradicionais com base em normas internacionais, adotando um entendimento decolonial dos direitos dos povos indígenas<sup>7</sup>. Além das normas internacionalmente vinculativas que reconhecem esses direitos, há os instrumentos de *soft law* que expressam

---

MENEGUETTI, Luciano; OLIVEIRA, Paulo Henrique Reis de. (Orgs.). *A expansão sistêmica do Direito Internacional: Liber Amicorum* Professor Wagner Menezes. 1ª ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2023. Considerar, também, o seguinte estudo publicado: BORGES, Maria Creusa de Araújo. O direito de consulta étnica como um direito humano dos povos indígenas: configurações do marco regulatório internacional e constitucional – o Projeto CAPES PRINT na Universidad de Granada, Espanha. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA – Journal of the Graduate Program in Law at UFBA*, Salvador, v. 34, nº 1, Jan/Junho, 2024. Destaca-se, também, o trabalho: BORGES, Maria Creusa de Araújo. *Indigenous peoples' right to education and cultural preservation as an instrument of innovation*. In: GUIMARÃES, Diego F.; MAIA, Luciano Mariz; BORGES, Maria Creusa de Araújo. *Direito e Cultura: diálogos desde a América Latina e a União Europeia*. 1ª ed. Campina Grande, PB: Papel da Palavra, 2024. Neste, são problematizados os aspectos concernentes aos direitos dos povos indígenas, sobretudo a educação intercultural como um instrumento de inovação com aporte em variáveis sociais.

- 6 A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas foi aprovada na 107ª Sessão Plenária da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em 13 de setembro de 2007. Esse documento constitui referência paradigmática na adoção de uma perspectiva de educação intercultural como um direito dos povos indígenas.
- 7 No “United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues” (UNPFII), realizado em 2023, se destaca a necessidade de preservação das culturas dos povos indígenas a partir de duas dimensões: fundamentar essa proteção no Direito Internacional e a adoção de abordagens decoloniais. Sobre a matéria, consultar: UNITED NATIONS. *United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues. Indigenous Peoples, human health, planetary and territorial health and climate change: a rights-based approach*. UNPFII Twenty-second Session: 17-28 April 2023.

recomendações paradigmáticas, como a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas<sup>8</sup>.

A preservação dos modos de vida tradicionais, ainda, ganha destaque na discussão das formas contemporâneas de genocídio, especificamente, do “genocídio cultural”<sup>9</sup>. Nesse domínio, se faz necessário problematizar as violações dos direitos culturais, que, geralmente, não envolvem homicídio ou violência física direta. Em relatório recente, publicado em 2023<sup>10</sup>, o Relator Especial sobre os Direitos dos Povos Indígenas, José Francisco Calí Tzay, faz recomendações sobre a adoção de melhores práticas de turismo sustentável, com o objetivo de reforçar a autonomia dos povos indígenas e proteger o seu patrimônio cultural. Salienta a necessidade de os Estados e as empresas adotarem uma abordagem de direitos humanos ao promoverem o turismo nos territórios dos povos indígenas, tendo em vista o reconhecimento dos seus direitos especiais e práticas culturais.

Diante das ameaças aos modos de vida particulares que têm no lugar nos territórios, a concretização do direito à educação intercultural se constitui em instrumento indispensável à preservação desses espaços étnico-culturais. Pode contribuir no processo de conscientização sobre a importância das culturas e de resgate da memória dos povos originários para a configuração de uma sociedade pluralista e democrática, sistematizada numa abordagem culturalmente adequada. A partir dessa perspectiva, se destaca o legado normativo da Lei nº 11.645/2008, a qual versa sobre a inclusão obrigatória do estudo da história e cultura indígena e afro-brasileira no currículo oficial da educação básica. A partir dessa lei, a inclusão do tema alcança centralidade no debate concernente à efetivação dos direitos dos povos indígenas à educação intercultural e à promoção da cidadania.

---

8 A concepção de educação intercultural assume relevância nesse documento. No art. 14, se reconhece que a educação deve ser ofertada em conformidade com os métodos culturais de ensino e aprendizagem dos povos indígenas e nas suas próprias línguas. Os Estados devem garantir que esse direito seja acessível às crianças que vivem fora das suas comunidades tradicionais.

9 O debate sobre genocídio cultural tem avançado no Direito Internacional. Ao problematizar a questão das formas contemporâneas de genocídio, esse debate visibiliza a necessidade de proteção das culturas que se configuram nos territórios e sua relevância na segurança dos povos indígenas. Sobre a matéria, consultar: NOVIC, Elisa. **The concept of cultural genocide an International Law Perspective**. First Edition. Oxford University Press, 2016; LAWRENCE, Davidson. **Cultural genocide**. (Genocide, political violence, human rights series). British Library, 2012.

10 Relatório sobre o tema “Turismo e Direitos dos Povos Indígenas”. Sobre a matéria, consultar: UNITED NATIONS. General Assembly. Seventy-eighth session. Rights of Indigenous Peoples, José Francisco Calí Tzay. **Report of the Special Rapporteur on the rights of Indigenous Peoples**. Tourism and the rights of Indigenous Peoples, A/78/162, 12 July 2023.

## 1. A EDUCAÇÃO DEVE SER NECESSARIAMENTE INTERCULTURAL: UMA ABORDAGEM CULTURALMENTE ADEQUADA NO DIREITO À EDUCAÇÃO

O exame do conteúdo específico do direito à educação intercultural perpassa uma discussão necessária sobre a adoção das abordagens teórico-metodológicas no exame das normativas concernentes aos povos indígenas. Essa discussão alcança um espaço de destaque no âmbito de realização da segunda etapa da pesquisa. No curso das missões de *Visiting Scholar* na Universidad de Granada, no período de 2022 a 2024, restou evidenciada a exigência de articular o debate sobre os direitos dos povos indígenas às relações entre cultura e educação, numa perspectiva interdisciplinar, objetivando explicar a relação entre educação intercultural e preservação dos territórios.

Trata-se de um debate relevante no marco internacional e nacional do sistema protetivo dos territórios. Para fins de suprir essa lacuna, se revisita o debate específico da América Latina, associando a pesquisa às articulações teóricas que tratam do tema das relações entre Direito, cultura e educação.

A questão basilar é inserida no contexto de compreensão da formação da sociedade brasileira. São ressaltados os enfrentamentos, as contradições, os antagonismos que têm lugar a partir da constituição da empresa colonial no Brasil. Essas especificidades da formação social brasileira são relevantes para o processo de resgate da memória de lutas dos povos indígenas. Nesse quadro, um dos enfoques teóricos que se tornou útil ao esclarecimento da questão das singularidades e dos antagonismos que se processam no Brasil em torno dos territórios dos povos indígenas consiste no pensamento sociocultural de Darcy Ribeiro<sup>11</sup>.

A abordagem proposta por Darcy Ribeiro problematiza as questões concernentes a esses povos a partir do conceito de transfiguração étnica. Esta é explicada como “(...) o processo através do qual os povos surgem, se transformam ou morrem<sup>12</sup>”. Essa categoria alcança centralidade desde uma teoria da cultura que busca explicar a experiência histórica brasileira concernente às matrizes culturais constitutivas (por transfiguração étnica) que resultaram no povo bra-

---

11 O enfoque de Darcy Ribeiro concernente aos estudos sobre a formação do povo brasileiro tem o escopo de elucidar questões referentes à estrutura social constituída a partir dos processos de colonização, fundamentados na escravização de povos indígenas e negros africanos. Sobre a matéria, consultar o livro: RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. 5ª ed. São Paulo: Global, 2015, o qual constitui um trabalho denso sobre o Brasil e as especificidades de sua formação sociocultural. A obra, também, foi consultada na sua versão em língua inglesa: RIBEIRO, Darcy. **The Brazilian people: the formation and meaning of Brazil**. University Press of Florida, 2000.

12 A gestação do povo brasileiro por intermédio dos processos de transfiguração étnica constitui o escopo do enfoque teórico adotado por Darcy Ribeiro. Esse processo é marcado por confluências, embates e caldeamentos, ocasionando um povo novo, diferente das matrizes culturais formadoras. Sobre a matéria, consultar, de pronto, o prefácio do livro: RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. 5ª ed. São Paulo: Global, 2015.

sileiro, um povo marcadamente mestiçado, distinto das suas características culturais formadoras, ressaltando as confluências e os enfrentamentos dos povos indígenas e dos negros africanos no contexto da colonização<sup>13</sup>.

Uma questão posta no enfoque teórico de Darcy Ribeiro e que demonstra a atualidade do seu pensamento consiste na problematização das especificidades dos antagonismos e suas configurações na estrutura social brasileira. A compreensão desses antagonismos requer a sua inserção no modelo societário estruturado a partir da adoção de uma formação socioeconômica fundada na mão de obra escrava indígena e negra. Um tipo de formação social particular que constitui a invisibilização e/ou posicionamento subalterno do patrimônio cultural construído pelos povos indígenas e negros, seus processos de lutas e resistências contra as formas de opressão que se configuram no Brasil.

Nesse cenário, se faz necessário destacar as lutas e as resistências desencadeadas pelos povos indígenas no desenvolvimento da empresa colonial. Como destaca Darcy Ribeiro<sup>14</sup>, os povos indígenas que viviam no litoral brasileiro pertenciam, principalmente, à matriz cultural Tupi. Esses povos foram submetidos a processos de etnocídio, de destruição dos seus modos de vida. Os povos indígenas da América Latina foram submetidos a um vasto processo de genocídio como parte do projeto de dominação colonial baseado numa abordagem de classificação social fundamentada no critério da raça<sup>15</sup>.

Nesse cenário, se constitui como uma questão relevante se contrapor a perspectivas que consideram os povos indígenas como objetos de tutela, destacando as resistências e as lutas empreendidas para preservar as suas culturas, sobretudo por intermédio da educação intercultural como um instrumento de resgate da memória desses processos de lutas contra o etnocídio. O estudo da história e da cultura indígena se insere no projeto de visibilização da memória de resistências dos povos indígenas contra os processos de dominação colonial.

13 O enfoque de Darcy Ribeiro examina “o enfrentamento dos mundos” que teve lugar nos processos de desenvolvimento da empresa colonial no Brasil. Esses enfrentamentos produziram extermínio e etnocídio, não obstante os povos indígenas resistirem à subjugação, defendendo o seu modo de vida particular. Essas resistências precisam ser visibilizadas na educação intercultural como um processo de problematização da memória de lutas dos povos indígenas, cumprindo a tarefa de reparação histórica. Sobre a questão dos enfrentamentos, consultar o livro: RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. 5ª ed. São Paulo: Global, 2015, que constitui um trabalho denso sobre as matrizes étnicas e as especificidades dos antagonismos que tiveram lugar no desenvolvimento da empresa colonial no Brasil.

14 O extermínio a que foram submetidos os povos indígenas, os processos de escravização e o etnocídio contribuíram para a implementação da empresa colonial no Brasil. Sobre a questão, consultar o livro: RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. 5ª ed. São Paulo: Global, 2015, obra anteriormente referenciada.

15 Sobre a questão dos eixos fundamentais do padrão de poder mundial constituído a partir dos processos de dominação colonial que têm lugar na América Latina, consultar: QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires, Argentina: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005.



Enfatiza-se que a adoção de uma perspectiva culturalmente adequada no direito à educação perfaz o núcleo duro desse direito. A configuração, nesses moldes, do direito à educação se vincula ao fortalecimento da estrutura protetiva dos territórios.

## 1.1 O DIREITO À EDUCAÇÃO INTERCULTURAL: ABORDAGEM, FUNDAMENTOS NORMATIVOS E PRINCIPIOLOGIA

No Brasil, a educação intercultural alcança centralidade a partir da aprovação da Lei nº 11.645/2008, na qual se propõe a assunção de uma perspectiva de preservação da história e cultura afro-brasileira e indígena no currículo oficial da educação básica. Ressalta-se que a lei anterior, Lei nº 10.639, de 9 de janeiro de 2003, estabelecia a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira”, não abrangendo as questões pertinentes aos povos indígenas.

O propósito da Lei nº 11.645/2008 se vincula a valores afirmados na Constituição de 1988. Fundamenta-se nas bases das matrizes étnicas que constituem a sociedade brasileira. A implementação da lei se respalda no projeto de visibilização das lutas e das resistências empreendidas pelos povos indígenas e afro-brasileiros e na necessidade de reparação histórica, destacando a necessária socialização das experiências culturais, sociais, práticas e saberes das matrizes étnicas que constituem o povo brasileiro.

Para fins de cumprir suas finalidades, a lei se fundamenta na principio-  
logia do direito à educação afirmada no DIDH, notadamente os princípios da  
igualdade, da não discriminação, do pluralismo de ideias e de concepções pe-  
dagógicas reconhecidos nos tratados de direitos humanos do sistema das Na-  
ções Unidas e regionais aprovados após a Segunda Guerra Mundial, a partir de  
1945. A lei se fundamenta na concepção de educação para todos, *Education  
for All*, e no princípio da não discriminação no âmbito do ensino afirmados  
no quadro da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a  
Cultura (UNESCO).

Destaca-se, no preâmbulo da Constituição da UNESCO<sup>16</sup>, a relação en-  
tre educação e difusão de uma cultura de paz. Nesse instrumento, se reconhece  
que as guerras são construídas nas mentes humanas, bem como a configuração  
da ideia de que uma sociedade baseada na paz não prescinde da educação.  
Depreende-se que a educação é processo de formação de mentalidades, de aq-  
uisição de conhecimentos, competências e habilidades. Trata-se de um projeto de  
formação humana pautado na socialização cultural em direitos humanos e nas  
liberdades fundamentais.

---

16 Constituição da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. Adotada em Londres, em 16 de novembro de 1945, e emendada pela Conferência Geral nas suas 2ª, 3ª, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª, 8ª, 9ª, 10ª, 12ª, 15ª, 17ª, 19ª, 20ª, 21ª, 24ª, 25ª, 26ª, 27ª, 28ª e 29ª sessões. Consultar: UNESCO. *Constitution of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*. Adopted in London on 16 November, 1945.



No âmbito do direito interno, a finalidade da lei se articula à concepção de educação como um direito de todos e um dever do Estado, aos objetivos educacionais centralizados nos três eixos da formação humana – pessoa; cidadão e trabalho - e aos princípios do ensino afirmados na CRFB de 1988<sup>17</sup>, com destaque aos princípios: igualdade de condições no acesso e na permanência na educação escolar; liberdade de aprender, ensinar e pesquisar; pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas; gestão democrática do ensino público; garantia do padrão de qualidade e de educação ao longo da vida.

Além dos fundamentos normativos e da principiologia norteadora, se torna necessário problematizar a concepção de educação intercultural. Nessa perspectiva, se questiona: o que é educação intercultural? Destaca-se que a educação intercultural se baseia na concepção de educação como um direito fundamental, reconhecida como um direito público subjetivo e um bem público garantido pelo Estado<sup>18</sup>. A educação intercultural é fundamentalmente um direito de todos, que deve ser garantido pelo Estado, e a base de um projeto de sociedade democrática e pluralista.

Os fundamentos teórico-metodológicos da educação intercultural encontram respaldo na problematização do pensamento pedagógico de autores latino-americanos, os quais debatem a educação de forma contextualizada com as especificidades da formação social e econômica. O conceito abrangente de educação, como um projeto de formação humana, encontra fundamento na perspectiva de José Martí<sup>19</sup>, o qual considera a educação um processo de formação humana mais amplo, que envolve a aquisição de conhecimentos e a conscientização sobre as condições sociais. A educação se constitui como uma *praxis* (no sentido de indissociabilidade entre teoria e prática) pedagógica que envolve “transmitir conocimientos y crear consciencia”, ou seja, educar “es preparar al hombre para la vida”<sup>20</sup>.

A abordagem da educação intercultural se fundamenta na perspectiva da equidade. Ao afirmar que “el derecho a instruirse y educarse no podía ser pri-

---

17 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, concepção e principiologia afirmados nos arts. 205 e 206.

18 As concepções de educação como um direito fundamental, inalienável e protegido pelo Estado e um bem público garantido fundamentalmente pelo Estado e as diferenças em relação ao projeto de sociedade que fundamenta a concepção de educação como um serviço comercializável são analisadas e problematizadas no livro: BORGES, Maria Creusa de Araújo. **A educação como um direito fundamental, um bem público e um serviço comercializável**. Prefácio de Ingo Sarlet. Campina Grande, PB: EDUEPB, 2018.

19 A concepção de prática pedagógica (*quehacer pedagógico*) como um processo, não só de transmissão de conhecimentos, mas, também, de conscientização é vislumbrada no livro: JIMÉNEZ, M. C. Elsa Veja. **JOSÉ MARTÍ: Instrucción y Educación**. Editorial Pueblo y Educación: Ciudad de La Habana, Cuba, 1999, prólogo.

20 Sobre a matéria, consultar: JIMÉNEZ, M. C. Elsa Veja. **JOSÉ MARTÍ: Instrucción y Educación**. Editorial Pueblo y Educación: Ciudad de La Habana, Cuba, 1999, prólogo.

vativo de los hombres” e que “las niñas deben saber lo mismo que los niños<sup>21</sup>” se posiciona em prol da implementação da igualdade e da não discriminação, princípios basilares para a concretização do direito à educação no marco de ação dos ODS. A educação constitui pedra angular para a formação da cidadania, em prol da construção de projetos de sociedade fundamentados em práticas democráticas, vinculando o direito à educação aos seus fins sociais.

No Brasil e com repercussão na América Latina, se destaca o pensamento pedagógico de Paulo Freire na perspectiva da assunção de uma concepção abrangente de educação. Em *Pedagogia da Autonomia*<sup>22</sup>, elenca as especificidades do ato de ensinar, uma dimensão da educação. Dentre essas especificidades, o autor afirma que ensinar exige: 1. Rejeição à discriminação; 2. O reconhecimento da identidade cultural; 3. Respeito à autonomia do educando; 4. Disponibilidade para o diálogo. Evidencia-se, no pensamento pedagógico freireano, a assunção da principiologia norteadora do direito à educação reconhecida nos tratados internacionais de direitos humanos. Destaca-se a concepção dialógica de educação que pauta a sua *praxis*, a qual se constitui no encontro de educadores e educandos para a construção da leitura crítica do mundo social com fundamento na autonomia, a base da cidadania.

A relação entre educação e cultura tem um lugar de centralidade no pensamento pedagógico freireano. Em *Ação Cultural para a Liberdade*<sup>23</sup>, Freire afirma que a educação se realiza em determinado contexto marcado pela sua historicidade, pelas condições sociais, econômicas, políticas e culturais, ou seja, a prática educativa é enraizada culturalmente. Os “temas geradores”, a partir dos quais se realiza o processo de alfabetização (que é sempre político), emergem do contexto sociocultural dos educandos. Nessa perspectiva, a educação é concebida como uma prática sociocultural de transformação do mundo, fundamentada numa concepção crítica de leitura da realidade objetiva, visando a sua transformação. Contrariamente, a adoção de uma visão não crítica de educação leva à produção de uma cultura de silêncio. Contrapõe-se, portanto, duas visões de educação: a concepção crítica, enraizada culturalmente, voltada à transformação das condições de vida do educando, baseada no diálogo e direcionada à “síntese cultural”. Por outro lado, a educação não crítica, assistencialista, vertical, direcionada à “invasão cultural”.

21 Sobre a matéria, consultar: JIMÉNEZ, M. C. Elsa Veja. **JOSÉ MARTÍ: Instrucción y Educación**. Editorial Pueblo y Educación: Ciudad de La Habana, Cuba, 1999, prólogo.

22 As bases de uma concepção abrangente de educação como um projeto de formação humana encontram respaldo no pensamento freireano. Sobre a matéria, consultar: FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. 12ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

23 Os conceitos de síntese cultural e invasão cultural são problematizados na obra: FREIRE, Paulo. **Ação cultural para a liberdade**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981. A partir desse autor, a educação é contextualizada, enraizada culturalmente, crítica, abrangente, dialógica e transformadora.

Os conceitos de “síntese cultural” e de “invasão cultural” constituem os vetores basilares para problematizar a concepção de educação culturalmente adequada como constitutiva do núcleo duro do direito à educação. A inclusão da história e cultura indígena no currículo oficial deve se pautar na concepção crítica e abrangente de educação, contextualizada historicamente, fundamentada nas condições objetivas de vida dos educandos, baseada no diálogo intercultural.

Na CRFB de 1988<sup>24</sup>, afirma-se que a educação como um direito de toda a pessoa deve ser desenvolvida em colaboração com a sociedade. O conceito abrangente de educação abarca a dimensão da sociedade, compondo o núcleo duro desse direito. Trata-se de uma dimensão relevante, a partir da qual se indaga: para qual sociedade? Qual sociedade deve ser constituída por intermédio da educação e quais os seus fins sociais? Nesse sentido, se vincula a educação fundamentada na igualdade, no princípio da não discriminação e na construção de uma sociedade democrática, fundada no Estado de Direito e no respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais. Pensar a dimensão da sociedade na educação enriquece o conteúdo desse direito, o expandindo, não restringindo o seu exame ao aspecto dogmático.

A partir dessa concepção, são problematizados os objetivos educacionais<sup>25</sup>, os eixos constitucionais da formação humana. Considera-se as dimensões da formação humana: o desenvolvimento pleno da pessoa, o preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho. Ressalta-se que toda formação humana constitui um projeto de sociedade, inspirado nas três indagações basilares: o quê? para quê? e para quem? “O quê”, significando a concepção de educação a ser adotada, uma concepção que se fundamenta na promoção da dignidade da pessoa humana, na autonomia do educando; “para quê”, no sentido de problematizar a direção e os rumos da sociedade na perspectiva da democracia e do pluralismo, fundamentada no respeito aos direitos humanos, não racista e inclusiva, baseada na igualdade de gênero; “para quem”, na ótica das necessidades e das experiências singulares dos grupos sociais que perfazem a sociedade brasileira em articulação com os valores, princípios e garantias assumidos na Constituição brasileira de 1988<sup>26</sup>.

---

24 Na Constituição de 1988, no art. 205, é afirmada a concepção de educação que está em sintonia com as disposições da Constituição da UNESCO de 1945, desde o preâmbulo, quando se enfatiza que “os Estados Partes desta Constituição, acreditando em oportunidades plenas e iguais de educação para todos (...)” concordam em promover o entendimento mútuo em prol de um projeto de sociedade baseado na paz, nos direitos humanos e nas liberdades fundamentais. Sobre a matéria, consultar: UNESCO. *Constitution of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*, 1945.

25 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, art. 205 (a educação como um direito de todos, dever do Estado e da família e os objetivos educacionais).

26 A problematização de uma concepção de educação, fundamentos, objetivos e sua vinculação a um projeto de sociedade democrática é realizada no Memorial: BORGES, Maria Creusa de

O estudo da principiologia<sup>27</sup> que norteia o direito à educação é fundamental para a compreensão do projeto de sociedade a ser construído na perspectiva da formação para a cidadania. Um projeto de sociedade que se propõe a reparar historicamente as violações de direitos humanos sofridas continuamente pelos povos indígenas. Violações de direitos que acumulam demandas estruturais da sociedade brasileira. Ressalta-se o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, princípio basilar para se pensar as articulações entre preservação da cultura e direito à educação.

Destaca-se que a relação entre educação e cultura não está ausente na normativa de direito interno brasileiro. Nesse aspecto, o conceito de educação se vincula à cultura<sup>28</sup>, a cultura escolar e da sociedade mais abrangente. Nesse âmbito, a questão da inclusão obrigatória do estudo da história e cultura indígena no currículo escolar se insere no núcleo duro do direito à educação, cujas fontes basilares se encontram na concepção de educação democrática, no direito à educação para todos, na educação da sociedade, nos objetivos educacionais, iluminados pelos princípios do ensino, articulando a educação (a concepção crítica) aos seus fins sociais.

Evidencia-se a inserção dessa pauta no quadro da Agenda 2030 das Nações Unidas. Além da assunção da educação como um instrumento indispensável à realização dos 17 ODS, a educação tem um ODS específico: o ODS nº 4 Educação de Qualidade. Nos termos dessa Agenda, o escopo da educação de qualidade consiste em “assegurar a educação inclusiva e equitativa e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos e todas<sup>29</sup>”. Nesse escopo, se evidencia o resgate do mandato originário das Nações Unidas e da UNESCO em particular, que pensa a educação de forma abrangente, tal como afirmado na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948.

Nesse documento basilar, a educação é concebida como um processo de formação humana que envolve a construção de uma socialização cultural fundamentada no conhecimento, conscientização e respeito pelos direitos humanos. Essa pauta se encontra afirmada desde o preâmbulo da DUDH e está reiterada, especificamente, no artigo 26, quando se reconhece que “a instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e gru-

---

Araújo. Com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, as Constituições Aprendem a Educar. *Memorial de Professor Titular da UFPB*, João Pessoa, PB, 15 de Dezembro, 2023.

27 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 206.

28 O conceito de educação reconhecido na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, 1996, no art. 1º, incorpora a cultura. Nesse sentido, a educação abrange os processos de formação humana que têm lugar nas manifestações culturais. Sobre a matéria, consultar: BRASIL. *Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional*, Lei nº 9394/96, de 20 de dezembro de 1996.

29 Sobre a matéria, consultar: UNITED NATIONS. *Incheon Declaration and framework for action for the implementation of sustainable development goal 4*, 2015. Available at: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000245656>.

pos raciais ou religiosos<sup>30</sup>”. Daí se evidencia que a educação está intimamente vinculada à socialização cultural, tanto do ponto de vista da normativa internacional de direitos humanos, como na literatura científica que fundamenta a concepção abrangente e crítica de educação. Desde essa perspectiva, a concepção de educação culturalmente adequada constitui o núcleo duro do direito dos povos indígenas e contribui para a configuração de uma sociedade pluralista e democrática, fortalecendo a estrutura protetiva dos territórios, ao se direcionar à preservação dos modos de vida particulares.

## 2. O DIREITO À EDUCAÇÃO INTERCULTURAL NA SOCIEDADE DIGITAL: QUESTÕES EMERGENTES E DESAFIOS

O desenvolvimento da pesquisa no *Centro de Investigación de Derecho Constitucional “Peter Häberle”* evidenciou a necessidade de problematização dos impactos do mundo digital na concretização dos direitos fundamentais, especificamente, da educação. Nessa matéria, os estudos empreendidos por Callejón<sup>31</sup> sobre os fatores de poder do mundo digital, sobretudo o controle exercido pelos agentes globais das grandes companhias tecnológicas, constituem referência.

Tomando como ponto de partida esses estudos, a questão pendente consiste na configuração do algoritmo conforme as disposições constitucionais. A expressão “*la constitución del algoritmo*”<sup>32</sup> deve ser compreendida em dupla perspectiva: constitucionalizar o algoritmo em sentido estrito, na ótica do respeito, efetivação e promoção dos direitos fundamentais, e digitalizar a Constituição para que esta normatize as questões postas pelo mundo digital, constituindo o algoritmo e suas nuances um objeto da Constituição. Esta foi configurada no mundo analógico, em que a inteligência artificial não se constituía como uma questão geopolítica<sup>33</sup>, com o mercado e os agentes da tecnologia como os

30 Sobre a assunção de uma concepção de educação como uma prática de socialização cultural em direitos humanos, consultar o documento basilar: UNITED NATIONS. *Universal Declaration of Human Rights*. Available at: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

31 Os estudos do professor Balaguer Callejón focalizam os temas: “processos de globalização e fontes do Direito”; “fatores reais de poder diante do avanço da inteligência artificial”; “impactos dos fatores reais de poder nos processos eleitorais”; “constitucionalização do algoritmo”. Sobre a matéria, consultar: CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *La constitución del algoritmo*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2022.

32 A questão de “constitucionalizar o algoritmo” constitui tema de referência da obra do professor Balaguer Callejón. Destaca-se que essa questão se encontra em processo de atualização que resultará em novo livro. As atualizações são devidas diante dos avanços da Inteligência Artificial Generativa e de outros aplicativos emergentes. Sobre a matéria, consultar: CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *La constitución del algoritmo*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2022.

33 Os impactos do mundo digital e sua configuração como uma questão geopolítica têm alcan-

grandes fatores de poder do presente século<sup>34</sup>. O resultado é uma Constituição deficitária no tocante às questões decorrentes da sociedade digital.

O mundo digital se constitui como um território desconhecido e sem regulação. Esse desconhecimento se baseia no fato de que o Estado não exerce o controle sobre as ações dos fatores reais de poder que operam no mundo digital, não obstante esses agentes globais atuarem no interior das fronteiras estatais. Os entes estatais são agentes principiantes em termos de regulação da conduta das grandes companhias tecnológicas que atuam no chamado ‘espaço de fluxos’<sup>35</sup>.

Os agentes globais da tecnologia têm consciência que operam no “espaço de fluxos” sem a supervisão e regulação do Estado. A especificidade da crise atual é complexa, pois que se trata de uma ‘metacrise’, cuja característica principal é a ausência de alcance do ente estatal sobre as forças supranacionais que operam no “espaço de fluxos”<sup>36</sup>. À medida que avança o processo de digitalização da vida, novas pautas culturais são configuradas. Na verdade, os agentes globais da tecnologia atuam como ‘educadores/deseducadores’ da população, sobretudo dos mais jovens que já nasceram na sociedade digital. Como afirma Balaguer Callejón<sup>37</sup>, os agentes globais que atuam no mundo digital constituem

---

cado relevância a partir do período da pandemia com a ampliação da digitalização da vida, incluindo a educação, a qual passou a ser ofertada de forma *on-line* sob os auspícios das grandes companhias tecnológicas. Sobre a continuidade da educação no período da pandemia, consultar: BORGES, Maria Creusa de Araújo. O estado de emergência de saúde pública e o direito à educação como uma obrigação internacional e como parte do *ius cogens*. In: MENEZES, Wagner; MARCOS, Henrique. (orgs.). **Direito Internacional: ensino e pesquisa no Brasil**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021.

- 34 Como afirma Balaguer Callejón, o mercado e a tecnologia constituem “los grandes factores de legitimación del siglo XXI”, os quais avançam na configuração de pautas culturais no cenário de digitalização da sociedade. Sobre a matéria, consultar a obra de referência: CALLEJÓN, Francisco Balaguer. La constitución del algoritmo. El difícil encaje de la constitución analógica en el mundo digital. In: CALLEJÓN, Francisco Balaguer; HUESO, Lorenzo Cotino (Coords.). **Derecho Público de la inteligencia artificial**. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2023.
- 35 Zygmunt Bauman problematizou a questão da crise do Estado em sua dupla acepção: como uma situação do Estado, na condição de ente político, em crise e de *status quo* de crise. Afirma que o Estado perdeu o poder e a política, condições essenciais para o gerenciamento efetivo das realidades sociais. Ao utilizar o termo ‘espaço de fluxos’, cunhado por Manuel Castells, Bauman objetivou destacar que esse espaço se configura como um território sem controle e regulamentação. Com o avanço da digitalização da vida, os agentes globais das grandes companhias tecnológicas passam a ocupar condições de poder e influência global. Sobre o ‘espaço de fluxos’ e a crise do Estado, consultar: BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crise**. Tradução de Renato Aguiar. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.
- 36 A especificidade da crise atual e sua complexidade são problematizadas como uma crise de agência estatal diante do avanço dos agentes globais que operam no “espaço de fluxos” no livro: BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crise**. Tradução de Renato Aguiar. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.
- 37 No tópico “há uma democracia digital?”, o professor Balaguer Callejón realiza uma reflexão sobre o *modus operandi* dos agentes da tecnologia no processo de desconstrução da democracia representativa. Sobre a matéria, consultar: CALLEJÓN, Francisco Balaguer. El constitucio-

os maiores responsáveis pela crise presente, sobretudo a crise da democracia representativa.

Os vieses algoritmos afetam matérias constitucionais, violando os direitos fundamentais, como o direito à privacidade, o uso mercadológico dos dados pessoais com a criação de perfis psicológicos que são usados para a realização de propaganda personalizada. Violam valores constitucionais, como a igualdade de gênero, a não discriminação e a democracia pluralista com a produção de *fake news* (notícias falsas) e desinformação, influenciando os processos eleitorais em muitos países.

Outra questão consiste no uso massivo dos algoritmos para discriminar e/ou invisibilizar determinados grupos étnico-culturais. A par da centralidade desse debate, há uma questão singular a ser enfrentada, tendo em vista o uso de algoritmos discriminatórios no mundo digital que prejudica a promoção da cidadania dos povos indígenas. Nesse domínio, a organização *Asia Indigenous Peoples Pact* (AIPP)<sup>38</sup> tem demonstrado os impactos negativos da inteligência artificial nos povos indígenas, ressaltando a invisibilidade e a construção de narrativas negativas. Destaca a necessidade de promover os direitos digitais de grupos minoritários, de pessoas não conectadas ou mal conectadas.

Nesse cenário, a constitucionalização do algoritmo constitui uma tarefa difícil e não realizável sem a contribuição da educação constitucional como fundamento da sociedade aberta que é, inerentemente, pluralista. A sociedade aberta, conceito de Popper incorporado por Häberle à teoria da Constituição como uma ciência da cultura, se constitui como uma questão da ampliação dos legitimados a interpretar a Constituição como uma tarefa não circunscrita aos juristas<sup>39</sup>. Nessa abordagem, os cidadãos assumem a tarefa de intérpretes da Constituição, assumindo uma posição criativa e de influência na seara da interpretação constitucional.

---

nalismo en su hora crítica. Crisis clásicas y crisis inéditas. In: CALLEJÓN, Francisco Balaguer; SÁNCHEZ, Miguel Azpitarte; LÓPEZ, Enrique Guillén; BARRILAO, Juan Francisco Sánchez (Dirs.). *Los derechos fundamentales ante las crisis económica y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*. 1ª ed. Pamplona: Thomson Reuters Editorial Aranzadi, 2020.

38 *Asia Indigenous Pact*, uma organização regional fundada em 1992 por movimentos dos povos indígenas. Abarca quatorze países na Ásia e quarenta seis organizações, incluindo organizações que atuam nas áreas da juventude indígena, mulheres, pessoas com deficiência. O programa de atuação, áreas temáticas e abrangência estão disponíveis no *website*: <https://aippnet.org/programs/>.

39 A ampliação da posição de influência dos cidadãos na seara da interpretação constitucional emerge como uma questão problemática no cenário de avanço dos poderes privados e globais das grandes companhias tecnológicas, os quais detêm grande capacidade de ação. Sobre a questão da ampliação dos legitimados a interpretar a Constituição, consultar a entrevista do professor Balaguer Callejón na obra: VALADÉS, Diego (compilador). *Conversaciones académicas con Peter Häberle*. Primera Edición. Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.



Nesse contexto, emerge a questão central: é possível a configuração de uma sociedade aberta sem uma educação com fundamento no exercício da cidadania consciente e responsável? Um cidadão com consciência e capacidade críticas, que respeite e promova a diversidade cultural, uma postura necessária à configuração de sociedades democráticas e representativas. As bases dessa formação humana se encontram na Constituição.

A concepção da educação intercultural como um direito encontra fundamento na Constituição. Trata-se de uma educação constitucional, a qual respalda e promove a configuração da sociedade aberta. Os fins educativos que estão presentes na Constituição devem ser o horizonte da educação intercultural, fundada nos valores e princípios constitucionais, como a igualdade de gênero e a não discriminação. Os eixos da formação humana reconhecidos nos objetivos educacionais desenvolvimento pleno da pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho com dignidade humana e respeito ao meio ambiente consistem nos pilares da educação intercultural.

A sociedade tem uma tarefa fundamental na concepção de educação intercultural como um direito. O cotejo sobre os fins sociais da educação, para qual sociedade os cidadãos devem ser formados constituem perguntas orientadoras da concepção desse direito, pois a educação intercultural consiste na base para a configuração de sociedades democráticas e pluralistas.

A educação intercultural como um direito constitui uma questão fundante na sociedade digital. O desafio está na configuração de projetos de educação pautados na construção de habilidades digitais e na consolidação da formação humanista. Os cidadãos precisam estar preparados para filtrar as informações produzidas e/ou socializadas pelos agentes globais da tecnologia. Precisam ser capazes de se perguntar sobre a fonte e a veracidade das informações para que estas não sejam replicadas de forma desenfreada, podendo prejudicar pessoas e grupos étnico-culturais. Devem estar aptos a participar dos processos eleitorais de forma consciente, crítica e responsável, da leitura e da interpretação constitucional, possibilitando a construção de uma sociedade pluralista e democrática.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os resultados da pesquisa proporcionaram a problematização da educação intercultural como um direito dos povos indígenas e sua relação com a proteção dos territórios. Trata-se de um direito reconhecido nos tratados internacionais de direitos humanos e no direito interno brasileiro, sobretudo na Constituição. A investigação evidenciou, também, o potencial heurístico da perspectiva interdisciplinar, articulando Direitos Especiais, Sociologia e Educação.

Foram elucidadas as especificidades do direito à educação intercultural, a concepção, a abordagem, os fundamentos normativos e a principiologia.



Destacou-se que a efetivação do direito à educação intercultural se insere nos compromissos assumidos pelo Estado brasileiro na Agenda 2030 das Nações Unidas, especificamente, o ODS nº 4 “Educação de Qualidade”. Afirmou-se o pressuposto que essa concepção de educação contribui para o aperfeiçoamento da estrutura protetiva dos territórios, a qual se fundamenta no patrimônio normativo constituído no âmbito das Nações Unidas e da UNESCO em particular, patrimônio este baseado nos princípios da igualdade e da não discriminação.

A problematização da abordagem teórico-metodológica ampliou o exame do estado da arte com aporte em literatura científica nacional e internacional sobre a matéria, sobretudo da América Latina. Foi estabelecido o diálogo com as abordagens que têm lugar no espaço europeu e que são fundamentais para a compreensão das questões emergentes e dos desafios que se apresentam diante do incremento dos processos de digitalização da vida e do poder dos agentes globais da tecnologia.

Enfatiza-se que a educação intercultural se ampara em um conceito abrangente de educação, cujo horizonte de formação encontra respaldo nos objetivos educacionais afirmados na Constituição. Desenvolvimento pleno da pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho constituem os pilares do projeto de formação humana da educação intercultural.

Essa concepção de educação precisa ser concretizada de forma culturalmente adequada. A conscientização sobre a importância das culturas e o resgate da memória dos povos indígenas no currículo escolar constituem um projeto de reparação histórica desses povos, cujas lutas, saberes, práticas e experiências culturais precisam ser devidamente visibilizados nos projetos pedagógicos.

Na sociedade digital, sobretudo após a pandemia de COVID-19, os processos de digitalização da vida se intensificaram. A continuidade da educação se desenvolve sob os auspícios dos agentes globais das companhias tecnológicas, os quais passam a se constituir como educadores/deseducadores. A sociedade digital é marcada por processos de desinformação, notícias falsas, vieses algorítmicos discriminatórios. Essa questão assume centralidade, a ponto do Fórum Econômico Mundial de 2025 a inserir como um dos grandes riscos globais da convivência humana, ao lado dos conflitos armados e das alterações climáticas.

Nesse cenário, emerge o desafio de aperfeiçoar os projetos de formação humana, da educação básica a superior, sobretudo com uma sólida formação humanista. A educação intercultural, abrangente, crítica, dialógica pode contribuir na configuração de projetos de sociedade democráticos e pluralistas. A formação para a cidadania deve se pautar no conhecimento e nas habilidades digitais que se constituem em instrumentos de prevenção de notícias falsas, desinformação e de intromissões de agentes globais da tecnologia nos processos eleitorais dos Estados. A convivência humana, na sociedade digital, depende da

aquisição dessas competências e habilidades por parte do cidadão. O enfrentamento desses desafios passa, necessariamente, pela consolidação da formação humana.

Do ponto de vista geopolítico, os Estados precisam enfrentar as demandas da sociedade digital com investimentos em políticas públicas de Inteligência Artificial Generativa (IAGen na Educação). Esta se constitui como um projeto de Estado e não de governo, que é sempre transitório. A formação de professores se constitui em área crítica. Faz-se necessário capacitar professores, proporcionando a aquisição de competências e habilidades digitais, para que possam ser sujeitos nos processos tecnológicos, subsidiando os alunos nas suas tomadas de decisão. Um projeto de educação para a cidadania não exclui os recursos e as ferramentas da sociedade digital. É preciso aprender a conviver com essas ferramentas, cuja centralidade se encontra na promoção da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crise**. Tradução de Renato Aguiar. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BILSKY, Leora; KLAGSBRUN, Rachel. The return of cultural genocide? *European Journal of International Law*, volumen. 29, Issue 2, May 2018, pages 373-396.

BORGES, Maria Creusa de Araújo. *Indigenous peoples' right to education and cultural preservation as an instrument of innovation*. In: GUIMARÃES, Diego F.; MAIA, Luciano Mariz; BORGES, Maria Creusa de Araújo. **Direito e Cultura: diálogos desde a América Latina e a União Europeia**. 1ª ed. Campina Grande, PB: Papel da Palavra, 2024.

BORGES, Maria Creusa de Araújo; FILGUEIRA, Débora Louise. *Heritage education as a human right and an instrument to promote cultural heritage and prevent environmental racism*. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 18, n. 2, 2024.

BORGES, Maria Creusa de Araújo. O direito de consulta étnica como um direito humano dos povos indígenas: configurações do marco regulatório internacional e constitucional – o Projeto CAPES PRINT na Universidad de Granada, Espanha. **Journal of the Graduate Program in Law at UFBA**, Salvador, v. 34, nº 1, Jan/Junho, 2024.

BORGES, Maria Creusa de Araújo. Com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, as Constituições Aprendem a Educar. **Memorial de Professor Titular da UFPB**, João Pessoa, PB, dezembro de 2023.

BORGES, Maria Creusa de Araújo. O reconhecimento do direito dos povos indígenas à consulta étnica: delineamentos internacionais. In: MARCOS, Henrique; MENEGUETTI; OLIVEIRA, Paulo Henrique Reis de. (Orgs.). **A expansão sistêmica do Direito Internacional**: Liber Amicorum Professor Wagner Menezes. 1ª ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2023.

BORGES, Maria Creusa de Araújo. O estado de emergência de saúde pública e o direito à educação como uma obrigação internacional e como parte do *ius cogens*. In: MENEZES, Wagner; MARCOS, Henrique. (orgs.). **Direito Internacional**: ensino e pesquisa no Brasil. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021.

BORGES, Maria Creusa de Araújo. **A educação como um direito fundamental, um bem público e um serviço comercializável**. Prefácio de Ingo Sarlet. Campina Grande, PB: EDUEPB, 2018.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. La constitución del algoritmo. El difícil encaje de la constitución analógica en el mundo digital. In: CALLEJÓN, Francisco Balaguer; HUESO, Lorenzo Cotino (Coords.). **Derecho Público de la inteligencia artificial**. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2023.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **La constitución del algoritmo**. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2022.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. El constitucionalismo en su hora crítica. Crisis clásicas y crisis inéditas. In: CALLEJÓN, Francisco Balaguer; SÁNCHEZ, Miguel Azpitarte; LÓPEZ, Enrique Guillén; BARRILAO, Juan Francisco Sánchez (Dirs.). **Los derechos fundamentales ante las crisis económica y de seguridad en un marco constitucional fragmentado**. 1ª ed. Pamplona: Thomson Reuters; Editorial Aranzadi, 2020.

FEIRING, Birgitte. **Indigenous peoples' rights to lands, territories and resources**. ILC (International Land Coalition), Rome, 2013.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**: saberes necessários à prática educativa. 12ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

FREIRE, Paulo. **Ação cultural para a liberdade**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

JIMÉNEZ, M. C. Elsa Veja. **JOSÉ MARTÍ**: Instrucción y Educación. Editorial Pueblo Y Educación: Ciudad de La Habana, Cuba, 1999.

LAWRENCE, Davidson. **Cultural genocide**. (Genocide, political violence, human rights series). British Library, 2012.

MINAYO, M. C. S. **O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde**. 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: Hucitec Editora, 2014.

MINAYO, M. C. S.; DESLANDES, S. F. **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. 25. ed. rev. atual. Petrópolis: Vozes, 2007.

NOVIC, Elisa. **The concept of cultural genocide an International Law Perspective**. First Edition. Oxford University Press, 2016.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires, Argentina: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Global, 2015.

RIBEIRO, Darcy. **O Brasil como problema**. Rio de Janeiro: Fundação Darcy Ribeiro; Brasília, DF: Editora UnB, 2010.

RIBEIRO, Darcy. **The Brazilian people: the formation and meaning of Brazil**. University Press of Florida, 2000.

VALADÉS, Diego (compilador). **Conversaciones académicas con Peter Häberle**. Primera Edición. Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

## DOCUMENTOS E LEGISLAÇÃO

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88\\_Livro\\_EC91\\_2016.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf). Acesso em: 22 de outubro de 2024.

BRASIL. **Lei nº 11.645, de 10 de março de 2008**, altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, modificada pela Lei nº 10.639, de 9 de janeiro de 2003, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da rede de ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena”. Brasília, DF. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11645.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11645.htm). Acesso em: 23 de outubro de 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.639, de 09 de janeiro de 2003**, altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temá-

tica “História e Cultura Afro-Brasileira”. Brasília, DF. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.639.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.639.htm). Acesso em: 22 de outubro de 2024.

BRASIL. LDB: Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. – 7. ed. – Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2023. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/642419/LDB\\_7ed.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/642419/LDB_7ed.pdf). Acesso em: 22 de outubro de 2024.

UNITED NATIONS. General Assembly. Human Rights Council. Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples. Seventeenth session. **Draft study by the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples.** A/HRC/EMRIP/2024/2, 26 April 2024. Disponível em: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/indigenouspeoples/emrip/sessions/session17/a-hrc-emrip-2024-2-en.pdf>. Acesso em: 22 de outubro de 2024.

UNITED NATIONS. General Assembly. Seventy-eighth session. Rights of Indigenous Peoples, José Francisco Calí Tzay. **Report of the Special Rapporteur on the rights of Indigenous Peoples.** Tourism and the rights of Indigenous Peoples, A/78/162, 12 July 2023. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/a78162-tourism-and-rights-indigenous-peoples-report-special-rapporteur>. Acesso em: 22 de outubro de 2024.

UNITED NATIONS. United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues. **Indigenous Peoples, human health, planetary and territorial health and climate change: a rights-based approach.** UNPFII Twenty-second Session: 17-28 April 2023. Disponível em: <https://social.desa.un.org/issues/indigenous-peoples/unpfii/unpfii-twenty-second-session-17-28-april-2023>. Acesso em: 22 de outubro de 2024.

UNITED NATIONS. **Incheon Declaration and framework for action for the implementation of sustainable development goal 4**, 2015. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000245656>. Acesso em: 22 de outubro de 2024.

UNITED NATIONS. **United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples**, 2007. Disponível em: [https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/wp-content/uploads/sites/19/2018/11/UNDRIP\\_E\\_web.pdf](https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/wp-content/uploads/sites/19/2018/11/UNDRIP_E_web.pdf). Acesso em: 22 de outubro de 2024.

UNITED NATIONS. **Universal Declaration of Human Rights**, 1948. Disponível em: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>. Acesso em: 22 de outubro de 2024.

ILO. **Convention on Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries [Convention 169]**. June 27, 1989. Disponível em: <https://normlex.ilo.org/dyn/>

normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\_ILO\_CODE:C169.  
Acesso em: 19 de outubro de 2023.

UNESCO. **Constitution of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization**. Adopted in London on 16 November, 1945. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/unesco/about-us/who-we-are/history/constitution/>. Acesso em: 20 de outubro de 2022.

## WEBSITES

<https://aippnet.org/>

<https://www.forus-international.org/pt/custom-page-detail/100091-indigenous-peoples-ai-is-inherently-ridden-with-algorithm-bias-and-poisoned-data-100091>

<https://www.weforum.org/publications/global-risks-report-2025/>

Recebido em: 29/01/2025

Aprovado em: 08/07/2022

# ENTRE AUTONOMIA E SOLIDARIEDADE: UMA PROPOSTA DE MODIFICAÇÃO DA LEGÍTIMA A PARTIR DO MODELO SUCESSÓRIO CUBANO

## BETWEEN AUTONOMY AND SOLIDARITY: A PROPOSAL FOR CHANGING THE “LEGÍTIMA” BASED ON THE CUBAN SUCCESSION MODEL

MARIANA ALVES LARA \*

ANA CAROLINA DE MARI ROCHA BENÍCIO CARVALHO \*\*

### RESUMO

Na maioria dos ordenamentos jurídicos, a autonomia privada é limitada pelo Estado de maneira que o autor da herança não pode determinar livremente o destino da totalidade dos seus bens, devendo observar a legítima dos herdeiros necessários. Tradicionalmente, esse percentual intocável da herança busca proteger a família e assegurar a igualdade objetiva entre os herdeiros. Contudo, a imposição da legítima por meio de um comando estatal genérico e impessoal não somente reduz a autonomia privada do testador, como também nem sempre atende ao princípio da solidariedade familiar. Assim, faz-se preciso investigar alternativas que, embora não suprimam a legítima, corrijam suas principais disfunções práticas, a exemplo do modelo assistencialista adotado por Cuba. Norteando-se por essas premissas, a pesquisa adotou a vertente metodológica jurídico-dogmática, de tipos jurídico-comparativo e jurídico-propositivo, com fins a apresentar, a partir da comparação entre dois sistemas jurídicos, reflexões sólidas acerca da necessidade de modernização das normas que regulam o fenômeno sucessório no Brasil. O objetivo principal é oferecer soluções razoáveis para a substituição ou adequação da legítima por intermédio de mecanismo jurídico que garanta a observância ao princípio da solidariedade sem, contudo, imolar a autonomia privada no altar da funcionalização assistencialista da

### ABSTRACT

*In most legal systems, private autonomy is limited by the government in such a way that the author of the inheritance cannot freely determine the destination of all of his assets and must observe the “legítima” share of the necessary heirs. Traditionally, this untouchable percentage of the inheritance seeks to protect the family and ensure objective equality among the heirs. However, the imposition of the “legítima” through a generic and impersonal state command not only reduces the private autonomy of the testator, but also does not always satisfy the principle of family solidarity. Therefore, it is necessary to investigate alternatives that, although they do not eliminate the “legítima”, correct its main practical dysfunctions, such as the welfare model adopted by Cuba. Guided by these premises, the research adopted the legal-dogmatic methodological approach, of legal-comparative and legal-propositive types, with the aim of presenting, based on the comparison between two legal systems, solid reflections on the need to modernize the rules that regulate the inheritance phenomenon in Brazil. The main objective is to offer reasonable solutions for the replacement or adaptation of the “legítima” through a legal mechanism that guarantees compliance with the principle of solidarity without, however, sacrificing private autonomy on the altar of the*

\* Doutora em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Professora Adjunta de Direito Civil da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).  
E-mail: ml.marianalara@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8580-3405>.

\*\* Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).  
E-mail: anacarolinamari@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-2037-1223>.

herança. Concluiu-se, desse modo, por uma reformulação do direito sucessório brasileiro de maneira que a autonomia privada das pessoas seja restrita somente na medida em que assegure a assistência necessária aos herdeiros do falecido em situação de vulnerabilidade econômica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito das Sucessões. Legítima. Autonomia privada.

*welfare functionalization of the inheritance. The conclusion was that Brazilian inheritance law should be reformulated so that the private autonomy of individuals is restricted only to the extent that it ensures the necessary assistance to the heirs of the deceased in a situation of economic vulnerability.*

**KEYWORDS:** Succession Law. Legítima. Private autonomy.

## INTRODUÇÃO

Diante da inescapável finitude da vida, a morte, com os seus desdobramentos, é objeto de extensa normatização. Se não pode evitá-la, a humanidade tenta, ao menos, controlar os efeitos que ela gera no mundo dos vivos, por meio de um sistema jurídico com normas abstratas e pessoais.

Em grande parte dos ordenamentos jurídicos, sobretudo aqueles de origem romano-germânica, a sucessão relativa ao patrimônio deixado por uma pessoa após a sua morte é regulada de duas maneiras: uma que é determinada pelas disposições *causa mortis* do falecido, isto é, de acordo com a própria vontade do *de cuius* dentro dos limites impostos pela lei, e outra que é regulada exclusivamente pela lei, conforme a vontade presumida daquele que se foi.

Ocorre que mesmo na hipótese em que se privilegia a autonomia daquele que era o legítimo proprietário dos bens, existe uma fração do patrimônio, chamada em muitos países de língua latina de “legítima”, que é reservada a alguns parentes do falecido a quem a lei reputa como herdeiros obrigatórios, motivo pelo qual essa reserva recebeu a alcunha de “herança forçada”, pois, assim como a morte, não se pode dela escapar. Dessa forma, o autor da herança somente pode determinar, de acordo com a sua própria vontade, o destino de parte de seus bens.

Comumente, a imposição da legítima em um ordenamento jurídico é baseada na ideia de proteção à família, porque permite assegurar a conservação dos bens no mesmo núcleo familiar, além de garantir uma certa igualdade objetiva na distribuição do patrimônio entre os parentes mais próximos do falecido<sup>1</sup>.

Essa parcela da propriedade protegida por lei varia consideravelmente conforme a opção legislativa de cada ordenamento que a institui, podendo ser diferente não só em relação ao tamanho da fração que será acautelada como também em relação a quais classes de herdeiros serão protegidas<sup>2</sup>.

De todo modo, pode-se dizer que essa reserva da herança possui uma construção que, para além de jurídica, possui forte natureza sociocultural. Por

1 LUCÁN, 2009, p. 507.

2 ALOY VAQUER, 2007, p. 3.



esse motivo, alguns autores afirmam que a tensão entre a liberdade de testar e a imposição de uma reserva de herança destinada a determinados parentes do falecido se apresenta não apenas como uma questão de direito privado, mas também como uma discussão que atinge as raízes profundas da própria sociedade<sup>3</sup>.

Proveniente da cultura jurídica legada por Portugal que, por sua vez, origina-se de adaptações do direito romano, a legítima no Brasil corresponde à metade do patrimônio do *de cujus* e pertence aos chamados herdeiros necessários, que são os descendentes, ascendentes e cônjuge, nos termos do art. 1.845<sup>4</sup> e do art. 1.846<sup>5</sup> do Código Civil brasileiro.

Além disso, a legítima brasileira desfruta de assegurada intangibilidade, que se verifica tanto quantitativa quanto qualitativamente. De forma quantitativa, a intangibilidade da legítima se manifesta no fato de que nem o testador nem os herdeiros podem reduzir suas frações ideais. Em âmbito qualitativo, a legítima é protegida na forma do art. 1.848 do Código Civil, que proíbe o testador, sem justa causa, de gravar suas parcelas com cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, bem como de converter os bens da legítima em outros de espécie diversa.

Independentemente da forma como é disciplinada, a sucessão *causa mortis* assume tanto uma função econômica de regular a transferência de patrimônio por ocasião da morte de uma pessoa conforme a destinação por ela escolhida dentro dos limites legais, quanto uma função social de proteger a família do *de cujus* e promover essa transferência, tanto quanto possível, de forma igualitária entre os herdeiros. Por esta razão, o Direito das Sucessões é diretamente influenciado pelas normas e pelas mudanças sociais atinentes à família<sup>6</sup>.

Assim, o sopesamento entre a autonomia privada do *de cujus*, legítimo proprietário dos bens que serão transmitidos, e o princípio da solidariedade familiar possui especial relevância. Afinal, a imposição da legítima, em alguns casos, pode limitar injustificadamente a autonomia das pessoas, ao mesmo tempo em que não efetiva o princípio da solidariedade.

Nesse cenário, verifica-se a necessidade de aprimoramento dos sistemas sucessórios de modo a conciliar um maior exercício da autonomia privada e da liberdade do *de cujus*, sem excluir a necessária assistência aos seus herdeiros que se encontrem em situação de vulnerabilidade econômica, assim como ocorre em modelos sucessórios mais flexíveis.

Norteando-se por essas premissas, a pesquisa adotou a vertente metodológica jurídico-dogmática, de tipos jurídico-comparativo e jurídico-propositi-

3 SCHMIDT, 2019, p. 4.

4 Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

5 Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

6 WAAL, 2007. p. 2.

vo<sup>7</sup>. A partir da identificação de similitudes e diferenças entre sistemas jurídicos distintos no tocante à herança forçada, são apresentadas algumas reflexões e propostas acerca da necessidade de modernização das normas que regulam o fenômeno sucessório no Brasil. Realizou-se, pois, uma microcomparação sob o viés funcional, uma vez que a comparação se lastreou na busca por figuras que cumprem funções equivalentes nas ordens jurídicas escolhidas, aptas a solucionar os mesmos problemas<sup>8</sup>.

Para fins de comparação, foi escolhido o modelo cubano de legítima assistencial, que se fundamenta na premissa de autonomia do *de cuius*, a qual só será limitada nos casos em que existam herdeiros especialmente protegidos, nos termos definidos pela legislação. Ao final, defende-se que este modelo pode trazer inspirações para modificações no direito sucessório brasileiro com fins à obtenção de um melhor equilíbrio entre a autonomia do testador e o dever de solidariedade familiar.

## 1. SOLIDARIEDADE FAMILIAR E AUTONOMIA PRIVADA NO REGIME DA LEGÍTIMA

Em grande parte dos ordenamentos jurídicos, o Direito das Sucessões está fundado nos ideais de solidariedade e propriedade familiar<sup>9</sup>. Segundo o primeiro ideal, existe um dever de os membros mais velhos sustentarem seus familiares, especialmente filhos, e de os filhos retribuírem as benesses concedidas pelos seus ascendentes ao longo dos anos<sup>10</sup>. Já o segundo propósito é baseado na premissa de que o patrimônio construído ao longo de gerações deve permanecer no mesmo núcleo original<sup>11</sup>.

Com o passar do tempo, no entanto, percebeu-se que a sucessão familiar deveria ser conciliada com a autonomia do *de cuius*, consubstanciada em um instrumento negocial, qual seja o testamento, por meio do qual ele determina o destino que gostaria de dar aos seus próprios bens. A maneira mais lógica de se promover um equilíbrio entre esses ideais foi encontrada na reserva obrigatória de uma parte da herança para os familiares mais próximos, independentemente da vontade do autor da herança, deixando a outra parte para a destinação conforme o seu arbítrio<sup>12</sup>.

Os defensores da legítima também arrazoam que o instituto serve para garantir uma certa estabilização das relações familiares, uma vez que impede que o patrimônio do *de cuius* seja integralmente legado a um estranho, garan-

---

7 GUSTIN, DIAS, NICÁCIO, 2020, p. 83.

8 ZWEIGERT; KÖTZ, 1998, p. 34.

9 ZIMMERMANN, 2019, p. 7.

10 LUCÁN, 2009, p. 502.

11 SCHMIDT, 2019, p. 9.

12 ZIMMERMANN, 2019, p. 8.

tindo uma divisão justa, pelo menos de um ponto de vista superficial, entre os herdeiros de mesma classe<sup>13</sup>.

Desse modo, a herança e a sucessão como um todo não são vistas apenas a partir dos interesses titularizados pelo falecido, mas de todos os outros envolvidos no fenômeno sucessório, isto é, limita-se a autonomia privada do *de cujus* para que a sucessão hereditária seja direcionada pela solidariedade familiar<sup>14</sup>. De maneira geral, esses são os principais fatores que fazem a legítima não ser vista com maus olhos pela população em geral.

No Brasil, a imposição de uma legítima aos herdeiros necessários remonta à tradição jurídica de Portugal que, a seu turno, foi moldada a partir de uma adaptação visigótica do direito romano.<sup>15</sup> Nas Ordenações Filipinas, promulgadas em 1603 por D. Filipe II de Portugal e que vigoraram no Brasil até a entrada em vigor do Código Civil de 1916, a legítima era prevista no importe de dois terços dos bens do falecido<sup>16</sup>.

Clóvis Bevilacqua, autor do primeiro Código Civil brasileiro, era um defensor ferrenho da herança forçada e descrevia a liberdade ilimitada de testar como uma arma perigosa que dissolve o bem-estar doméstico e é capaz de perturbar a base econômica da sociedade<sup>17</sup>. Assim, em seu projeto de Código Civil, originalmente reservava dois terços da herança como legítima. Durante a tramitação do projeto de lei no Congresso Nacional, foram feitas tentativas, sem sucesso, de abolir a herança forçada<sup>18</sup>. Felipe Quintella chega a afirmar que esse foi o assunto mais polêmico e mais debatido dentro do direito das sucessões<sup>19</sup>. Ao final, manteve-se a legítima, mas ampliou-se a parte disponível de um terço para metade<sup>20</sup>.

Conforme pontua Schmidt, os defensores da legítima invocavam argumentos históricos, como a evolução do direito romano da liberdade de testar para a herança forçada; argumentos comparativos, pontuando que nenhum dos países da Europa garantia plena liberdade de testar; e ideais de tratamento igualitário dos filhos expostos no bojo da Revolução Francesa<sup>21</sup>.

O Código Civil de 2002 repetiu o mesmo regramento da codificação anterior, de modo que o art. 1.846 também fixa o percentual da herança forçada

13 SCHMIDT, 2019, p. 7.

14 RIBEIRO, 2021, p. 129 e 130.

15 SCHMIDT, 2015, p. 119.

16 PORTUGAL, 1747, p. 64.

17 BEVILAQUA, 1976, p. 918.

18 Como a sugestão de supressão da legítima elaborada pelos deputados Adolfo Gordo e Fausto Cardoso. Ver CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1902, p. 370.

19 CARVALHO, 2017, p. 222.

20 Código Civil de 1916, Art. 1.576: "Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança".

21 SCHMIDT, p. 8.

em cinquenta por cento. Destaca-se que a tentativa de reforma do Código Civil em curso no Brasil, por meio da tramitação do Projeto de Lei n. 4 de 2025, não propõe a abolição da legítima e nem a redução do seu percentual<sup>22</sup>.

Ocorre, contudo, que a despeito de estar imbuída do ideal de solidariedade, a imposição da legítima de forma rígida e puramente matemática e abstrata, alheia às particularidades de cada fenômeno sucessório, pode produzir algumas distorções indesejadas. Em muitos casos, a autonomia privada do *de cujus* será limitada somente porque determinados indivíduos guardam com ele certa relação de consanguinidade, desconsiderando-se quaisquer outras características relacionais.

Desse modo, no estado atual do direito sucessório no Brasil, a legítima é imposta independentemente das necessidades das pessoas que sucederão o autor da herança, bastando apenas o vínculo de parentesco próximo para os fins de recebimento de uma fração do patrimônio deixado pelo falecido. Não obstante, diante das novas configurações sociais, econômicas, tecnológicas e, sobretudo, familiares, experimentadas nos últimos anos, as disfunções desse modelo estanque de reserva legitimária estão se tornando cada vez mais evidentes.

A funcionalização irrefletida da sucessão *mortis causa*, bem como a sua vinculação com o princípio da solidariedade, fizeram com que o escopo da autonomia privada se tornasse bastante reduzido nessa seara, de modo que a liberdade humana tem sido asfixiada em nome de uma suposta proteção aos membros da família.

Concebida como um dos fundamentos do direito privado contemporâneo, a autonomia privada está associada à liberdade de regular as próprias ações<sup>23</sup> e à autodeterminação efetivada pelos próprios particulares interessados<sup>24</sup>. Por isso, grande parte da manifestação da autonomia privada dos sujeitos se encontra, justamente, no poder de dispor livremente de seus bens, ou seja, de poder decidir o destino do seu patrimônio, ou, como ensina Perlingieri, de submeter à sua vontade a regulação de relações jurídicas especialmente patrimoniais<sup>25</sup>, como é o caso das questões afetas à sucessão hereditária.

Assim, uma vez entendida a autonomia privada como princípio conformador da própria ordem jurídica, é importante assegurar ao *de cujus* que, como proprietário, ele possa decidir livremente o destino de seu patrimônio de acordo com suas convicções pessoais, sem a necessidade de prestar justificativas acerca da moralidade ou da justeza de suas escolhas. As limitações à sua liberdade,

---

22 O Projeto de Lei n. 4 de 2025 propõe apenas a inclusão de um parágrafo único no art. 1.864 com seguinte teor: “O testador, se quiser, poderá destinar até um quarto da legítima a descendentes e ascendentes que sejam considerados vulneráveis ou hipossuficientes.”

23 PERLINGIERI, 2008, p. 335.

24 BETTI, 1969, p. 99.

25 PERLINGIERI, 2008, p. 340.

sobretudo advindas do Estado, somente devem ser admitidas em caráter excepcional, ou seja, em situações em que exista uma justificativa jurídica forte o bastante para essa limitação.

Nesse sentido, nos casos em que o *de cuius* não possui nenhum herdeiro economicamente dependente ou em alguma situação de vulnerabilidade, obrigá-lo a agir exclusivamente de acordo com interesses públicos, consubstanciados em uma solidariedade que nem sequer é necessária concretamente, significa reduzir a pessoa a um instrumento da coletividade.

Por outro lado, em situações em que há herdeiros necessitados e dependentes do *de cuius*, a transmissão de uma parte da herança para esses sucessores não se afigura como uma imposição absurda e autoritária, mas, pelo contrário, demonstra-se razoável.

No entanto, em sistemas sucessórios como o do Brasil, a formatação atual e automática da legítima, como dito, faz-se alheia à existência de necessidades concretas por parte dos herdeiros, de modo que a reserva de parte do patrimônio do *de cuius* ocorrerá independentemente de quem sejam seus sucessores ou das condições financeiras destes. Tais sistemas sucessórios fazem com que o princípio da solidariedade, norteador das relações familiares, seja confundido com mero assistencialismo, desvirtuando a herança sob um ponto de vista funcional.

Isso não quer dizer que a solidariedade não seja um princípio importante ou que deva ser desconsiderada. O que se está a defender é que a solidariedade seja aferida de acordo com o caso concreto, isto é, ela deve ser aplicada nas situações em que realmente existam herdeiros a se socorrer, sob pena de, imposta de maneira descontextualizada, fazer com que os indivíduos, donos de interesses e vontades próprios, vejam-se dissolvidos no “todo familiar”, impossibilitados de cumprir seus anseios e desejos particulares.

Em outras palavras, a legítima, caso não seja cuidadosamente positivada, pode acabar indo contra o seu próprio fundamento, pois, baseada em critérios abstratos de parentesco e em uma igualdade meramente formal, impede a promoção de uma sucessão efetivamente solidária, de acordo com as reais necessidades dos familiares, e se torna uma limitação injustificada à autonomia privada dos indivíduos.

Além disso, o aumento da autonomia do *de cuius*, em vez de suplantar a solidariedade familiar, pode permitir que ela seja mais adequadamente exercida em favor de eventuais herdeiros necessitados na medida de suas necessidades. Partindo dessas premissas, a investigação de outros modelos sucessórios se demonstra pertinente para a verificação de outras alternativas legais.

## 2. A LEGÍTIMA NO DIREITO CUBANO

Na busca por sistemas alternativos para o direito sucessório, o modelo adotado em Cuba se destaca na tentativa de alcançar um verdadeiro equilíbrio entre a autonomia do testador e o dever de solidariedade familiar. Neste sistema, o direito de dispor livremente dos bens para depois da morte é visto de maneira soberana, podendo ser limitado apenas diante de certas causas especiais e devidamente comprovadas<sup>26</sup>.

Neste contexto, conforme esclarece Leonardo Bernardino Pérez Gallardo, é preciso ter em mente que as normas sobre a legítima constituem exceções e nunca a regra no ordenamento jurídico cubano<sup>27</sup>.

Partindo desta premissa, o Código Civil de Cuba, Lei n. 59 de 1987, estabelece em seus artigos 492 a 495 uma limitação à liberdade de testar, no importe de metade da herança, apenas quando existirem os chamados *herdeiros especialmente protegidos*<sup>28</sup>. Estes são definidos como filhos (ou seus descendentes, quando os filhos forem pré-mortos), cônjuges ou ascendentes, que não estejam aptos a trabalhar e dependam economicamente do *de cujus*.

A codificação ainda estabelece que havendo dois ou mais herdeiros especialmente protegidos, a herança será dividida em partes iguais entre todos<sup>29</sup>. Ou seja, em Cuba, uma relação de parentesco não é suficiente, por si só, para a imposição da legítima ao testador. É necessário conjugar o requisito de parentesco com a necessidade econômica do herdeiro, para que a autonomia do *de cujus* seja limitada. Tem-se, pois, uma legítima de caráter assistencial<sup>30</sup>.

26 Neste sentido, a Sala de lo Civil y de lo Administrativo do Tribunal Supremo de Cuba decidiu na sentença nº 484 de 31 de julho de 2003 que: “[D]ebe entenderse que la novedosa institución del heredero especialmente protegido que tutela nuestro Código Civil, deviene ante todo limitación al soberano derecho de testar libremente, de donde sólo por causas especiales y fehacientemente demostradas puede someterse a cuestionamiento el libre ejercicio de la facultad de una persona de disponer libremente sobre sus bienes para después de su muerte.”

27 GALLARDO, 2012, p. 181.

28 ARTÍCULO 492.1. *La libertad de testar se limita a la mitad de la herencia cuando existen herederos especialmente protegidos.*

29 ARTÍCULO 493.1. *Son herederos especialmente protegidos, siempre que no estén aptos para trabajar y dependen económicamente del causante, los siguientes:*

1. a) los hijos o sus descendientes en caso de haber premuerto aquéllos;

2. b) el cónyuge sobreviviente;

3. c) los ascendientes.

4. *Si concurren a la herencia dos o más herederos especialmente protegidos, heredan por partes iguales.*

30 Vale mencionar o entendimento de Vincenzo Barba que, contraindo a posição dominante, entende que a legítima em Cuba não é puramente assistencial, uma vez que possui um valor fixo, correspondente sempre à metade do patrimônio, independentemente do número e da classe de herdeiros protegidos. BARBA, 2021.

Segundo Gallardo, o Código Civil de 1987 se caracteriza por um “laco-nismo exacerbado de seus preceitos”, de modo que em muitos pontos, como na caracterização do herdeiro especialmente protegido, o legislador não completou a obra e deixou a tarefa de delimitar o conceito nas mãos dos juízes e demais aplicadores do direito, o que tem sido feito em grande medida pela doutrina e pela jurisprudência nos últimos anos.<sup>31</sup>

De todo modo, no tocante à necessidade econômica, a legislação cubana impõe dois requisitos para sua verificação. O primeiro se refere à inaptidão para o trabalho, definida por Vincenzo Barba como “qualquer situação de impossibilidade física ou psíquica que impeça uma pessoa de desenvolver uma atividade laboral ou, mais exatamente, constituir-se parte de uma relação laboral que lhe permita uma remuneração suficiente para levar uma vida independente”.<sup>32</sup> Nesta definição podem se enquadrar crianças e adolescentes<sup>33</sup>, jovens matriculados em cursos de ensino superior<sup>34</sup>, pessoas idosas ou com certas deficiências que impeçam o exercício de atividade laborativa, para além de outras possibilidades a serem verificadas em concreto.

O segundo requisito, dependência econômica do autor da herança, é uma cláusula geral que também deve ser interpretada de acordo com as especificidades de cada caso, mas que significa uma situação de subordinação econômica tal, que a pessoa não pode satisfazer suas necessidades básicas por seus próprios meios<sup>35</sup>. Mesmo que o sujeito tenha alguma forma de renda, como uma aposentadoria, se comprovar a situação de vulnerabilidade econômica, ou seja, que não consegue viver de maneira digna com seus rendimentos, dependendo do falecido, poderá ser considerado herdeiro especialmente protegido.

Em resumo, de acordo com Gallardo, o vínculo de parentesco ou marital, a inaptidão para o trabalho e a dependência econômica com o *de cujus* constituem a “tríade de exigências que se impõem de maneira inexpugnável por quem busca obter o reconhecimento judicial favorável à condição” de herdeiro especialmente protegido<sup>36</sup>, o que já foi, inclusive, reconhecido pelo Tribunal Supremo do país.<sup>37</sup>

---

31 GALLARDO, 2012, p. 383.

32 BARBA, 2021, p. 10.

33 Destaca-se que, na lógica adotada no direito cubano, a menoridade não levará necessariamente à condição de herdeiro especialmente protegido, uma vez que também para os filhos na infância ou adolescência será necessário verificar a vulnerabilidade econômica.

34 Essa é a interpretação mais recente do Tribunal Supremo Cubano, que afirmou que o estudante que cursa uma carreira universitária deve ser considerado sempre em situação substancial de inaptidão para trabalhar, de modo que depende economicamente de seu pai, devendo ser considerado herdeiro especialmente protegido. Tribunal Supremo, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Sentencia n° 259 de 30 de abril de 2015.

35 BARBA, 2021, p. 11.

36 GALLARDO, 2012, p. 180.

37 Tribunal Supremo, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Sentencia n° 484 de 31 de julio

Esta condição de herdeiro especialmente protegido apresenta as seguintes características: *i)* excepcionalidade, posto que a maioria das pessoas não é vulnerável economicamente; *ii)* finalidade protetora; *iii)* transitoriedade, pois não é uma condição permanente do indivíduo, devendo ser constatada no momento da abertura da sucessão; *iv)* intransmissibilidade, em razão de se ligar a circunstâncias muito particulares de um sujeito; *v)* renunciabilidade, podendo o herdeiro, desde a morte do *de cuius* até a sucessão, renunciar livremente à sua condição.<sup>38</sup>

No tocante ao valor da legítima, verifica-se nas disposições da codificação cubana, que o percentual é fixo, ou seja, cinquenta por cento do patrimônio do *de cuius*, e que a divisão será sempre feita de maneira igualitária entre todos os herdeiros especialmente protegidos, não importando quantos são ou a qual categoria pertençam. Verifica-se, pois, uma simplicidade nas regras previstas e uma busca pela proteção de todos os herdeiros especialmente protegidos em condições de igualdade.

Para fins de cálculo do valor da legítima, o Código Civil cubano determina no art. 378, “a” que serão rescindíveis as doações que excedam a parte disponível, por serem inoficiosas<sup>39</sup>. Ou seja, caso o autor da herança tenha feito doações a herdeiros não considerados especialmente protegidos, é preciso avaliar o montante doado e, se ultrapassar a metade da herança, deverão ser reduzidas. Se a doação tiver sido feita a um herdeiro especialmente protegido, esse montante será levado em consideração no cálculo de sua quota parte da herança. Ainda, a codificação consagra o direito subjetivo do herdeiro especialmente protegido de requerer a sua parte ou um complemento na legítima, caso tenha sido preterido (art. 494 e 495)<sup>40</sup>. Essas normas consagram a proteção à intangibilidade quantitativa da legítima.<sup>41</sup>

---

del 2003: “[L]a aplicación del precepto señalado como infringido (artículo 493) requiere la concurrencia simultánea e inequívoca de los tres requisitos exigidos, en este caso, ser cónyuge sobreviviente del causante, no estar apto para trabajar y dependencia económica del testador, debiéndose abundar en el sentido que la omisión de uno solo de los mencionados, hace inaplicable el precepto.”

38 GALLARDO, 2012, p. 377.

39 ARTÍCULO 378. Es rescindible, por inoficiosa, la donación que: a) excede lo que puede darse o recibirse por testamento (...).

40 ARTÍCULO 494. El heredero especialmente protegido a quien el testador haya dejado, por cualquier título, menos de la proporción que le corresponde, puede pedir el complemento de la misma.

ARTÍCULO 495.1. La preterición de alguno o de todos los herederos especialmente protegidos, que vivan al otorgarse el testamento o que nazcan después de muerto el testador, anula la institución de heredero, pero valen los legados en cuanto no excedan de la parte de los bienes de que el testador puede disponer libremente.

2. Si los herederos preteridos mueren antes que el testador, la institución de heredero surte efectos si aquéllos no dejan descendencia, pero si la dejan, los descendientes heredan por representación siempre que concurran en ellos las circunstancias que determinan la especial protección.

41 CARDONA; CRUZ, 2015, p. 207.



É importante mencionar que a preterição não deve ser interpretada como falta de menção no testamento, mas como falta de atribuição patrimonial. Isso porque o herdeiro especialmente protegido pode ter sido omitido no testamento, mas ter recebido bens ou direitos a título de liberalidade do autor da herança como adiantamento de legítima, não sendo aplicável o instituto da preterição neste caso.<sup>42</sup>

A esse respeito, Vincenzo Barba afirma que no direito cubano não se protege o direito de ser herdeiro em si, mas o direito de conseguir uma parcela da herança, pois caso o herdeiro especialmente protegido já tenha recebido por doação bens de valor correspondente ao que seria sua quota parte na herança, não terá nenhuma ação e nem poderá reclamar sua condição de herdeiro.<sup>43</sup>

Muito embora não haja regra específica no Código Civil cubano, Raúl José Vega Cardona e Ediltrudis Panadero de la Cruz esclarecem que o cálculo da legítima deve ser feito a partir da determinação do ativo bruto do falecido, com a subtração do passivo, o que permitirá conhecer o *relictum*. A este montante, será acrescentado o *donactum*, que consiste nas liberalidades realizadas pelo *de cujus* a herdeiros ou a estranhos. Após, divide-se o valor pela metade, conforme percentual previsto na lei, para se chegar à legítima global. Por fim, a legítima individual dependerá do número de herdeiros especialmente protegidos.<sup>44</sup>

Para além da proteção quantitativa, a legítima também é protegida qualitativamente<sup>45</sup> pela disposição do art. 492, 2, que impede que o testador coloque qualquer gravame na parte que a compõe<sup>46</sup>.

Por todo o exposto, como sintetiza Gallardo, a legítima no direito cubano tem uma função social que justifica sua sobrevivência. Para além do mero trânsito intergeracional de riquezas e de patrimônio familiar que tem sustentado o direito de sucessão *causa mortis*, a legítima assistencial dinamiza as sucessões e atende às necessidades do sujeito economicamente vulnerável.<sup>47</sup>

### 3. EM BUSCA DE MELHORIAS

Diante das reflexões acima apontadas, que trataram da conjugação dos princípios da autonomia privada e da solidariedade familiar, bem como de um exemplo prático de sistema sucessório que busca harmonizar tais valores, verifica-se a necessidade de aprimoramento das normas que regulam a legítima nos países que a instituem de maneira estática.

42 CARDONA; CRUZ, 2015, p. 209.

43 BARBA, 2021. p. 3.

44 CARDONA; CRUZ, 2015, p. 203.

45 BARBA, 2021.

46 “Art. 492.2. El testador no puede imponer gravamen alguno a la porción de la herencia que corresponde a los herederos especialmente protegidos”.

47 GALLARDO, 2012, p. 385.

Embora o modelo da legítima assistencial cubana tenha sido mencionado com maior detalhamento, variações com propósito semelhante também podem ser encontradas em outros países<sup>48</sup>. Não obstante, dada a natureza da pesquisa e a metodologia utilizada, optou-se pela comparação com o modelo de Cuba, uma vez que, diante de suas já mencionadas características, os valores e as normas desse sistema se coadunam com o ideal de uma legítima adaptada às reais necessidades de cada fenômeno sucessório.

De todo modo, é preciso ressaltar que as experiências de cada país são determinadas por múltiplos fatores, sobretudo extrajurídicos, de maneira que o modelo adotado por Cuba pode não ser o mais adequado, do ponto de vista jurídico ou social, para outro país. Em todo caso, adaptações sempre serão necessárias no intuito de respeitar a tradição jurídica e o contexto cultural de cada ordenamento jurídico. A simples importação de um instituto do direito estrangeiro é um equívoco perigoso.

Para além dessas ressalvas, é preciso enfatizar que o propósito deste texto não é traçar um modelo amplo e definitivo de reforma do sistema de herança forçada, mas tão somente apresentar algumas sugestões pontuais que estimulem o debate a respeito do tema. Inclusive, mudanças ainda mais profundas poderiam ser defendidas, mas optou-se nesta oportunidade por respeitar a essência do ordenamento jurídico brasileiro e sugerir alguns ajustes no campo da maleabilidade da incidência da herança forçada, mas que já representariam um enorme avanço na busca pela ampliação da autonomia do testador.

Uma primeira sugestão seria a exclusão do cônjuge e do companheiro do rol de herdeiros necessários. A questão patrimonial afeta a eles pode ser resolvida de acordo com o regime de bens que rege o casamento ou a união estável. Caso o autor da herança deseje contemplá-los com mais bens para além da meação ou se não houver bens em comum, poderá fazer uso do testamento para tal fim.

Este, inclusive, parece ser o caminho que vem sendo traçado no Brasil. A comissão de juristas responsável pela reforma do Código Civil brasileiro, no relatório final entregue ao Congresso Nacional em abril de 2024, que se converteu no Projeto de Lei n. 4 de 2025, sugeriu alterar a codificação para que constem

---

48 Na Eslovênia, por exemplo, avós e irmãos do falecido que são incapazes de trabalhar e prover o próprio sustento possuem direito à “legítima” e, desde 2001, o cônjuge ou herdeiro sem meios suficientes para se manter pode requerer judicialmente um aumento de suas quotas. Na Lituânia, apenas os filhos que eram dependentes do *de cuius* à época de sua morte têm direito a uma parte reservada da herança. Na Rússia, somente os filhos menores do falecido e o cônjuge ou pais com deficiência têm o direito de requerer pelo menos metade do acervo hereditário. FERNÁNDEZ-HIERRO; FERNÁNDEZ-HIERRO, 2010, p. 27. Na América Latina, modelos interessantes também podem ser encontrados. Em Honduras, Nicarágua e El Salvador, a “legítima” foi suprimida, mas o *de cuius* deve fazer provisões alimentares aos seus herdeiros por meio de um testamento e, caso não as faça, os herdeiros passam a ter uma pretensão contra a herança que poderá ser judicializada. SCHMIDT, 2019, p. 52.

como herdeiros necessários apenas os descendentes e ascendentes.<sup>49</sup> Segundo a justificativa apresentada pela comissão, o ingresso da mulher no mercado de trabalho e o crescente aumento de famílias recompostas trouxeram essa necessidade de reflexão e reconsideração acerca da posição do cônjuge e do companheiro na sucessão legítima<sup>50</sup>. Esta proposta foi muito bem recebida por grande parte dos especialistas brasileiros em direito das famílias e sucessões. No geral, os juristas afirmam que esta medida aumenta a autonomia do testador, facilita o planejamento sucessório e possibilita a dissociação patrimonial entre os cônjuges ou companheiros, tanto em vida quanto após a morte<sup>51</sup>.

No tocante aos descendentes e ascendentes, defende-se que a legítima deveria ser sempre assistencial, seguindo a ideia geral do modelo cubano no que se refere aos herdeiros especialmente protegidos. Ou seja, a liberdade de testar apenas seria limitada se houvesse descendentes ou ascendentes inaptos ao trabalho e dependentes economicamente do *de cuius*. A conjugação destes dois critérios parece ser muito assertiva no desiderato de garantir o princípio da solidariedade familiar e manter as relações estabelecidas antes do falecimento, sem estimular eventual ócio do herdeiro. A definição concreta destes critérios precisa mesmo ficar a cargo da jurisprudência, que conseguirá ponderar os elementos fáticos de cada situação, fixando aos poucos os precedentes que garantirão a segurança jurídica, sem engessamentos desnecessários.

Havendo dois ou mais herdeiros que preencham os requisitos de inaptidão para o trabalho e dependência econômica do falecido, a herança seria dividida igualmente entre todos, como previsto no Código Civil cubano. Também se entende acertada a possibilidade de representação em caso de herdeiro pré-morto, desde que verificados os dois requisitos para a proteção especial. Por fim, julga-se adequado o percentual de cinquenta por cento da herança legítima, como previsto tanto em Cuba, quanto no Brasil.

O Código Civil cubano proíbe que o testador coloque gravames na porção da herança reservada aos herdeiros especialmente protegidos. Contudo, no Brasil, o Código Civil já permite que se grave a legítima com cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, se houver justa causa declarada no testamento (art. 1.848). Mais além, a proposta de reforma da codificação brasileira, sob o viés de ampliar a liberdade testamentária<sup>52</sup>, propõe retirar a exigência de justa causa<sup>53</sup>, solução que melhor se amolda ao paradigma

---

49 No PL 4/2025, sugeriu-se a seguinte redação para o Art. 1.845 do Código Civil brasileiro: “São herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes”.

50 CJCODCIVIL, 2024, p. 305.

51 HIGÍDIO, 2024.

52 SUBCOMISSÃO DE DIREITO DAS SUCESSÕES, 2023, p.73.

53 PL 4/2025: “1.848. Pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima”.

de respeito à autonomia do testador. Por esta razão, este seria um ponto de distanciamento do modelo cubano, em respeito às regras do ordenamento jurídico brasileiro.

No tocante à proteção quantitativa da herança forçada, tem-se que Brasil (art. 2.002 e seguintes) e Cuba (art. 378) preveem que as liberalidades feitas pelo testador em vida devem ser contabilizadas para o cálculo da parte disponível e para a correta definição dos quinhões dos herdeiros. Entende-se acertado que esse ajuste seja feito em relação a terceiros e a herdeiros não vulneráveis. Contudo, em relação aos herdeiros especialmente protegidos, pode-se verificar a situação em que eles nada receberiam após a morte do *de cuius*, por terem recebido liberalidades em vida, o que lhes deixaria desprotegidos. Assim, sugere-se a possibilidade de mudança legislativa para que os bens recebidos a título gratuito ao longo da vida, em razão da inaptidão para o trabalho e da dependência econômica com o falecido, não fossem colacionados.

Ademais, uma outra proposta interessante para o sistema sucessório brasileiro, que também encontra eco na já mencionada iniciativa de atualização do Código Civil<sup>54</sup>, é a de tornar possível a conversão da legítima em dinheiro. Essa possibilidade, além de reduzir problemas de cálculos e inconvenientes com a formação de condomínios indesejados sobre os bens que integram a herança, também se demonstra condizente com as tendências internacionais de configuração da legítima como uma espécie de direito de crédito<sup>55</sup>. Dessa forma, com a opção de transferência da legítima em dinheiro, o testador desfrutará de maior autonomia para a destinação de seus bens, o que facilita e simplifica o planejamento sucessório.

Um sistema sucessório assim estruturado, além de valorizar a autonomia privada, potencializaria o princípio da solidariedade familiar, uma vez que se pauta na aplicação da legítima para os herdeiros que realmente necessitam de especial proteção, como ocorre com o modelo assistencialista cubano.

## CONCLUSÃO

O Estado, nas situações em que falha o altruísmo familiar, deve garantir a proteção dos membros de uma família. Uma das maneiras de concretizar essa proteção na seara sucessória é por meio da reserva de parte da herança para os parentes próximos do falecido, lastreada no princípio da solidariedade.

No entanto, a aplicação do princípio da solidariedade em um campo privado, no qual, ao menos em tese, a autonomia dos indivíduos é elemento preponderante, não pode se dar de forma vaga e irrefletida sob pena de transformar uma pretensa solidariedade em mero assistencialismo e reduzir, de forma

---

54 PL 4/2025: “1848. §2º Não é permitido ao testador estabelecer a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa, salvo se a conversão for determinada em dinheiro.”

55 ALOY VAQUER, 2007, p. 18.

injustificada, a liberdade dos sujeitos dentro de um agrupamento familiar. Isto é, o sentido da solidariedade familiar não pode ser confundido com caridade ou filantropia.

Assim, a imposição da legítima por meio de um comando estatal genérico, baseado em uma igualdade meramente matemática e abstrata entre os herdeiros que a lei de antemão já escolheu, não somente representa uma limitação irrazoável à autonomia das pessoas, como também nem sempre atende ao princípio da solidariedade, uma vez que o herdeiro beneficiado de forma automática pela herança forçada pode ter plenas condições de manter o seu sustento.

Nesse cenário, verifica-se a necessidade de adaptações que, embora não precisem suprimir a legítima por completo, tendo em vista que ela já se encontra sobremodo arraigada na cultura dos países que a instituem, corrijam suas principais disfunções práticas, de maneira que a autonomia privada das pessoas somente seja restrita na medida em asseguar assistência necessária aos herdeiros do falecido em situação de vulnerabilidade econômica.

Nesse sentido, é possível observar, em contraste com outros países, modelos sucessórios mais flexíveis que, a despeito de preverem a legítima, tentam restringi-la a casos específicos de necessidade, como ocorre em Cuba, em que a proteção familiar advinda da herança forçada é concedida apenas aos chamados “herdeiros especialmente protegidos”, que são aqueles, em linhas gerais, inaptos para trabalhar e que dependiam economicamente do falecido. Essa condição, em regra, transitória é vista como excepcional, e tem em seu âmago uma finalidade protetora, tal como sugere o próprio epíteto legal atribuído aos herdeiros que dela fazem jus.

Defendeu-se, então, para o Brasil, um modelo semelhante ao cubano. Por consequência, nos casos em que o testador não possua nenhum herdeiro que necessite de uma proteção patrimonial diante de sua morte, ficará a cargo de seu arbítrio, se assim ele desejar, ditar a destinação *post mortem* da integralidade do seu patrimônio de acordo com as suas reais e verdadeiras relações afetivas. Assim ocorre porque a função precípua do direito das sucessões é organizar a sucessão patrimonial, e não proteger todos os membros de um agrupamento familiar, sobretudo aqueles que nem mesmo necessitam de amparo econômico.

Em conjunto a legítima protetiva, propôs-se também a exclusão do cônjuge e do companheiro do rol de herdeiros necessários, a ampla possibilidade de imposição de gravames à legítima, o afastamento do dever de colação dos bens recebidos pelos herdeiros vulneráveis em razão de sua inaptidão para o trabalho ou dependência econômica e a possibilidade de conversão da legítima em dinheiro.

Um sistema sucessório assim estruturado pode se demonstrar mais efetivo na proteção da família do que o modelo vigente. Afinal, o aumento da autonomia privada no campo sucessório, em vez de suplantar a solidariedade

familiar, pode fortalecê-la por meio de uma distribuição mais justa e equânime dos bens que compõem a herança, já que o testador teria ainda mais possibilidades de aumentar o quinhão de um herdeiro necessitado. Afinal, não deve ser a coerção estatal recepcionada como meio legítimo de promoção à solidariedade mútua entre as pessoas, as quais, cumpre salientar, não raramente exercem tal solidariedade espontaneamente e inteiramente à margem dos comandos públicos impessoais, em observância às suas próprias crenças, conveniências e julgamentos morais.

Um direito sucessório que se diz contemporâneo e constitucional somente pode ser balizado no mundo real, de modo a garantir a observância ao princípio da solidariedade sem, contudo, imolar a autonomia privada no altar da funcionalização assistencialista da herança.

## REFERÊNCIAS

ALOY VAQUER, Antoni. Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. **Indret - Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, 3/2007, pp.1-25, 2007. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2328906>>. Acesso em: 06/09/2024.

BARBA, Vincenzo. Los Herederos Especialmente Protegidos en el Derecho Cubano. **Revista jurídica da Universidade de Santiago de Compostela**, 30(2), ISSN-e: 2174-0690, pp. 1-32, 2021. Disponível em: <<https://revistas.usc.gal/index.php/dereito/article/view/7656/11577>>. Acesso em 06/09/2024.

BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo I. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto do Código Civil Brasileiro**: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados (mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior). Vol. II. Pareceres e emendas. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902.

CARDONA; Raúl José Veja; CRUZ; Ediltrudis Panadero de la. El Cálculo De La Cuota Reservada A Los *Especialmente* Protegidos En Cuba Y La Protección De Su Intangibilidad Cuantitativa. (Glosas A La Sentencia No. 365 De 25 De Septiembre De 2012 De La Sala De Lo Civil Y Administrativo Del Tribunal Supremo Popular. **Revista de Derecho Civil**, vol. II, n. 3, julio-septiembre, pp. 199-220, 2015. Disponível em: <[https://www.academia.edu/81619723/El\\_c%C3%A1lculo\\_de\\_la\\_cuota\\_reservada\\_a\\_los\\_especialmente\\_protegidos\\_en\\_Cuba\\_y\\_la\\_protecci%C3%B3n\\_de\\_su\\_intangibilidad\\_cuantitativa\\_Glosas\\_a\\_la\\_sentencia\\_no\\_365\\_de\\_25\\_de\\_septiembre\\_de\\_2012\\_de\\_la\\_Sala](https://www.academia.edu/81619723/El_c%C3%A1lculo_de_la_cuota_reservada_a_los_especialmente_protegidos_en_Cuba_y_la_protecci%C3%B3n_de_su_intangibilidad_cuantitativa_Glosas_a_la_sentencia_no_365_de_25_de_septiembre_de_2012_de_la_Sala)>

de\_lo\_Civil\_y\_Administrativo\_del\_Tribunal\_Supremo\_Popular>. Acesso em: 06/09/2024.

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. **Contribuições de Joaquim Felício dos Santos para o Direito das Sucessões no Brasil: fragmentos da história do Código Civil Brasileiro**. Tese de Doutorado. UFMG. Belo Horizonte, 2017.

CJCODCIVIL (Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil). **Relatório Final da elaboração de anteprojeto de Lei para revisão e atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)**. 17 de abril de 2024. Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-impressao/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023\\_2024.pdf](https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-impressao/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf)>. Acesso em: 30/05/2025.

FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. **Boletim JADO**, Bilbao, Ano VIII, nº 19, maio, pp. 17-80, 2010. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3329533>>. Acesso em: 06/09/2024.

GALLARDO, Leonardo Bernardino Pérez. Cuba: en la Búsqueda de un Rostro Para el Boceto Del Legislador: la Condición de “Herederó” Especialmente Protegido (Legitimario Asistencial) en la Interpretación del Tribunal Supremo – Derecho Cubano. **Revista Jurídica U.I.P.R.**, Vol. XLVII: 2, pp. 377- 418, 2012-2013.

GALLARDO, Leonardo Bernardino Pérez. Familia y herencia en el derecho cubano: ¿realidades sincrónicas? **Revista del Instituto de Ciências Jurídicas de Puebla**, Mexico, Ano VI, n. 29, enero-junio, pp. 150-186, 2012. Disponível em: <<https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/60>>. Acesso em: 06/09/2024.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica**. Teoria e prática. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

HIGÍDIO, José. Reforma do Código Civil exclui cônjuges da lista de herdeiros necessários. **Conjur**, 19 de abril de 2024. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2024-abr-19/reforma-do-codigo-civil-exclui-conjuges-da-lista-de-herdeiros-necessarios/>>. Acesso em: 06/09/2024.

LUCÁN, María Ángeles Parra. Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio. Consejo General Del Poder Judicial (Ed.). **Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio**, CGPJ, Madrid, 13, pp. 469-599, 2009. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3122639>>. Acesso em: 06/09/2024.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PORTUGAL. Ordenações e Leys do Reyno de Portugal, confirmadas, e eftabelecidas pelo Senhor Rey D. João IV. Livro quatro, título oitenta e dois. Lisboa: Mofteiro de S. Vicente de Fóra, 1747, p. 64. Disponível em: <<https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/21800>>. Acesso em: 29/05/2025.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. A extensão do direito à sucessão forçada. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 28, abr./jun., pp. 123-155, 2021. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/666>>. Acesso em: 06/09/2024.

SCHMIDT, Jan Peter. Forced Heirship and Family Provision in Latin America. **Max Planck Institute of Comparative Law**, n 18.19, pp. 1-57, 2019. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3491878](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3491878)>. Acesso em: 06/09/2024.

SCHMIDT, Jan Peter. Intestate Succession in Latin America. In: REID, Kenneth G C et al. (edited by). **Comparative Succession Law**. Oxford: Oxford University Press, Vol. II, 2015.

SUBCOMISSÃO DE DIREITO DAS SUCESSÕES DA CJCODCIVIL. **Parecer nº 1**. 15 de dezembro de 2023. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/sd-leg-getter/documento/download/c186eb20-1e41-4e5c-b02c-80cb10d13b26> >. Acesso em 30/05/25.

WAAL, M. J. A de. Comparative Overview. In: REID, K. G. C., de WAAL, M. J. e ZIMMERMANN, R. **Exploring the law of succession: studies national, historical and comparative**. Edimburgh: Edimburgh University Press, 2007.

ZIMMERMANN, Reinhard. The Compulsory Portion in German Law. **Max Planck Institue of Comparative Law**. n 19/19, pp. 1-51, 2019. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3499075](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3499075)>. Acesso em: 06/09/2024.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **An Introduction to Comparative Law**. Trad. Tony Wair. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998.

Recebido em: 04/12/2024

Aprovado em: 02/06/2025



# LEGAL CHALLENGES TO INTERNATIONAL COOPERATION AGAINST OFFENCES RELATED TO ONLINE CHILD SEXUAL ABUSE, CHILD SEXUAL EXPLOITATION MATERIAL DURING ARMED CONFLICTS

## DESAFIOS JURÍDICOS À COOPERAÇÃO INTERNACIONAL CONTRA CRIMES RELACIONADOS AO ABUSO SEXUAL INFANTIL ONLINE E MATERIAL DE EXPLORAÇÃO SEXUAL INFANTIL DURANTE CONFLITOS ARMADOS

NATALIYA MAROZ \*

### ABSTRACT

Legal protection of children during armed conflicts is considered as a means to reduce suffering of this highly vulnerable group. Unfortunately, information and telecommunication technologies are intensively used to aggravate humanitarian condition of children being disproportionately affected by military conflicts. Although international humanitarian law contains a significant number of norms providing special protection of children, most issues related to child abuses on the Internet are enshrined in specific treaties that may be not applicable during international military conflicts. Since many treaties may be suspended or terminated during armed conflicts for different reasons, including practical impossibility to exercise international cooperation between law-enforcement agencies, the issue of applicability of cybercrime conventions to international cooperation in the fight against child abuses on the Internet during armed conflicts needs particular academic attention. Thus, the present article addresses the norms of the law of treaties related to the effects of armed conflicts on treaties, including cybercrime conventions; discusses applicability of the existing cybercrime treaties during armed conflicts.

**KEYWORDS:** Online sexual abuse. Online child sexual exploitation and abuse. Armed conflict. Cybercrime. Operation of treaties

### RESUMO

A proteção legal das crianças durante conflitos armados é considerada um meio para reduzir o sofrimento desse grupo altamente vulnerável. Infelizmente, as tecnologias de informação e comunicação são utilizadas de forma intensiva para agravar a condição humanitária das crianças, que são desproporcionalmente afetadas por conflitos militares. Embora o direito internacional humanitário contenha um número significativo de normas que garantem proteção especial às crianças, a maioria das questões relacionadas a abusos infantis na Internet está consagrada em tratados específicos que podem não ser aplicáveis durante conflitos militares internacionais. Como muitos tratados podem ser suspensos ou extintos durante conflitos armados por diferentes razões, incluindo a impossibilidade prática de exercer cooperação internacional entre agências de aplicação da lei, a questão da aplicabilidade das convenções sobre crimes cibernéticos à cooperação internacional no combate aos abusos infantis na Internet durante conflitos armados exige atenção acadêmica específica. Assim, o presente artigo aborda as normas do direito dos tratados relacionadas aos efeitos dos conflitos armados sobre os tratados, incluindo as convenções sobre crimes cibernéticos, e discute a aplicabilidade dos tratados existentes sobre crimes cibernéticos durante conflitos armados.

\* PhD, Associate Professor. Belarusian State University, Faculty of International Relations.  
E-mail: Nmaroz@bsu.by.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Abuso sexual online. Exploração e abuso sexual infantil online. Conflito armado. Crime cibernético. Vigência dos tratados.*

## 1. INTRODUCTION

Armed conflicts produce adverse effects on the most vulnerable groups, including women, children and older people (Protection from effects of armed conflict, 2020). Children are the most affected by armed conflicts and unfortunately can be subjected to different forms of violence, including killing and maiming, sexual violence, abduction and forced displacement (Resolution 1261, 1999). As for 2023 “violence against children in armed conflict reached extreme levels, with a shocking 21 per cent increase in grave violations”, the UN Secretary General reports (Report of the Secretary-General, 2024, para 4). In particular, “the United Nations verified 32,990 grave violations” against children (Report of the Secretary-General, 2024, para 5).

Children enjoy the freedom from all forms of violence, including sexual abuse, under article 19 of the Convention on the Rights of the Child (Convention on the Rights of the Child, 1989). However, regrettably, children are still greatly exposed to sexual-related violence and abuse (Sapiezynska, 2021). As Lirola comments “sexual violence in armed conflicts continues to be one of the most pressing problems at an international level” (Lirola, 2013).

Despite the fact international humanitarian law provides special protection of children in armed conflicts, it doesn’t provide any duty to cooperate to suppress single or isolated acts of abuses that are not committed in the context of military conflict per se.

Online environment may set preconditions for the multiplication of malicious effects of any crime committed during military conflict, including those involving sexual abuse or related acts committed against children. The Special Rapporteur on the sale of children, child prostitution and child pornography indicates that modern information and telecommunication technologies “transformed what is meant by possession, since the growth in Internet speeds means that it is no longer necessary to download images because they can be viewed online” (Maud de Boer-Buquicchio, para 27), they are paid with a cryptocurrencies and is traded, moving away from the web to peer-to-peer networks (Ibid, para 28). The Special Rapporteur also emphasizes that “child prostitution is facilitated by the Internet in a number of ways, including mobile telephone applications and websites which offer children for prostitution on online classified advertising sites) (Ibid, para. 31). The Internet has led the expansion of the sale and trafficking of children for the purposes of illegal adoption, trade in organs (Ibid, paras. 35-36). Moreover, child abuse is frequently streamed online (Ibid, paras. 42-43).

The fact that any situation of armed conflict promotes for the expansion of sexual abuses committed transnationally, included by organised groups, and that any harmful effects resulted from such crime may be multiplied and aggravated by the use of information and telecommunication technologies requires specific legal response.

Armed conflicts identified as “the contributing factors” to the sale of children, child prostitution and child pornography in the Preamble of the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography, 2000.

However, international humanitarian law, international criminal law don't contain any specific duties of states parties to international armed conflicts or affected by a non-international armed conflict to cooperate with any other states to suppress the crime that doesn't reach the threshold of international crimes (genocide, war crimes and crimes against humanity). Moreover, none of the existing treaties governing international cooperation in combating cybercrime either at universal or regional level contains specific provisions addressing their applicability during armed conflict.

Taking into account a worrying trend when several states refuse to carry out requests for mutual legal assistance in criminal matters and extradition made by Russia even on cases involving murder, banditry, kidnapping, robbery, fraud and drug trafficking (Еропов И., 2023), there is vital necessity to ensure applicability of treaties against child abuses on the Internet during armed conflict.

Moreover, a state party to an armed conflict can cease to cooperate on criminal matters even with third states, not involved in such a conflict. For instance, the number of cybercrimes committed against citizens of Republic of Belarus from the territory of Ukraine has increased dramatically since 2022. However, international cooperation on criminal matters with competent authorities of Ukraine is practically not available on such cases, which makes it impossible to bring the cybercriminals to justice (Investigative Committee of the Republic of Belarus (rus), 2023).

The fact that respective treaties may be suspended or terminated during armed conflicts significantly complicates the ability to effectively suppress child abuses on the Internet. In particular, as the Ministry of External Affairs of Russian Federation informs “a number of states have officially ceased bilateral cooperation with Russia in the fight against crime, refusing to extradite criminals to Russia and to fulfill requests for legal assistance in criminal cases (Ministry of External Affairs of the Russian Federation, 2023).”

Scholars significantly addressed different aspects of international cooperation in the fight against child abuses on the Internet during armed conflicts (the protection of children in armed conflicts (Bueren, 1994), (Millard, 2001),

(McGhee, 2015), (Lee-Koo, 2018); international cooperation in combating crimes related to sexual abuse of children (B. Netkova, 2021), (T. Liefwaard, 2016), (Lebedinets, 2016), (Alikhadzhieva, 2017); the effects of armed conflicts on treaties (Pronto, 2013), (Dennis, 2005), (TAN, 2013)), however, this topic hasn't been discussed as a complex problem and, therefore, requires specific academic analysis.

Thus, the present research addresses legal challenges for international cooperation in the fight against online child sexual exploitation and abuse during armed conflicts, and suggests certain practical ways to improve it.

## **2. TERMINOLOGICAL ASPECTS OF INTERNATIONAL COOPERATION IN COMBATING ONLINE CHILD SEXUAL EXPLOITATION AND ABUSE**

International treaties use different terminology with respect to online child sexual exploitation and abuse. The Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography refers to the “sale of children, child prostitution and child pornography” (Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography, 2000) (Article 2).

The UN Convention against cybercrime, which was adopted by the UN General Assembly on 24 December 2024 and isn't in force yet, contains such terms as “online child sexual abuse or child sexual exploitation material” (United Nations, 2024).

The Agreement on Cooperation between Participating States of the CIS in the Fight against Crimes in the Field of Information Technologies concluded within the Commonwealth of Independent States (CIS) addresses the distribution of materials or objects with pornographic pictures of minors is prohibited (Agreement on the cooperation of members of the Commonwealth of Independent States in the fight against crimes in the field of information technologies, 2018), whereas the Council of Europe (CoE) Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse refers to “sexual exploitation and abuse” (Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse (CETS No. 201), 2007).

The UN Special Rapporteur on the Sale and Sexual Exploitation of Children, along with other special procedures of the UN Human Rights Council, advocates for the elimination of “all forms of child sexual exploitation, abuse, and violence, both online and offline (The global emergency of child exploitation and abuse needs global action, 2002).

Regional conventions on cybercrime primarily prohibit offences related to child pornography. This includes the CoE Convention on Cybercrime (Article 9) (Convention on Cybercrime (ETS No. 185), 2001), the Arab Convention on

Combating Information Technology Offences (Article 12(1-2)) (Arab Convention on Combating Information Technology Offences, 2010), the African Union Convention on Cyber Security and Personal Data Protection (Article 3(1)(a-d)) (African Union Convention on Cyber Security and Personal Data Protection, 2014), and the Agreement on Cooperation between Participating States of the CIS in the Fight against Crimes in the Field of Information Technology (Article 3(1)(д)) (Agreement on the cooperation of members of the Commonwealth of Independent States in the fight against crimes in the field of information technologies, 2018).

Directive 2011/93/EU of the European Parliament and of the Council is adopted to suppress “the sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography” (Directive 2011/93/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on combating the sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography, and replacing Council Framework Decision 2004/68/JHA, 2011). The European Union strategy for a more effective fight against child sexual abuse applies a more general term – “child sexual abuse” (Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions EU strategy for a more effective fight against child sexual abuse, 2020).

The proposal or a Directive of the European Parliament and of the Council on combating the sexual abuse and sexual exploitation of children and child sexual abuse material and replacing Council Framework Decision 2004/68/JHA developed by the European Commission suggests to replace the term “child pornography” with the concept of “child sexual abuse material” to reflect “internationally agreed standards to avoid an inadvertent legitimising effect of the association with legal adult pornography” (European Commission, 2024). This approach to terminology seems to be reasonable since the child’s freedom from any form of violence is absolute and shall be interpreted in the broadest way for the widest protection of the rights of the child.

For the purpose of the present research the term “offences related to online child sexual abuse, child sexual exploitation material, or other sexually related online acts against children prohibited by state parties” appears sufficiently comprehensive to encompass various types of sexually related online acts against children. This terminology aligns with established legal frameworks in international law and practice.

### **3. THE OBLIGATION TO COOPERATE IN THE FIGHT AGAINST SEXUAL ABUSE OF CHILDREN**

Children have a fundamental freedom not to be subjected to any form of violence, including sexual abuse, under article 19 of the Convention on the

Rights of the Child (Convention on the Rights of the Child, 1989). This is a core human right that is non-derogable and has customary nature. As the Committee on the Rights of the Child emphasizes “the protection from all forms of violence must be considered not only in terms of the child’s right to “life” and “survival”, but also in terms of their right to “development” (Committee on the Rights of the Child, 2011). Despite the fact certain aspects of the rights of children have been considered by the International Law Commission within the context of the topic on peremptory norms of general international law (*jus cogens*), the prohibition of sexual abuse against children *per se*, unfortunately, wasn’t identified as a *jus cogens* norm (International Law Commission, 2019).

Sexual abuse against children was viewed as inhuman or degrading treatment within the jurisprudence of the European Court of Human Rights (European Court of Human Rights, 2009; European Court of Human Rights, 2021 etc.) European Court of Human Rights, 2024) and torture (European Court of Human Rights, 2014). The Inter-American Court of Human Rights considered sexual abuse against children (girls) as a violation of personal integrity, the protection of honor and dignity (Case of Guzmán Albarracín et al. v. Ecuador. Merits, Reparations and Costs. Judgment, 2020, para. 276) as well as the violation of the rights to humane treatment, to private and family life, to rights of the child (Case of Angulo Losada v. Bolivia. Preliminary Objections, Merits and Reparations. Judgment, 2022, para. 116).

Thus, if sexual abuse against a child reaches the threshold of torture, it can be considered as a violation of *jus cogens* norm of general international law (International Law Commission, 2019). Such act is prohibited by all human rights treaties, including by those directly dedicated to the issue (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1984; European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1987). However, specific regime of international responsibility, which triggers the obligation “to cooperate to bring to an end through lawful means” arises only if such an abuse meets the requirement of “seriousness” (chapter III of Articles on responsibility of states for internationally wrongful acts) (International Law Commission, 2001). When the seriousness of an internationally wrongful act is assessed the criteria of scale or character are considered (International Law Commission, 2001, p. 110).

The Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment stipulates that “no exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification of torture” (article 2(2)). It also enshrines the duty of a state party to establish its jurisdiction over such offences in cases where the alleged offender is present in any territory under its jurisdiction and it does not extradite him (article 5(2)).

The International Covenant on Civil and Political Rights prescribes that “Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant” (International Covenant on Civil and Political Rights, 1966). The freedom from torture as well as cruel, inhuman or degrading treatment, the right to dignity are core human rights provided by the Covenant (article 7). They should be provided indiscriminately, including to children, as it’s prescribed in article 2(1) of the Covenant. No derogation from them is allowed even in a time of emergency. As the Human Rights Committee comments “A general obligation is imposed on States Parties to respect the Covenant rights and to ensure them to all individuals in their territory and subject to their jurisdiction” (para. 3) (Human Rights Committee, 2004).

The Human Rights Committee also emphasized that “the positive obligations on States Parties to ensure Covenant rights will only be fully discharged if individuals are protected by the State, not just against violations of Covenant rights by its agents, but also against acts committed by private persons or entities that would impair the enjoyment of Covenant rights in so far as they are amenable to application between private persons or entities” (para. 8) (Human Rights Committee, 2004). In fact the Convention on the Rights of the Child contains similar provision (article 2(1) (Convention on the Rights of the Child, 1989).

It’s worth mentioning that the Covenant on Civil and Political rights is ratified by 114 states (STATUS AS AT : 08-11-2024 02:29:23 EDT). The Convention on the Rights of the Child is ratified by 116 states except for the USA (STATUS AS AT : 08-11-2024 02:29:23 EDT). At the same time the USA is a state party to the Covenant on Civil and Political rights. Thus, these two basic human rights conventions set legal basis to ensure core human rights of children discussed above in all states.

All regional human rights conventions contain the obligation to ensure protection from torture and different forms of inhuman treatment (article 3 of the European Convention on human rights and fundamental freedoms, article 5 of the African Charter on Human and Peoples’ Rights, article 5 of the American Convention on Human Rights). Protection against child abuse and torture is contained in article 16 of the African Charter on the Rights and Welfare of the Child.

Thus, from human rights law perspective it’s a duty of states to ensure by all necessary means the protection of children from sexual abuse including committed with the use of information and telecommunication technologies. It means that any state aware of the fact that a perpetrator of such crime is located in its territory shall prosecute him for such activity. Such an element of knowledge may be satisfied when one state informs another one on the matter. In this



situation the existence of armed conflict either between them or in relation to other states doesn't impact the duty to react to such information and assert criminal jurisdiction over an alleged case of sexual abuse of children amounting to torture or inhuman treatment.

International humanitarian law provides for special protection of children in both types of armed conflicts (Art. 27-34 of the Geneva Convention IV (Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 1949), Art. 48, 51, 75 of the Protocol Additional I (Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 1977) and Article 3 common to the Geneva Conventions 1949 (Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 1949) and Art. 4, 13 Additional Protocol II (Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 1977))).

The Geneva convention (IV) 1949 sets forth an obligation to "search for persons alleged to have committed, or to have ordered to be committed, such grave breaches, and shall bring such persons, regardless of their nationality, before its own courts. It may also, if it prefers, and in accordance with the provisions of its own legislation, hand such persons over for trial to another High Contracting Party concerned, provided such High Contracting Party has made out a *prima facie* case" (Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 1949). The Protocol Additional I, which extends the list of grave breaches in article 85, contains certain provisions on mutual legal assistance prescribing to "afford one another the greatest measure of assistance in connection with criminal proceedings brought in respect of grave breaches of the Conventions or of this Protocol" (article 88 (1) and "co-operate in the matter of extradition", "to give due consideration to the request of the State in whose territory the alleged offence has occurred" (article 88 (2) (Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 1977).

However, such duty extends only to grave breaches of international humanitarian law indicated above and is not related to other crimes that are not committed in the context of armed conflicts and don't reach the threshold of war crimes. Life-streaming or reproducing of such acts online would significantly aggravate the effects of grave breaches of international humanitarian law.

Serious violations of core norms of international humanitarian law against children were addressed by the UN Security Council (Resolutions 1261 (1999), 1314 (2000), 1379 (2001), 1460 (2003), 1539 (2004), 1612 (2005), 1882 (2009), 1998 (2011), 2068 (2012), 2143 (2014), 2225 (2015), 2427 (2018), 2601 (2021), 2697 (2023) (UN Security Council, 2023).



Inhuman acts committed against children can also amount to crimes against humanity or genocide (The Office of the Prosecutor, 2023).

The Charter of the International Military Tribunal (Charter of the of the International Military Tribunal , 1945) as well as the Charter of the International Military Tribunal for the Far East (Charter of the International Military Tribunal for the Far East , 1946) didn't contain any specific norms prohibiting sexual-related violence. The Statutes of the International criminal tribunals created by the UN Security Council referred to "rape" as a crime against humanity (UN Security Council, 1993, article 5(g), UN Securirty Council, 1994, article 3(g) and outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, rape, enforced prostitution and any form of indecent assault as Violations of Article 3 common to the Geneva Conventions and of Additional Protocol II (UN Securirty Council, 1994, article 4(e). The jursprudence of the ICTY qualified rape as a form of torture (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 2003), rape as a grave breach of the Geneva Conventions and as a violation of the laws and customs of war (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 1998, paras. 269, 275) and sexual enslavement as crime against humanity (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, 2001, paras. 744, 781). The International tribunal for the former Yugoslavia established that crimes of sexual violence not amounting to rape may also qualify as "other inhumane acts" (The Prosecutor v. Drago Josipović, Vladimir Šantić, Zoran Kupreškić, Mirjan Kupreškić, Vlatko Kupreškić & Dragan Papić, 2000, para. 566). Such position was also held by the International Tribunal for Rwanda (The Prosecutor v. Eliézer Niyitegeka (Judgement and Sentence), 2003, paras. 465-467). Unfortunately, children were victims of sexual violence alongside with women in a number of cases held by both tribunals (Department of Peacekeeping Operations, para. 78). Rape of girls was qualified as genocide in a number of decisions of the the International Tribunal for Rwanda (The Prosecutor v. Mikaeli Muhimana, 2005, paras. 204, 273, 276, 291, 304), (The Prosecutor v. Eliézer Niyitegeka (Judgement and Sentence), 2003, paras. 444, 446), (The Prosecutor v. Alfred Musema (Judgement and Sentence), 2000, para. 908) etc.

The jurisprudence of the Special Court for Sierra Leone also included the cases related to sexual violence committed against children that reached the threshold of international crimes (The Prosecutor v. Alex Tambe Brima et al., 2014, paras. 711, 1037, 1041, 1042, 1068 etc.), (The Prosecutor v. Augustine Gbao et al., 2009, paras.1459, 1467, 1473, 1474, 1474 etc.) etc.

Crimes against children that fall within the jurisdiction *ratione materiae* of the International Criminal Court could also be dealt with the Court if all other jurisdictional criteria and admissibility requirements set forth in the Rome Statute are met (in particular, article 11-13, 17, 25). Article 8(1) of the Statute

stipulates that the Court “shall have jurisdiction in respect of war crimes in particular when committed as part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes” (Rome Statute of the International Criminal Court, 1998). As the Pre-Trial Chamber II noted “in the view of the Chamber, the term “in particular” makes it clear that the existence of a plan, policy or large-scale commission is not a prerequisite for the Court to exercise jurisdiction over war crimes but rather serves as a practical guideline for the Court” (Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08, 2009). Sexual crimes against children are prohibited by article 8(2)(b)(xxii) in the context of international armed conflict and article 8(2)(e)(vi) in armed conflicts not of an international character.

The contextual element for the crimes against humanity should be established (article 7(1)). It means that violent acts committed against children that aren’t committed “as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack” (Rome Statute of the International Criminal Court, 1998) don’t fall within the jurisdiction of the International Criminal Court. Genocide is a special intent crime (Mettraux, 2019). Causing serious bodily or mental harm to members of the group (article 6(b)) may be one of the possible options to qualify sexual abuses against girls of a particular protected group indicated in article 6 (Rome Statute of the International Criminal Court, 1998). Such acts may be considered as “rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity” under article 7 (1)(g) of the Rome Statute.

Genocide as causing serious bodily or mental harm to members of the group committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group falls within the scope of genocide prohibited by article 6(b) of the Rome Statute. crime.

Thus, if online child sexual exploitation and abuse during armed conflicts reach the threshold of international crimes (genocide, war crimes and crimes against humanity) the states must cooperate in combating them.

#### **4. INTERNATIONAL LEGAL FRAMEWORK TO COMBAT ONLINE CHILD SEXUAL EXPLOITATION AND ABUSE**

Armed conflict is not only conducive to the commission of the most serious offences that amount to international crimes. As Ghada Waly, Executive Director of the United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) indicates “states and regions affected by conflict are considered environments conducive to crime – and particularly organised crime, which takes advantage of weak institutions and the absence of law enforcement and good governance (Organized

crime and corruption in conflict settings). Instability and the lack of resources in conflict-affected states to maintain legal order and prevent crime, especially those committed by organised criminal groups, pose serious risks to children.

If a particular act of online child sexual exploitation and abuse against children falls within the scope of the UN Convention against transnational organized crime, then the rules on international mutual cooperation are applicable (article 18). The Convention against transnational organized crime stipulates the principle “extradite or prosecute” in relation to offences prohibited in it (article 15(3)).

The Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse provides for the principle “extradite or prosecute” as well as provisions regulating international cooperation (article 25(2), 38). However, it also does not include any norms clarifying its application during armed conflicts.

Some cybercrime conventions enshrine the principle “extradite or prosecute” (article 22(3) of the Council of Europe Convention on cybercrime; article 31(6) of the Arab Convention on Combating Information Technology Offences). This principle is a basis for the fight against impunity against the offenders present in the territory of state parties of these conventions as far as the states “shall adopt such measures as may be necessary to establish jurisdiction over the offences <...> in cases where an alleged offender is present in its territory (Convention on Cybercrime (ETS No. 185), 2001).

However, all other regional treaties against cybercrime regulate only mutual legal assistance in criminal matters (articles 6-7 of the Agreement on the cooperation of members of the Commonwealth of Independent States in the fight against crimes in the field of information technologies, 2018, articles 6-9 of the Protocol on interaction between member states of the Collective Security Treaty Organization in combating criminal activity in the information sphere, 2014). The exercise of mutual legal assistance regulated by these treaties may be delayed or refused under specific circumstances even in peace time (article 7 of the Agreement on the cooperation of members of the Commonwealth of Independent States in the fight against crimes in the field of information technologies, 2018, article 7-9 of the Protocol on interaction between member states of the Collective Security Treaty Organization in combating criminal activity in the information sphere, 2014).

The treaties concluded at universal level and that may be applicable to specific types of offences related to sexual abuse committed against children online don't contain any provisions with respect to their application during armed conflicts. The Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography enshrines the principle “extradite or prosecute” (articles 4(3), 5-6). Article 6(1) of the Op-

tional Protocol provides for “the greatest measure of assistance in connection with investigations or criminal or extradition proceedings” that States Parties shall afford one another in respect of the offences set forth in this treaty.

Thus, none of the existing treaties governing international cooperation in combating cybercrime at either the universal or regional level contains specific provisions addressing their applicability during armed conflict (Maroz, 2024).

Despite the fact the existence of an armed conflict does not ipso facto terminate or suspend the operation of treaties as between States parties to the conflict and as between a State party to the conflict and a State that is not, the treaties on cybercrime not necessarily continue its effect in such a situation (International Law Commission, 2011). In particular, articles 60-62 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 may provide grounds for terminating or withdrawing from a treaty due to armed conflict (Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969). When assessing whether a specific treaty is subject to termination, suspension, or withdrawal due to armed conflict, the nature of the treaty and the characteristics of the conflict must be considered, as outlined in Article 6 of the Draft Articles on the Effects of Armed Conflicts on Treaties of 2011.

Therefore, it can be concluded that multilateral treaties against cybercrime are not automatically suspended or terminated by states involved in a conflict, nor between a conflicting state and a non-conflicting state (Maroz, 2024). Nonetheless, the nature of the treaty and the characteristics of the armed conflict may influence its operation (Maroz, 2024). Additionally, an armed conflict may constitute a fundamental change of circumstances, a material breach, or a supervening impossibility to perform a treaty, potentially leading to its termination or withdrawal by one or more state parties (Maroz, 2024).

For instance, Ukraine withdrew from the Minsk Convention on legal assistance and legal relations in civil, family and criminal matters and the Protocol to the Convention on legal assistance and legal relations in civil, family and criminal matters of 22 January 1993 in 2024 (Verkhovna Rada of Ukraine (ukr), 2022), which was concluded within the Commonwealth of Independent States. Moreover, in accordance with the bill submitted by the President of Ukraine to the Verkhovna Rada of Ukraine a significant number of treaties on criminal matters, extradition and mutual legal assistance in criminal matters, including the UN Convention against transnational organized crime, will be terminated in the relations between Russia and Ukraine, and Belarus and Ukraine (art.I (1-2) of the Bill №0298 (President of Ukraine (ukr), 2025). Moreover, any requests on mutual legal assistance in criminal matters or extradition submitted by the competent authorities of Russia or Belarus shall not be considered (art. II (2) (1)). The wording of article II (2) (1) of the Bill №0298 in fact means, that despite the fact the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the

Child on the sale of children, child prostitution and child pornography still is in force in relations between Russia and Ukraine and Belarus and Ukraine (UN OHCHR, 2025), no requests even those ones based on this Optional Protocol will be executed by the competent authorities of Ukraine if this bill is approved (President of Ukraine (ukr), 2025). In fact such norm if approved may lead to providing safe havens to those who engage in cybercrime, enable transnational organized crime (United Nations, 2023) and be conducive to the sale of children (Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2024, paras. 15, 18).

Article II (2) (1) of the Bill №0298 manifestly contradicts article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which stipulates “a party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty” (Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969) and principle *pacta sunt servanda* (article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties). Moreover, it violates universally recognized principle of cooperation set forth in article 1(3) of the UN Charter and principle of good faith fulfillment of international obligations (article 2(2) of the UN Charter).

The aforementioned only stresses the need for a special approach to the issue of the fight against online child sexual exploitation and abuse during armed conflicts. The practice shows that a state party to a conflict may withdraw or terminate the effect of treaties even with third states (member states of the Commonwealth of Independent States not parties to a conflict, including Belarus (OSCE, 2022, p. 3)).

## **5. LEGAL FRAMEWORK FOR COOPERATION IN THE FIGHT AGAINST ONLINE CHILD SEXUAL EXPLOITATION AND ABUSE DURING ARMED CONFLICTS UNDER THE UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST CYBERCRIME**

The UN Convention against cybercrime, which was adopted by the UN General Assembly on 24 December 2024, prohibits “offences related to online child sexual abuse or child sexual exploitation material” (article 14) and “solicitation or grooming for the purpose of committing a sexual offence against a child” (article 15). It’s worth noting that the convention hasn’t come into force yet and will be open for signature in mid-2025 (United Nations Office on Drugs and Crime, 2024).

Under article 22(4) each State Party may adopt such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offences established in accordance with the Convention when the alleged offender is present in its territory, and it does not extradite the person. Article 22(5) establishes the obligation to consult one another with a view to coordinating their actions when 2 or more states are conducting an investigation, prosecution or judicial proceeding in respect of the

same conduct. Article 40(4) of the document stipulates that “Without prejudice to domestic law, the competent authorities of a State Party may, without prior request, transmit information relating to criminal matters to a competent authority in another State Party where they believe that such information could assist the authority in undertaking or successfully concluding inquiries and criminal proceedings or could result in a request formulated by the latter State Party pursuant to this Convention.”

These rules are a basic guarantee against impunity for online child sexual abuse or child sexual exploitation material. However, the Convention doesn’t contain any provisions with respect to the operation of the convention during armed conflicts as between States parties to the conflict and as between a State party to the conflict and a State that is not.

Cybercrime treaties or international criminal law conventions are not included in the indicative list of treaties that shall not be suspended or terminated during armed conflicts (International Law Commission, 2011). The existing practice between states shows that state parties to a conflict are unlikely to cooperate in criminal matters; and tend to terminate the respective conventions in relations between them (Ministry of External Affairs of the Russian Federation, 2023; President of Ukraine (ukr), 2025). Moreover, this practice may also involve third states not parties to the conflict (Verkhovna Rada of Ukraine (ukr), 2022).

Therefore, a provision to ensure the applicability of the UN Convention against cybercrime in combating online child sexual exploitation and abuse during armed conflict is necessary. However, unfortunately, the issue hasn’t been addressed in the convention. Based on the above considerations, the following provision could have been added to the UN Convention against cybercrime:

«Application of the Convention in the Event of Armed Conflict

1. In the event of an armed conflict between two or more High Contracting Parties, this Convention shall not automatically cease to apply either between them or concerning third States.

2. In any event of suspension or termination of this Convention during armed conflict, the Parties shall nonetheless continue their cooperation to the maximum practicable extent in combating offences related to online child sexual abuse, child sexual exploitation material, or other online sexual acts against children. This is to ensure accountability and to punish perpetrators present in their territory (Maroz, 2024).

Such amendment would have enabled the rule of non-tolerance to sexual violence against children and the implementation of the principle of inevitability of criminal liability against such acts.

At the same time taking into account the fact the text of the United Nations convention against cybercrime as already been adopted, it's possible for states parties to the Convention to formulate declarations based on the provisions suggested above when signing, ratifying, accepting, approving or acceding to this treaty to emphasize their full commitment to the principle of inevitability of criminal liability against such acts and demonstrate zero-tolerance attitude to any online child sexual abuse.

## CONCLUSIONS

All aforementioned makes it possible to come to the following conclusions:

1. Children enjoy a fundamental freedom not to be subjected to any form of violence, including sexual abuse. Child abuses during armed conflict may reach the threshold of genocide, crimes against humanity or war crimes. However, international humanitarian law, international criminal law don't directly regulate international cooperation in the fight against online child sexual exploitation and abuse, which don't meet the criteria of international crimes.
2. Online child sexual exploitation and abuse can be viewed as a violation of core human rights of children (inhuman or degrading treatment; violation of the protection of honor and dignity, the right to private and family life, torture etc.). The states are obliged to ensure the protection against such acts in the territory under their jurisdiction or effective control. From human rights law perspective it's a duty of states to ensure with all necessary means the protection of children from sexual abuse including committed with the use of information and telecommunication technologies. It means that any state aware of the fact that a perpetrator of such crime is located in its territory shall prosecute him for such activity. This element of knowledge may be satisfied when one state informs another one on the matter. In this situation the existence of armed conflict either between them or in relation to other states doesn't impact the duty to react to such information and assert criminal jurisdiction over an alleged case of torture or inhuman treatment against children (including committed with the use of information and communication technologies). No references to national law are admissible in such circumstances, since they manifestly violate international recognized principles of international law (principle of good faith fulfillment of international obligations, principle of cooperation, principle of respect for human rights and fundamental freedoms).



3. None of the existing treaties governing international cooperation in combating cybercrime at universal or regional level contains specific provisions addressing its applicability during armed conflict. Moreover, cybercrime treaties or international criminal law conventions are not considered as those that shall not be suspended or terminated during armed conflicts. Thus, in order to ensure the fullest protection of the rights of children against online sexual exploitation and abuse the specific provisions on the operation of treaties against cybercrime during armed conflicts should be prescribed. Based on the above considerations, such a provision could have been added to the text of the UN Convention against cybercrime. In the absence of such provision in the text of the UN Convention against cybercrime it's possible for states parties to the Convention to formulate declarations based on the provisions suggested in the present research when signing, ratifying, accepting, approving or acceding to this treaty to emphasize their full commitment to the principle of inevitability of criminal liability against such acts and demonstrate zero-tolerance attitude to any online child sexual abuse

## REFERENCES

*African Charter on Human and Peoples' Rights*. (1981, June 1). Retrieved from [https://au.int/sites/default/files/treaties/36390-treaty-0011\\_-\\_african\\_charter\\_on\\_human\\_and\\_peoples\\_rights\\_e.pdf](https://au.int/sites/default/files/treaties/36390-treaty-0011_-_african_charter_on_human_and_peoples_rights_e.pdf)

*African Charter on the Rights and Welfare of the Child*. (1990, July). Retrieved from [https://au.int/sites/default/files/treaties/36804-treaty-african\\_charter\\_on\\_rights\\_welfare\\_of\\_the\\_child.pdf](https://au.int/sites/default/files/treaties/36804-treaty-african_charter_on_rights_welfare_of_the_child.pdf)

*African Union Convention on Cyber Security and Personal Data Protection*. (2014, June 27). Retrieved from <https://au.int/en/treaties/african-union-convention-cyber-security-and-personal-data-protection>

*Agreement on the cooperation of members of the Commonwealth of Independent States in the fight against crimes in the field of information technologies*. (2018, September 28). Retrieved from <https://cis-legislation.com/document.fwx?rgn=110821>

Alikhadzhieva, I. (2017). The Concept of Sexual Exploitation in International Law. *Actual Problems of Russian Law (in Russ.)*, 159-167.

*American Convention on Human Rights*. (1969, November 22). Retrieved from <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>

*Arab Convention on Combating Information Technology Offences*. (2010, December 21). Retrieved from <https://www.asianlaws.org/gclid/cyberlawdb/GCC/>



Arab%20Convention%20on%20Combating%20Information%20Technology%20Offences.pdf

B. Netkova, M. A. (2021). International legal standards in combating child online sexual abuse and exploitation. . 2021. Vol.6 (3). P.111-12. *Journal of Liberty and International Affairs (Bitola)*(6), 111-112.

Bueren, G. V. (1994). The International Legal Protection of Children in Armed Conflicts. *The International and Comparative Law Quarterly*(43), 809-826.

Case of Angulo Losada v. Bolivia. Preliminary Objections, Merits and Reparations. Judgment , 475 (Inter-American Court of Human Rights November 18, 2022).

Case of Guzmán Albarracín et al. v. Ecuador. Merits, Reparations and Costs. Judgment , 405 (Inter-American Court of Human Rights June 24, 2020).

*Charter of the International Military Tribunal for the Far East* . (1946). Retrieved from [https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.3\\_1946%20Tokyo%20Charter.pdf](https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf)

*Charter of the of the International Military Tribunal* . (1945). Retrieved from [https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.2\\_Charter%20of%20IMT%201945.pdf](https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf)

Committee on the Rights of the Child. (2011). *General comment no. 13 (2011), The right of the child to freedom from all forms of violence*, CRC/C/GC/13 . Retrieved from <https://digitallibrary.un.org/record/711722?v=pdf>

*Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions EU strategy for a more effective fight against child sexual abuse*. (2020, July 24). Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0607>

Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime. (2024, July). *National issues and priorities concerning child trafficking*, CTOC /COP/WG.4/2024/3. Retrieved from [https://www.unodc.org/documents/treaties/WG\\_TIP\\_2024/3/CTOC\\_COP\\_WG.4\\_2024\\_3\\_E.PDF](https://www.unodc.org/documents/treaties/WG_TIP_2024/3/CTOC_COP_WG.4_2024_3_E.PDF)

Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field (1949, August 12). Retrieved from [https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.30\\_GC-I-EN.pdf](https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.30_GC-I-EN.pdf)

*Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*. (1949, August 12). Retrieved from <https://ihl-databases.icrc.org/assets/treaties/380-GC-IV-EN.pdf>

*Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. (1984, December 10). Retrieved from <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-against-torture-and-other-cruel-inhuman-or-degrading>

*Convention on Cybercrime (ETS No. 185)*. (2001, November 23). Retrieved from <https://rm.coe.int/1680081561>

*Convention on the Rights of the Child*. (1989, November 20). Retrieved from <https://www.unicef.org/child-rights-convention/convention-text>

*Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse (CETS No. 201)*. (2007, October 25). Retrieved from <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&-treaty-num=201>

Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08 (2009, June 15). Retrieved from [https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2009\\_04528.PDF](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2009_04528.PDF)

Dennis, M. J. (2005). Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation . *The American Journal of International Law*.(99), 119-141.

Department of Peacekeeping Operations. (n.d.). *Review of the sexual violence elements of the judgments of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, the International Criminal Tribunal For Rwanda, and the Special Court for Sierra Leone in the light of Security Council Resolution 1820*. Retrieved from [https://www.icty.org/x/file/Outreach/sv\\_files/DPKO\\_report\\_sexual\\_violence.pdf](https://www.icty.org/x/file/Outreach/sv_files/DPKO_report_sexual_violence.pdf)

*Directive 2011/93/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on combating the sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography, and replacing Council Framework Decision 2004/68/JHA*. (2011, December 13). Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2011/93/oj>

European Commission. (2020, July 24). *EU strategy for a more effective fight against child sexual abuse, COM(2020) 607 final* . Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0607>

European Commission. (2024, February 15). *Commission Staff Working Document, SWD(2024) 34 final*. Retrieved from <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6241-2024-ADD-5/en/pdf>

*European Convention on human rights and fundamental freedoms*. (1950, November 4). Retrieved from [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_ENG)

European Court of Human Rights. (2009, September 15). *E. S. and others V. Slovakia (application no. 8227/04)*. Retrieved from [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%22itemid%22:\[%22003-2848516-3137536%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%22itemid%22:[%22003-2848516-3137536%22])

European Court of Human Rights. (2014, January 28). *Case of O'keeffe v. Ireland (Application no. 35810/09)*. Retrieved from [https://hudoc.echr.coe.int/#%22tabview%22:\[%22document%22\],%22itemid%22:\[%22001-140235%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/#%22tabview%22:[%22document%22],%22itemid%22:[%22001-140235%22])

European Court of Human Rights. (2021, June 22). *Case of R.B. v. Estonia (Application no. 22597/16)*. Retrieved from [https://hudoc.echr.coe.int/#%22fulltext%22:\[%22sexual%20abuse%20of%20children%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-210466%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/#%22fulltext%22:[%22sexual%20abuse%20of%20children%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-210466%22])

European Court of Human Rights. (2024, September 18). *Case of A.P. V. Armenia (Application no. 58737/14)*. Retrieved from [https://hudoc.echr.coe.int/#%22tabview%22:\[%22document%22\],%22itemid%22:\[%22001-234259%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/#%22tabview%22:[%22document%22],%22itemid%22:[%22001-234259%22])

Human Rights Committee. (2004, March 29). *General Comment No. 31. The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*. Retrieved from <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsjYoiCfMKoIRv2FVaVzRkMjTnjRO%2Bfud3cPVrcM9YR0iW6Txaxgp3f9kUFpWoq%2FhW%2FTpKi2tPhZsbEJw%2FGeZRASjdFuuJQRnbJEaUhby31WiQPl2mLFDe6ZSwMMvmQ-GVHA%3D%3D>

*International Covenant on Civil and Political Rights*. (1966, December 16). Retrieved from <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia. (1998, December 10). *Prosecutor v. Anto Furundzija, IT-95-17/1-T*. Retrieved from Trial Judgement: <https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/icty/1998/en/20418>

International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. (2001, February 22). *Prosecutor v. Dragoljub Kumarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic (Trial Judgment), IT-96-23-T & IT-96-23/1-T*. Retrieved from <https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/icty/2001/en/18198>

International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. (2003, April 8). *The prosecutor V. Zdravko Mucic, Hazim Delic and Esad Landzo, JP/ P.I.S./743e*. Retrieved from Judgement in the appeal: <https://www.icty.org/en/press/judgement-appeal-prosecutor-v-zdravko-mucic-hazim-delic-and-esad-landzo>

*International Humanitarian Law Database*. (n.d.). Retrieved from Rule 156. Definition of War Crimes: <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule156>

International Law Commission. (2001). *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*. Retrieved from [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf)

International Law Commission. (2011). *Draft articles on the effects of armed conflicts on treaties, A/66/10*. Retrieved from [https://www.rulac.org/assets/downloads/IILC\\_Effect\\_on\\_Armed\\_Conflicts\\_A\\_66\\_10\\_2011.pdf](https://www.rulac.org/assets/downloads/IILC_Effect_on_Armed_Conflicts_A_66_10_2011.pdf)

International Law Commission. (2019). *Fourth report on peremptory norms of general international law (jus cogens) by Dire Tladi, Special Rapporteur, A/CN.4/727*. Retrieved from <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n19/024/33/pdf/n1902433.pdf>

International Law Commission. (2019). *Peremptory norms of general international law (jus cogens), A/74/10*. Retrieved from <https://legal.un.org/ilc/reports/2019/english/chp5.pdf>

Lebedinets, I. (2016). International legal framework for cooperation among states in combating trafficking in women and children (In Russ.) . *Actual Problems of Russian Law*, 186-195.

Lee-Koo, K. (2018). The Intolerable Impact of Armed Conflict on Children: The United Nations Security Council and the Protection of Children in Armed Conflict. *Global Responsibility to Protect*, 10, 57-74.

Lirola, I. (2013). *Sexual Crimes in International Humanitarian Law*. Retrieved from [https://www.researchgate.net/publication/308795359\\_Sexual\\_Crimes\\_in\\_International\\_Humanitarian\\_Law](https://www.researchgate.net/publication/308795359_Sexual_Crimes_in_International_Humanitarian_Law)

Maroz, N. (2024). International cooperation in combating online sexual acts against children during armed conflicts: context of the UN draft Convention against cybercrime. *Journal of the Belarusian State University. International Relations*, 52-59.

McGhee, J. (2015). *Challenging child protection: new directions in safeguarding children*. Philadelphia: Jessica Kingsley Publishers.

Mettraux, G. (2019). Special Genocidal Intent/Dolus Specialis. In *International Crimes: Law and Practice: Volume I: Genocide* (pp. 161-222). Oxford: Oxford University Press.

Millard, A. (2001). Children in Armed Conflicts: Transcending Legal Responses . *Security Dialogue*(32), 187-200.

Ministry of External Affairs of the Russian Federation. (2023, January 18). Международное сотрудничество в борьбе с транснациональной организованной преступностью. Retrieved from [https://mid.ru/ru/foreign\\_policy/international\\_safety/crime/1848385/](https://mid.ru/ru/foreign_policy/international_safety/crime/1848385/)

Oosterveld, V. (2008). The Special Court for Sierra Leone, Child Soldiers, and Forced Marriage: Providing Clarity or Confusion? *Canadian Yearbook of International Law*, 131-172.

*Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography*. (2000, May 25). Retrieved from <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/optional-protocol-convention-rights-child-sale-children-child>

*Organized crime and corruption in conflict settings*. (n.d.). Retrieved from Interview with Ms Ghada Waly, ICRC, No. 923: <https://international-review.icrc.org/articles/transnational-organized-crime-interview-with-ms-ghada-waly-923>

OSCE. (2022, April 13 ). *Note Verbale ODIHR.GAL/26/22/Rev.1*. Retrieved from <https://www.osce.org/files/f/documents/f/a/515868.pdf>

Pronto, A. (2013). The Effect of War on Law — What Happens to Their Treaties When States Go to War? . *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2, 227-241.

*Protection from effects of armed conflict*. (2020). Retrieved from UNCHR: <https://reporting.unhcr.org/protection-effects-armed-conflict-6>

*Protocol on interaction between member states of the Collective Security Treaty Organization in combating criminal activity in the information sphere (in Russ.)*. (2014, December 23). Retrieved from <https://docs.cntd.ru/document/561354812>

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) (1977, June 8). Retrieved from [https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.34\\_AP-I-EN.pdf](https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.34_AP-I-EN.pdf)

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II) (1977, June 8). Retrieved from <https://ihl-databases.icrc.org/assets/treaties/475-AP-II-EN.pdf>

*Report of the Secretary-General*. (2024, June). Retrieved from Children and armed conflict, A/78/842-S/2024/384: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/095/07/pdf/n2409507.pdf>

*Report of the Special Rapporteur on the sale of children, child prostitution and child pornography, Maud de Boer-Buquicchio*, A/HRC/28/56. (2014, December 22). Retrieved from Sexual exploitation of children and Information and Communication Technologies (ICTs): [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Children/SR/A.HRC.28.56\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Children/SR/A.HRC.28.56_en.pdf)

*Resolution 1261*. (1999, August 30). Retrieved from UN Security Council: <https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD-3-CF6E4FF96FF9%7D/CAC%20SRES%201261.pdf>

Rome Statute of the International Criminal Court (1998, July 17). Retrieved from <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2024-05/Rome-Statute-eng.pdf>

Sapiezynska, E. (2021). *Weapon of War: Sexual violence against children in conflict*. Retrieved from [https://resourcecentre.savethechildren.net/pdf/weapon-of-war-report\\_final.pdf](https://resourcecentre.savethechildren.net/pdf/weapon-of-war-report_final.pdf)

Special Court for Sierra Leone. (2007, June 20). *The Prosecutor vs. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara and Santigie Borbor Kanu (the AFRC Accused)*, SCSL-04-16-T. Retrieved from <https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/scsl/2007/en/91904>

STATUS AS AT : 08-11-2024 02:29:23 EDT. (n.d.). Retrieved from 4. International Covenant on Civil and Political Rights: [https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?chapter=4&clang=\\_en&mtdsg\\_no=iv-4&src=ind](https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?chapter=4&clang=_en&mtdsg_no=iv-4&src=ind)

STATUS AS AT : 08-11-2024 02:29:23 EDT. (n.d.). Retrieved from 11. Convention on the Rights of the Child: [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV-11&chapter=4](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-11&chapter=4)

T. Liefwaard, J. S.-N. (2016). *The United Nations Convention on the Rights of the Child: Taking Stock after 25 Years and Looking Ahead*. Boston: BRILL.

TAN, Z. P. (2013). The International Law Commission's Draft Articles on the Effects of Armed Conflicts on Treaties: Evaluating the Applicability of Impossibility of Performance and Fundamental Change. *Asian journal of international law*(3), 51-76.

*The global emergency of child exploitation and abuse needs global action*. (2002, November 18). Retrieved from <https://www.ohchr.org/en/statements/2022/11/global-emergency-child-exploitation-and-abuse-needs-global-action-un-experts>

The Office of the Prosecutor. (2023, December). Retrieved from Policy on children: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2023-12/2023-policy-children-en-web.pdf>

The Prosecutor v. Alex Tambe Brima et al., SCSL-2004-16 (Special Court for Sierra Leone January 18, 2014).

The Prosecutor v. Alfred Musema (Judgement and Sentence), ICTR-96-13-T (International Criminal Tribunal for Rwanda January 27, 2000).

The Prosecutor v. Augustine Gbao et al., SCSL-2004-15 (Special Court for Sierra Leone March 2, 2009).

The Prosecutor v. Drago Josipović, Vladimir Šantić, Zoran Kupreškić, Mirjan Kupreškić, Vlatko Kupreškić & Dragan Papić, Case No. IT-95-16-T, Judgement (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia January 14, 2000).

The Prosecutor v. Eliézer Niyitegeka (Judgement and Sentence), ICTR-96-14-T (International Tribunal for Rwanda May 16, 2003).

The Prosecutor v. Eliézer Niyitegeka (Judgement and Sentence), ICTR-96-14-T (International Criminal Tribunal for Rwanda May 16, 2003).

The Prosecutor v. Mikaeli Muhimana, ICTR-95-1B-T (International Criminal Tribunal for Rwanda April 28, 2005).

UN OHCHR. (2025). *Status of Ratification Interactive Dashboard*. Retrieved from <https://indicators.ohchr.org/>

UN Security Council. (1994, November 8). *Statute of the International Tribunal for Rwanda*. Retrieved from <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/ictt-statute-1994>

UN Security Council. (2001). Retrieved from Resolution 1379 (2001), S/RES/1379 (2001): [https://digitallibrary.un.org/record/452943/files/S\\_RES\\_1379%282001%29-EN.pdf?ln=ru](https://digitallibrary.un.org/record/452943/files/S_RES_1379%282001%29-EN.pdf?ln=ru)

UN Security Council. (2023). *Resolution 2697, S/RES/2697*. Retrieved from <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n23/269/50/pdf/n2326950.pdf>

UN Security Council. (1993, May 25). *Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*. Retrieved from <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/ictt-statute-1993>

UN Security Council. (2001). Retrieved from Resolution 1341 (2001), S/RES/1341 (2001): [https://digitallibrary.un.org/record/433654/files/S\\_RES\\_1341%282001%29-EN.pdf?ln=fr](https://digitallibrary.un.org/record/433654/files/S_RES_1341%282001%29-EN.pdf?ln=fr)

UN Security Council. (2003). Retrieved from Resolution 1469 (2003), S/RES/1469 (2003): [https://digitallibrary.un.org/record/490655/files/S\\_RES\\_1469%282003%29-EN.pdf?ln=en](https://digitallibrary.un.org/record/490655/files/S_RES_1469%282003%29-EN.pdf?ln=en)

UN Security Council. (2004). Retrieved from Resolution 1539 (2004), S/RES/1539 (2004): [https://digitallibrary.un.org/record/519994/files/S\\_RES\\_1539%282004%29-EN.pdf?ln=en](https://digitallibrary.un.org/record/519994/files/S_RES_1539%282004%29-EN.pdf?ln=en)

UN Security Council. (2005). Retrieved from Resolution 1612 (2005), S/RES/1612 (2005): <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n05/439/59/pdf/n0543959.pdf>

UN, S. C. (2000). Retrieved from Resolution 1314 (2000), S/RES/1314 (2000): [https://digitallibrary.un.org/record/420507/files/S\\_RES\\_1314%282000%29-EN.pdf?ln=ru](https://digitallibrary.un.org/record/420507/files/S_RES_1314%282000%29-EN.pdf?ln=ru)



United Nations. (2023, December 7). *Global cooperation critical to combat transnational organized crime*. Retrieved from <https://news.un.org/en/story/2023/12/1144507>

United Nations. (2024). *United Nations Convention against Cybercrime, A/79/460*. Retrieved from <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/372/04/pdf/n2437204.pdf>

*United Nations Convention against Transnational Organized Crime*. (2000, December 15). Retrieved from <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf>

United Nations Office on Drugs and Crime. (2024). *United Nations Convention against Cybercrime; Strengthening International Cooperation for Combating Certain Crimes Committed by Means of Information and Communications Technology Systems and for the Sharing of Evidence in Electronic Form of Serious Crimes*. Retrieved from <https://www.unodc.org/unodc/en/cybercrime/convention/home.html>

*Vienna Convention on the Law of Treaties*. (1969, May 23). Retrieved from [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf)

Верховна Рада України. (2022). Retrieved from Закон України від 01.12.2022 № 2783-IX: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2783-20#Text>

Егоров И. (2023, 04 03). *Генпрокуратура: Ряд стран ЕС перестали выдавать России беглых уголовников*. Retrieved from <https://rg.ru/2023/04/03/sudite-sami.html>

Президент України. (№0298 від 06.01.2025 ). *Проект Закону про зупинення дії деяких міжнародних договорів України*. Retrieved from 0298 від 06.01.2025

Следственный комитет Республики Беларусь. (2023, 12 15). *Представители Следственного комитета рассказали, как в Беларуси борются с киберпреступностью*. Retrieved from <https://sk.gov.by/ru/news-ru/view/predstaviteli-sledstvennogo-komiteta-rasskazali-kak-v-belarusi-borjutsja-s-kiberprestupnostju-13274/>



# INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E SUSTENTABILIDADE: DESAFIOS REGULATÓRIOS E IMPACTO AMBIENTAL

## ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND SUSTAINABILITY: REGULATORY CHALLENGES AND ENVIRONMENTAL IMPACT

PAULO JOSÉ PEREIRA CARNEIRO TORRES DA SILVA \*

WILSON TADEU DE CARVALHO ECCARD \*\*

JAMILE SABBAD CARECHO CAVALCANTE \*\*\*

### RESUMO

O avanço da inteligência artificial (IA) tem impulsionado inovações em diversos setores, mas também gera preocupações ambientais significativas, especialmente devido ao alto consumo energético e hídrico de *data centers*. Este artigo analisa o impacto ambiental da IA, explorando o aumento do consumo de energia e água, as emissões de carbono e os desafios regulatórios enfrentados globalmente. A pesquisa é baseada em uma revisão de literatura e relatórios oficiais, comparando iniciativas de mitigação adotadas por diferentes países, como União Europeia, Estados Unidos e China. O estudo enfatiza a necessidade de políticas públicas e avanços tecnológicos voltados para a sustentabilidade, destacando soluções como IA de baixo consumo energético, fontes renováveis e métodos eficientes de resfriamento de servidores. Conclui-se que a transição para uma IA sustentável requer esforços coordenados entre governos, setor privado e co-

### ABSTRACT

*The advancement of artificial intelligence (AI) has driven innovations across various sectors but also raises significant environmental concerns, particularly due to the high energy and water consumption of data centers. This article examines AI's environmental impact by analyzing rising energy and water consumption, carbon emissions, and global regulatory challenges. The research is based on a literature review and official reports, comparing mitigation initiatives adopted by different countries, such as the European Union, the United States, and China. The study highlights the need for public policies and technological advances aimed at sustainability, emphasizing solutions such as low-energy AI, renewable energy sources, and efficient server cooling methods. It concludes that the transition to sustainable AI requires coordinated efforts between governments, the private sector, and the academic community to*

\* Docente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Estácio de Sá. Doutor em Direito Público pela UNESA/RJ na linha de Acesso à Justiça (2021). Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós Graduação em Direito Constitucional – PPGDC/UFF (2017).

E-mail: paulo.ctorres@estacio.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4556-3443>.

\*\* Doutor em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense - PPGDIN/UFF. Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense - PPGDC/UFF. Professor da graduação na Universidade Estácio de Sá.

E-mail: careccard@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9766-2259>.

\*\*\* Doutoranda em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Puc-Rio bolsa Prosup/CAPES. Mestre em Direito Público na linha de Pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos na UNESA/RJ, com bolsa Prosup/CAPES (2023).

E-mail: jamilesabbad@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-9696-7529>.

munidade acadêmica para minimizar impactos ambientais e garantir um desenvolvimento tecnológico responsável.

**PALAVRAS-CHAVE:** Inteligência artificial. Impacto ambiental. Sustentabilidade. *Data centers*.

*minimize environmental impacts and ensure responsible technological development.*

**KEYWORDS:** Artificial intelligence. Environmental impact. Sustainability. *Data centers*.

## INTRODUÇÃO

O desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial (IA) têm avançado de forma exponencial nas últimas décadas, acarretando impactos ambientais cada vez mais relevantes. Em especial, destaca-se o elevado consumo de energia e água necessário para o treinamento e funcionamento de sistemas baseados em grandes volumes de dados. Esta pesquisa parte da análise da evolução tecnológica da IA, com ênfase nos recentes avanços em aprendizado profundo, para então examinar os efeitos ambientais associados ao seu crescimento — sobretudo o papel dos *data centers* como principais consumidores de recursos naturais.

A presente pesquisa busca avaliar estudos recentes sobre o consumo energético desses centros de processamento de dados e os comparar com o impacto ambiental de outras indústrias tecnológicas. A partir desses dados, foi possível identificar os principais desafios enfrentados pelos sistemas de IA em termos de sustentabilidade, especialmente o aumento nas emissões de dióxido de carbono e a pressão sobre os recursos hídricos para resfriamento de *data centers*.

Metodologicamente este artigo foi elaborado a partir de uma revisão de literatura de natureza qualitativa, com foco em publicações científicas, relatórios de organizações internacionais e estudos de impacto ambiental relacionados ao uso de tecnologias de inteligência artificial. As fontes selecionadas incluem artigos de periódicos revisados por pares, como *Environmental Research Letters* e *Nature Energy*, além de relatórios de órgãos reguladores como a Agência Internacional de Energia (AIE) e a União Europeia, que abordam diretamente o impacto energético e hídrico de *data centers* e tecnologias digitais. A pesquisa também incluiu uma análise comparativa das iniciativas regulatórias e políticas de mitigação ambiental adotadas em diferentes regiões do mundo, com especial atenção à União Europeia, Estados Unidos e China. Os dados foram obtidos por meio de plataformas de acesso acadêmico como *Google Scholar*, *Scopus* e bases de dados institucionais, assegurando a relevância e confiabilidade das informações.

Além disso, o estudo investigou políticas e iniciativas internacionais voltadas para a mitigação dos impactos ambientais da IA. A pesquisa comparou as estratégias adotadas por diferentes países e blocos econômicos, com foco na União Europeia, que lançou o “Pacto Verde Europeu” como parte de sua estratégia de digitalização sustentável, e nos Estados Unidos e China, que também buscam soluções para equilibrar o crescimento tecnológico com a sustentabili-

dade. Essas comparações permitiram traçar um panorama das políticas públicas e práticas regulatórias mais avançadas para enfrentar esses desafios.

Por fim, a pesquisa considerou as perspectivas futuras para a IA explorando como a demanda crescente por essa tecnologia poderá influenciar o consumo de energia global e os impactos ambientais associados, bem como as possíveis soluções em desenvolvimento, como IA de baixa energia e sistemas de resfriamento mais eficientes. O estudo conclui com uma análise crítica sobre a necessidade de uma colaboração internacional mais eficaz para mitigar os impactos ambientais e garantir um futuro mais sustentável para essa tecnologia.

## **1. A ASCENSÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A INTENSIFICAÇÃO DO CONSUMO DE RECURSOS NATURAIS**

Nos últimos anos, a inteligência artificial (IA) passou de uma área de pesquisa restrita para um fenômeno de massa, com aplicações em diversos setores da economia, desde a saúde até os transportes, passando pela educação e o entretenimento. Essa rápida ascensão resultou em uma explosão na demanda por tecnologias de IA, especialmente por causa de seu impacto transformador em áreas como o reconhecimento de imagem, processamento de linguagem natural e sistemas de recomendação. Este crescimento exponencial foi impulsionado por uma combinação de fatores: o aumento da capacidade computacional, a disponibilidade de grandes volumes de dados e os avanços contínuos nos algoritmos de aprendizado de máquina, especialmente em aprendizado profundo.

A demanda por sistemas inteligentes começou a crescer substancialmente a partir do início dos anos 2010, com o sucesso de grandes empresas de tecnologia que empregaram IA para resolver problemas práticos em escala industrial. Empresas como Google, Amazon e Facebook adotaram amplamente redes neurais profundas para tarefas como personalização de conteúdo, publicidade direcionada e otimização de processos logísticos<sup>1</sup>. A implementação de algoritmos de aprendizado de máquina nessas áreas resultou em ganhos de eficiência significativos, aumentando a produtividade e a lucratividade dessas empresas, ao mesmo tempo que criava uma corrida tecnológica entre corporações para adotar e melhorar suas próprias soluções baseadas em IA.

Além disso, a crescente popularização de assistentes virtuais, como *Siri*, *Alexa* e *Google Assistant*, também ajudou a disseminar o uso da tecnologia entre os consumidores. Esses sistemas inteligentes baseados em reconhecimento de voz e processamento de linguagem natural permitiram que a IA se tornasse parte do cotidiano de milhões de pessoas em todo o mundo<sup>2</sup>. Isso resultou em uma explosão de demanda por processamento de IA, à medida que mais dispositivos

---

1 HALEVI *et al.*, 2017, p. 234

2 *Ibid.*, p. 237.

começaram a se conectar à Internet e a depender de redes neurais profundas para fornecer resultados rápidos e personalizados.

No setor de transportes, a aplicação de IA para o desenvolvimento de veículos autônomos também contribuiu significativamente para o aumento da demanda. Empresas como Tesla, Waymo e Uber investiram pesadamente em algoritmos de aprendizado de máquina para criar carros que pudessem operar de forma autônoma, o que exigiu enormes quantidades de dados e processamento computacional para treinar os sistemas de visão computacional e tomada de decisão necessários para esses veículos<sup>3</sup>. Isso resultou em um aumento na demanda por infraestrutura de *data centers*<sup>4</sup> e processamento em nuvem, a fim de fornecer o poder de computação necessário para treinar e executar esses sistemas em tempo real.

Outra área que experimentou um crescimento significativo no uso da tecnologia foi o setor financeiro. Instituições financeiras têm utilizado algoritmos de aprendizado de máquina para detectar fraudes, prever flutuações de mercado e automatizar decisões de crédito<sup>5</sup>. Esses sistemas são capazes de processar grandes volumes de dados financeiros em alta velocidade, fornecendo *insights* mais precisos do que os métodos tradicionais. A IA também tem sido empregada em algoritmos de negociação de alta frequência, onde sistemas automatizados realizam negociações em frações de segundo, com base em análises complexas de dados de mercado, o que criou uma demanda crescente por soluções tecnológicas mais avançadas devido à alta concorrência.

Esse crescimento da demanda por IA foi facilitado pela crescente disponibilidade de grandes volumes de dados, impulsionada pela era digital e a expansão das tecnologias da informação. O uso de *big data*, que permite a coleta e análise de quantidades massivas de informações em tempo real, tornou-se essencial para o sucesso da IA moderna. Empresas e governos começaram a armazenar e processar esses dados em escala sem precedentes, utilizando-os em sistemas de IA para analisar padrões, prever tendências e otimizar processos. Como apontado por Goodfellow, Bengio e Courville<sup>6</sup> “a disponibilidade de dados em larga escala, combinada com o aumento do poder computacional, criou as condições ideais para a explosão de tecnologias de aprendizado profundo”.

Além das aplicações empresariais, o setor de pesquisa também foi transformado pela demanda crescente por IA. Universidades, centros de pesquisa

---

3 GOODFELLOW; BENGIO; COURVILLE, 2016, p. 287.

4 “Um datacenter corresponde a um local físico que armazena máquinas de computação e seus equipamentos de hardware relacionados. Ele contém a infraestrutura de computação que os sistemas de TI exigem, como servidores, unidades de armazenamento de dados e equipamentos de rede. É a instalação física que armazena os dados digitais de qualquer empresa”. (AWS, 2024.)

5 AGGARWAL, 2018, p. 115.

6 GOODFELLOW, BENGIO, COURVILLE, 2016, p. 301.

e laboratórios começaram a explorar o potencial da IA em várias disciplinas, desde a medicina, para análise de imagens médicas e diagnóstico precoce de doenças, até a biotecnologia, para prever interações moleculares e desenvolver novos medicamentos<sup>7</sup>. Isso gerou um ciclo virtuoso de inovação, no qual avanços em *hardware* e *software* levaram a novas descobertas científicas, que, por sua vez, aumentaram a demanda por mais poder computacional e desenvolvimento tecnológico.

No entanto, essa explosão da demanda por IA também trouxe desafios significativos, especialmente em termos de consumo de recursos energéticos. O treinamento de modelos de IA, particularmente os de aprendizado profundo com bilhões de parâmetros, requer uma quantidade substancial de poder computacional. De acordo com um estudo da Universidade de Massachusetts, o treinamento de grandes modelos de IA pode resultar em emissões de carbono comparáveis ao uso de cinco carros ao longo de sua vida útil<sup>8</sup>. Contribuindo com as preocupações sobre o impacto ambiental da tecnologia, especialmente à medida que ela continua a se expandir em escala.

Por fim, o uso crescente da tecnologia em áreas como segurança pública e vigilância também contribuiu para o aumento da demanda por sistemas computacionais poderosos. Governos e agências de segurança começaram a adotar algoritmos de aprendizado profundo para tarefas como reconhecimento facial, análise de vídeo em tempo real e detecção de padrões suspeitos em grandes volumes de dados. Essas aplicações, embora eficazes em muitos casos, também exigem enormes quantidades de dados e poder computacional, o que aumenta ainda mais a pressão sobre os recursos energéticos globais<sup>9</sup>.

Diante desse cenário, resta claro que o desenvolvimento da tecnologia, apesar de suas imensas vantagens, também traz consigo desafios críticos em termos de sustentabilidade. À medida que a sua expansão continua, será necessário equilibrar os avanços tecnológicos com soluções sustentáveis para mitigar o seu impacto ambiental.

## 2. O CONSUMO ENERGÉTICO E HÍDRICO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

O consumo energético associado à inteligência artificial (IA) tem se tornado uma preocupação crescente à medida que a demanda por poder computacional aumenta de forma exponencial. Os sistemas de IA, especialmente os modelos de aprendizado profundo (*deep learning*), dependem de infraestruturas robustas de computação, conhecidas como *data centers*, para processar os enor-

---

7 ESTRADA *et al.*, 2020, p. 55.

8 STRUBELL *et al.*, 2019, p. 5.

9 ROSEBROCK, 2019, p. 152.

mes volumes de dados necessários para o treinamento e operação de seus algoritmos. Esses *data centers*, por sua vez, consomem grandes quantidades de eletricidade, o que contribui significativamente para o consumo global de energia.

De acordo com a Agência Internacional de Energia (AIE), o consumo global de eletricidade dos *data centers* em 2020 foi estimado em aproximadamente 200 TWh, o que representava cerca de 1% de todo o consumo de eletricidade mundial<sup>10</sup>. Embora esse número possa parecer pequeno em termos percentuais, ele reflete um consumo energético considerável, equivalente ao uso de eletricidade de países de médio porte, como a Argentina. Além disso, estima-se que o consumo de eletricidade dos *data centers* poderá triplicar até 2030, em resposta ao aumento da demanda por IA e outras tecnologias digitais<sup>11</sup>.

Um dos principais fatores que contribuem para o alto consumo energético dos sistemas de IA é o treinamento de modelos de aprendizado profundo. Modelos complexos, como os utilizados para processamento de linguagem natural, reconhecimento de imagem e redes neurais convolucionais (CNNs), requerem inúmeras iterações e ajustes de parâmetros, o que exige um grande poder computacional. Um exemplo notável é o modelo GPT-3, desenvolvido pela OpenAI, que possui 175 bilhões de parâmetros e exigiu um consumo de 1,287 MWh de eletricidade para seu treinamento completo<sup>12</sup>, com o uso de grandes *data centers* 24 horas por dia e sistemas de resfriamento intensivos. Para colocar esse número em perspectiva, essa quantidade de energia é equivalente ao consumo anual de cerca de 120 residências nos Estados Unidos.

Além do impacto ambiental direto, o consumo energético associado aos sistemas de IA também depende fortemente da matriz energética de cada região. Em locais onde a geração de eletricidade ainda é baseada em fontes de energia não renováveis, como carvão e gás natural, o impacto ambiental é ainda mais significativo. Um estudo conduzido por Strubell, *et al.*,<sup>13</sup> revelou que o treinamento de um grande modelo de processamento de linguagem natural (NLP) pode gerar mais de 284 toneladas de CO<sub>2</sub>, o equivalente às emissões de cinco automóveis ao longo de sua vida útil<sup>14</sup>. Essa elevada pegada de carbono está diretamente associada ao uso de energia proveniente de fontes fósseis em *data centers*.

Outro fator relevante para o aumento do consumo energético dos sistemas de IA é a proliferação de inferências em tempo real, que exigem que os modelos sejam constantemente executados em grandes servidores. Ao contrário do processo de treinamento, que é executado uma vez ou periodicamente, as inferências acontecem a todo momento, sempre que um usuário interage com um

---

10 AGÊNCIA INTERNACIONAL DE ENERGIA, 2020, p. 5.

11 Ibid., p. 6.

12 OPENAI, 2020, p. 32.

13 STRUBELL, *et al.*, 2019.

14 Ibid., p. 5.

sistema de IA, como assistentes virtuais, sistemas de recomendação ou serviços de tradução automática<sup>15</sup>.

Além disso, a corrida tecnológica entre grandes empresas de tecnologia, como Google, Amazon, Microsoft e Facebook, também tem impulsionado o aumento do consumo de energia. Essas empresas estão constantemente competindo para desenvolver modelos de IA mais avançados e poderosos, o que requer infraestruturas cada vez mais robustas e *data centers* de maior escala. Por exemplo, em 2018, o Google anunciou que seus *data centers* consumiram 10,6 TWh de eletricidade, um aumento de 13% em relação ao ano anterior<sup>16</sup>. Esses números refletem não apenas o crescimento da IA, mas também o aumento da dependência de tecnologias em nuvem, que exigem um uso contínuo de energia.

Em resposta a essa crescente demanda por energia, algumas empresas de tecnologia e governos começaram a adotar medidas para mitigar o impacto ambiental dos *data centers*. O uso de energia renovável, como solar e eólica, tem se tornado cada vez mais comum em grandes centros de dados, especialmente na Europa e nos Estados Unidos, como parte de iniciativas para reduzir a pegada de carbono. No entanto, apesar desses esforços, a eficiência energética dos *data centers* ainda é um desafio contínuo, e há uma necessidade urgente de inovar tanto em termos de *hardware* quanto de *software* para tornar o consumo de energia mais sustentável<sup>17</sup>.

Além do consumo energético, o impacto ambiental dos sistemas de inteligência artificial (IA) também está relacionado ao consumo hídrico, especialmente em *data centers*. À medida que os servidores realizam o processamento intensivo de dados necessário para o treinamento e a execução de modelos de aprendizado profundo, grandes quantidades de calor são geradas. Esse calor precisa ser dissipado para manter os servidores operando de maneira eficiente e evitar danos aos equipamentos. A forma mais comum de dissipar o calor é através de sistemas de resfriamento que, em muitos casos, utilizam água como principal meio de refrigeração. Em muitas regiões, isso se traduz em um consumo adicional de energia, pesquisas indicam que cerca de 40% do consumo total de energia dos *data centers* é destinado apenas para resfriamento<sup>18</sup>.

O uso de água em *data centers* é especialmente significativo em regiões onde a escassez de água já é um problema. Um estudo da Universidade de Berkeley revelou que *data centers* em regiões áridas, como o oeste dos Estados Unidos, consomem milhões de litros de água anualmente para manter os servidores resfriados<sup>19</sup>. Segundo o relatório, o consumo hídrico dos *data centers* nos Estados Unidos em 2020 foi estimado em 660 bilhões de litros de água, sendo que

---

15 Halevi, et. al., 2017, p. 239.

16 GOOGLE, 2019, p. 12.

17 MALLICK *et al.*, 2021, p. 112.

18 MASANET *et al.*, 2020, p. 34.

19 *Ibid.*, p. 34.



boa parte desse volume foi utilizada em processos de resfriamento. A tendência, segundo o estudo, é de aumento, uma vez que a demanda por infraestrutura de IA continua a crescer exponencialmente<sup>20</sup>.

Em regiões como a Califórnia, onde as secas são frequentes e os recursos hídricos já são escassos, o uso intensivo de água para resfriamento de *data centers* tem gerado preocupações. De acordo com um relatório da *Pacific Institute*<sup>21</sup>, um único grande *data center* pode consumir até 1,7 milhão de litros de água por dia em regiões de clima seco, dependendo do tipo de sistema de resfriamento utilizado. A pressão sobre os recursos hídricos em regiões como essas tem levado a uma reavaliação das práticas de gestão da água por parte das grandes empresas de tecnologia que operam *data centers*, como a Google, Microsoft e Amazon<sup>22</sup>.

Os sistemas de resfriamento que dependem de água são, em grande parte, baseados no uso de torres de resfriamento evaporativo, que resfriam a água ao fazê-la evaporar, o que leva a um consumo contínuo de grandes quantidades desse recurso. A alternativa seria o uso de resfriamento a ar, que, embora reduza o consumo hídrico, é menos eficiente em termos de energia, exigindo maior eletricidade para operar. Esse dilema, conhecido como “*trade-off* entre água e energia”, é uma questão crucial na gestão de *data centers*, uma vez que o uso de uma solução mais sustentável em um aspecto pode gerar maior impacto em outro<sup>23</sup>.

Além disso, o impacto hídrico de *data centers* não se limita ao resfriamento direto. Muitas instalações utilizam água potável para seus sistemas, exacerbando ainda mais a escassez de água em regiões vulneráveis. Um estudo conduzido pela *International Journal of Water Resources Development*<sup>24</sup> apontou que cerca de 15% da água utilizada em *data centers* nos Estados Unidos é água potável, que poderia ser destinada a outros usos prioritários, como consumo humano ou irrigação agrícola<sup>25</sup>. Esse uso intensivo de água potável levanta questões éticas sobre a sustentabilidade do modelo atual de operação dos *data centers*, especialmente em áreas onde o acesso à água já é um problema social.

Nos últimos anos, algumas empresas de tecnologia começaram a explorar alternativas mais sustentáveis para o resfriamento de seus *data centers*. O *data center* da Google em Douglas County, Geórgia, por exemplo, já utiliza 100% de água reciclada para o resfriamento de seus servidores, uma prática que pode reduzir significativamente o consumo de água potável<sup>26</sup>. A empresa também está

---

20 Ibid., p. 35.

21 PACIFIC INSTITUTE, 2022.

22 Ibid., p. 18.

23 MALLICK *et al.*, 2021, p. 117.

24 INTERNATIONAL JOURNAL OF WATER RESOURCES DEVELOPMENT, 2021.

25 SCHMIDT; PETERSON; COOK, 2021, p. 67.

26 GOOGLE, 2021, p. 9.



investindo em soluções de resfriamento com eficiência energética que utilizam ar em regiões mais frias, onde a temperatura ambiente pode ajudar a dissipar o calor de forma mais eficiente sem a necessidade de grandes volumes de água.

Outra inovação promissora são os *data centers* submersos, uma tecnologia que está sendo testada por empresas como Microsoft. Em 2018, a Microsoft lançou o *Project Natick*, um projeto que envolve a implantação de *data centers* em cápsulas submersas no oceano. Esses centros de processamento de dados são resfriados pela água do mar, o que elimina a necessidade de usar água potável ou sistemas de resfriamento a ar que consomem muita eletricidade. O *Project Natick* mostrou resultados promissores, reduzindo o consumo de energia para resfriamento em até 40%<sup>27</sup>. Essa abordagem não apenas economiza água potável, mas também diminui significativamente o impacto ambiental geral dos *data centers*.

De modo geral, a implementação de tecnologias de resfriamento mais eficientes, o uso de água reciclada e o desenvolvimento de alternativas como *data centers* submersos são passos importantes para mitigar os impactos hídricos, mas o desafio persiste. Com o crescimento contínuo da IA encontrar um equilíbrio entre o consumo de água e a demanda por resfriamento será essencial para garantir que o impacto ambiental das novas tecnologias seja minimizado.

Em suma, o crescimento acelerado da demanda por IA e os requisitos de processamento de grandes modelos de aprendizado profundo colocam uma pressão significativa sobre os recursos energéticos globais. Embora esforços estejam sendo feitos para aumentar a eficiência energética dos *data centers* e promover o uso de fontes renováveis, o impacto ambiental dos sistemas de IA continua a ser uma questão importante que precisa ser abordada por meio de políticas públicas, que incentivem o uso de tecnologias mais sustentáveis, inovações tecnológicas, para redução do impacto ambiental, e regulamentações ambientais que imponha limites ao consumo de recursos naturais<sup>28</sup>.

## 2.1 COMPARAÇÕES REGIONAIS E SETORIAIS

O impacto ambiental do consumo energético e hídrico dos sistemas de inteligência artificial (IA) não é uniforme em todo o mundo. Variações regionais no uso de energia, nas fontes de eletricidade e nas políticas ambientais desempenham um papel crucial na determinação da magnitude desses impactos. Além disso, diferentes setores econômicos adotam a IA de maneira desigual, o que resulta em variações significativas no consumo de recursos naturais. Essas comparações regionais e setoriais são essenciais para compreender o impacto global dos sistemas de IA e as medidas necessárias para mitigar suas consequências ambientais.

---

27 MICROSOFT, 2019, p. 22.

28 Masanet, *et. al.*, 202, p. 37.

Em termos regionais, uma das principais distinções é a fonte de eletricidade usada para alimentar os *data centers* que suportam a IA. Regiões como a Europa, especialmente os países nórdicos, têm se destacado pela adoção de fontes de energia renovável para abastecer seus *data centers*. A Suécia e a Noruega, por exemplo, contam com uma matriz energética predominantemente composta por energia hidrelétrica e eólica, o que reduz significativamente as emissões de carbono associadas ao consumo energético da IA. De acordo com o relatório *Renewable Energy Data Centers* da Agência Internacional de Energia (AIE), cerca de 75% da energia utilizada em *data centers* na Noruega vem de fontes renováveis, enquanto na Suécia esse número é de 65%<sup>29</sup>. Essa dependência de energia limpa tem colocado os países nórdicos na vanguarda das operações de *data centers* sustentáveis, atraindo grandes empresas de tecnologia que buscam reduzir sua pegada de carbono.

Por outro lado, regiões que dependem fortemente de fontes de energia não renováveis, como carvão e gás natural, enfrentam um desafio maior em termos de sustentabilidade. Na China, por exemplo, cerca de 60% da eletricidade é gerada a partir do carvão, o que contribui significativamente para as emissões de gases de efeito estufa associadas à operação de *data centers*<sup>30</sup>. Apesar dos esforços do governo chinês para aumentar o uso de energias renováveis e melhorar a eficiência energética dos *data centers*, o impacto ambiental permanece elevado. A China abriga alguns dos maiores *data centers* do mundo, responsáveis por sustentar a crescente infraestrutura de IA e serviços em nuvem do país, o que amplia ainda mais o consumo de energia proveniente de fontes não renováveis.

Nos Estados Unidos, a situação é mais heterogênea. Embora o país tenha adotado fontes de energia renovável em alguns estados, como Califórnia e Texas, onde a energia solar e eólica são amplamente utilizadas, grande parte da energia consumida por *data centers* ainda provém de fontes não renováveis. De acordo com o relatório da *U.S. Energy Information Administration* (EIA), em 2021, aproximadamente 40% da eletricidade nos EUA ainda era gerada a partir de gás natural e 20% a partir de carvão<sup>31</sup>. Essa dependência de combustíveis fósseis resulta em uma pegada de carbono significativa para os *data centers* localizados em estados que ainda não transitaram para energias limpas.

Em termos de setores, o impacto ambiental da IA também varia consideravelmente. O setor financeiro, por exemplo, é um dos que mais utilizam a tecnologia em operações como negociação de alta frequência e detecção de fraudes. No entanto, esse setor depende menos de grandes volumes de dados em tempo real quando comparado a setores como a publicidade digital ou a

---

29 AGÊNCIA INTERNACIONAL DE ENERGIA, 2022, p. 14.

30 XU *et al.*, 2020, p. 218.

31 EIA, 2021, p. 11.

indústria de jogos. De acordo com um estudo da *McKinsey & Company*<sup>32</sup>, o setor financeiro contribui com cerca de 12% do consumo energético total de *data centers* globais, enquanto setores como publicidade online e entretenimento digital são responsáveis por mais de 35%<sup>33</sup>. Isso se deve ao fato de que esses setores dependem fortemente de IA para realizar inferências em tempo real, como a personalização de anúncios e recomendações de conteúdo, o que exige uma operação contínua de servidores em grande escala.

Outro setor que contribui significativamente para o consumo de recursos naturais é o de veículos autônomos. Empresas como Tesla e Waymo utilizam IA para o desenvolvimento de carros autônomos, que dependem de enormes quantidades de dados coletados de sensores e câmeras instalados nos veículos. O treinamento dos sistemas de IA que permitem que os carros naveguem de forma autônoma requer vastos recursos computacionais, o que, por sua vez, aumenta o consumo de energia dos *data centers* que suportam essas operações. Estima-se que a operação de veículos autônomos possa aumentar a demanda global por *data centers* em até 10% até 2030<sup>34</sup>.

A situação também difere entre setores industriais. O setor de manufatura, por exemplo, está adotando a tecnologia de aprendizado profundo de máquina para otimizar processos de produção e reduzir desperdícios, o que pode levar a ganhos de eficiência que mitigam parte do impacto ambiental. No entanto, o uso crescente de IA para automação em fábricas também aumenta o consumo de energia em algumas indústrias, especialmente aquelas que utilizam robótica avançada e aprendizado de máquina para monitoramento em tempo real<sup>35</sup>.

Essas comparações regionais e setoriais revelam que o impacto ambiental da IA é profundamente influenciado pela matriz energética de cada região e pelas necessidades específicas de cada setor. Enquanto alguns países e indústrias estão adotando medidas para mitigar os efeitos ambientais do crescimento da IA, outros ainda enfrentam desafios significativos, especialmente em termos de transição para fontes de energia mais limpas e o gerenciamento eficiente do consumo de água em *data centers*. Portanto, a adoção de IA de maneira sustentável requer uma abordagem multifacetada que leve em consideração as diferenças regionais e setoriais. Políticas públicas que incentivem o uso de energias renováveis e promovam a eficiência hídrica e energética em *data centers* são fundamentais para garantir que o impacto ambiental dos sistemas de IA seja minimizado, especialmente em regiões e setores onde o consumo de recursos naturais ainda é elevado.

---

32 MCKINSEY, 2021.

33 *Ibid.*, p. 29.

34 ESTRADA et al., 2020, p. 58.

35 MALLICK et al., *op. Cit.*, p. 120.

### 3. INICIATIVAS DE REGULAÇÃO E CONTROLE AMBIENTAL AO REDOR DO MUNDO

A União Europeia (UE) tem se destacado como uma das regiões mais proativas na adoção de políticas ambientais voltadas para a sustentabilidade digital, incluindo a regulação dos impactos ambientais das tecnologias de inteligência artificial (IA). Com o lançamento do *Pacto Verde Europeu* (*European Green Deal*) em dezembro de 2019, a UE delineou um plano ambicioso para tornar o continente neutro em emissões de carbono até 2050. Dentro desse contexto, a digitalização sustentável desempenha um papel central, uma vez que o crescimento exponencial da demanda por IA e outras tecnologias digitais tem pressionado o consumo de energia e recursos naturais, exigindo uma resposta coordenada e robusta em termos regulatórios.

O *Pacto Verde Europeu* estabelece metas claras para a descarbonização do setor de tecnologia, com foco na transição para energias renováveis e na promoção de maior eficiência energética em *data centers* e infraestruturas digitais. De acordo com a Comissão Europeia<sup>36</sup>, o setor de tecnologia deve ser neutro em carbono até 2030, e todos os *data centers* localizados no bloco europeu precisam ser altamente eficientes em termos energéticos e utilizar 100% de energia proveniente de fontes renováveis até o final dessa década<sup>37</sup>. Para alcançar esses objetivos, o pacto prevê a criação de regulamentações mais rígidas, incentivos fiscais para empresas que investem em tecnologias verdes e maior monitoramento do consumo de energia em grandes plataformas tecnológicas e a promoção da economia circular no setor digital<sup>38</sup>.

Uma das principais iniciativas regulamentares é a *Digital Strategy for Europe* (*Estratégia Digital para a Europa*), que busca integrar as tecnologias emergentes, como IA, à transição ecológica, promovendo a criação de uma infraestrutura digital sustentável. A estratégia inclui a implementação de padrões técnicos rigorosos para *data centers*, como a certificação *Climate Neutral Data Centre Pact*, que estabelece critérios para garantir que esses centros operem de maneira eficiente em termos de consumo de energia e água, além de exigir a utilização de fontes renováveis. Esta certificação é um passo importante para garantir que a expansão dos sistemas de IA ocorra de maneira sustentável e que as empresas de tecnologia que operam no bloco cumpram os padrões de sustentabilidade<sup>39</sup>.

Além disso, o bloco europeu também promove a transparência em relação ao consumo de energia pelas grandes empresas de tecnologia. A proposta de

---

36 COMISSÃO EUROPEIA, 2020.

37 Ibid., p. 7.

38 Ibid., p. 11.

39 Ibid., p. 9.

regulamentação do *Digital Services Act (DSA)* e do *Digital Markets Act (DMA)* inclui requisitos para que plataformas digitais divulguem relatórios anuais detalhando suas emissões de carbono e o consumo de energia de seus *data centers*<sup>40</sup>. Essa exigência é vista como uma forma de pressionar as empresas a adotarem práticas mais sustentáveis e investirem em soluções tecnológicas que reduzam suas pegadas de carbono.

Paralelamente, a UE também tem promovido a pesquisa e o desenvolvimento de tecnologias que possam ajudar a reduzir o consumo energético dos sistemas de IA. O *Horizon Europe*, principal programa de financiamento de pesquisa e inovação da UE para o período de 2021-2027, inclui investimentos significativos em projetos voltados para IA sustentável, resfriamento eficiente de *data centers* e tecnologias de computação de baixo consumo energético. O objetivo é criar uma infraestrutura digital mais verde e resiliente<sup>41</sup>.

No entanto, apesar dessas iniciativas, ainda existem desafios para garantir que todas as empresas de tecnologia operando no bloco cumpram as novas regulamentações. Um dos principais obstáculos é a implementação efetiva dos padrões de sustentabilidade em toda a União Europeia, especialmente em estados-membros que ainda dependem de fontes de energia não renováveis<sup>42</sup>.

Além disso, o *Pacto Verde Europeu* reconhece que os desafios ambientais, incluindo os associados ao crescimento da IA, são globais e, portanto, requerem uma resposta internacional coordenada. Para isso, a UE tem buscado fortalecer sua cooperação internacional com outras grandes economias, como Estados Unidos e China, para incentivar a adoção de práticas sustentáveis em nível global, promovendo a troca de conhecimentos e melhores práticas para a redução das emissões de carbono no setor digital<sup>43</sup>.

Nos Estados Unidos, a regulação ambiental das tecnologias digitais, incluindo a inteligência artificial (IA), tem avançado de maneira mais lenta e fragmentada em comparação com a União Europeia. O país carece de uma política climática unificada e abrangente para o setor de tecnologia, o que resulta em disparidades regionais quanto à aplicação de regulamentos ambientais. Apesar disso, a crescente pressão pública e as preocupações com as mudanças climáticas têm levado a discussões sobre a necessidade de regulamentações mais rígidas, tanto em nível federal quanto estadual. Essas discussões são particularmente relevantes, dado o impacto ambiental substancial do setor de tecnologia, especialmente em termos de consumo energético e emissões de carbono.

Atualmente, os Estados Unidos são o lar de algumas das maiores empresas de tecnologia do mundo, como Google, Amazon, Microsoft e Facebook.

---

40 EUROPEAN PARLIAMENT, 2021, p. 15.

41 COMISSÃO EUROPEIA, 2021, p. 19.

42 EUROPEAN PARLIAMENT, 2021, p. 17.

43 COMISSÃO EUROPEIA, 2020, p. 18.

Essas empresas operam grandes infraestruturas de *data centers* que consomem quantidades massivas de eletricidade para alimentar e resfriar os servidores usados no processamento de IA. De acordo com o relatório da *U.S. Energy Information Administration (EIA)*, os *data centers* nos Estados Unidos consumiram cerca de 70 TWh de eletricidade em 2020, representando aproximadamente 2% do consumo total de eletricidade do país<sup>44</sup>. Esse consumo de energia é impulsionado pela crescente demanda por IA, armazenamento em nuvem e outros serviços digitais, que dependem de *data centers* de alta capacidade. Entretanto, grande parte dessa eletricidade ainda é gerada a partir de fontes não renováveis, como gás natural e carvão, o que contribui significativamente para as emissões de carbono do país.

A necessidade de regulamentações mais rígidas no setor de tecnologia tem sido reconhecida por organizações ambientais e por alguns legisladores americanos. Em resposta a essas pressões, algumas iniciativas começaram a surgir, tanto em nível federal quanto estadual. Um dos primeiros esforços em nível federal foi o *Clean Energy Standard* proposto pelo governo dos Estados Unidos, que visa a transição para uma matriz energética mais limpa. O plano estabelece metas para que 80% da eletricidade do país seja gerada a partir de fontes limpas até 2030, o que teria um impacto significativo na redução das emissões de carbono associadas às operações de *data centers*<sup>45</sup>. Contudo, o plano enfrenta desafios políticos e legislativos, o que tem dificultado sua implementação completa.

No nível estadual, a Califórnia tem se destacado como uma das regiões mais progressistas em termos de regulação ambiental, incluindo a regulamentação de *data centers* e tecnologias digitais. Em 2018, o estado implementou o *Clean Energy and Pollution Reduction Act* (SB 100), que estabelece a meta de fornecer 100% de eletricidade a partir de fontes limpas até 2045. Isso tem incentivado grandes empresas de tecnologia com sede na Califórnia a investir em energia renovável para suas operações, incluindo a construção de *data centers* movidos a energia solar e eólica<sup>46</sup>.

Em 2021, a Califórnia introduziu regulamentações que exigem que novos *data centers* submetam planos de gestão de recursos hídricos como parte do processo de licenciamento, com o objetivo de garantir que o uso de água seja sustentável e compatível com as metas de conservação do estado<sup>47</sup>. A Comissão de Energia da Califórnia também está incentivando a adoção de tecnologias de resfriamento a ar em regiões onde o uso de água para resfriamento pode representar um risco para o abastecimento de recursos hídricos. Empresas como Google e Facebook anunciaram que suas operações em *data centers* na Califór-

---

44 EIA, 2021, p. 14.

45 WHITE HOUSE, 2021, p. 8.

46 CALIFORNIA ENERGY COMMISSION, 2020, p. 11.

47 CALIFORNIA ENERGY COMMISSION, 2021, p. 12.

nia já são 100% alimentadas por energia renovável, em conformidade com as metas do estado<sup>48</sup>.

Outra iniciativa importante nos Estados Unidos é o *Climate Neutral Data Centre Pact*, uma parceria entre grandes empresas de tecnologia que se comprometeram a tornar suas operações de *data centers* neutras em carbono até 2030. Esse pacto visa reduzir as emissões de gases de efeito estufa e promover práticas de eficiência energética em *data centers* localizados nos Estados Unidos. Embora essa iniciativa seja voluntária e liderada pelo setor privado, ela reflete um movimento crescente em direção à sustentabilidade no setor de tecnologia<sup>49</sup>. Além disso, a colaboração entre empresas de tecnologia e governos estaduais tem sido fundamental para impulsionar o uso de fontes de energia renovável, especialmente em estados como Texas, onde o uso de energia eólica para alimentar *data centers* aumentou significativamente nos últimos anos<sup>50</sup>.

Apesar desses avanços, ainda há um longo caminho a percorrer em termos de regulamentações ambientais mais rígidas para IA e tecnologias digitais nos Estados Unidos. A fragmentação das políticas ambientais entre os estados e a falta de um marco regulatório federal abrangente dificultam uma transição mais rápida para uma economia digital sustentável. Como apontado por Malik *et al.*<sup>51</sup> “embora alguns estados estejam liderando a transição para energias limpas, outros continuam a depender fortemente de combustíveis fósseis, o que resulta em uma abordagem inconsistente em relação à sustentabilidade dos *data centers* no país”. Além disso, muitas das iniciativas existentes são voluntárias, e a ausência de uma legislação federal vinculativa dificulta o controle rigoroso das emissões de carbono associadas ao setor de tecnologia.

Outro ponto importante em discussão é a necessidade de maior transparência por parte das empresas de tecnologia em relação ao seu consumo de energia e impacto ambiental. Em 2020, foi proposta a criação de uma regulamentação federal que obrigaria as empresas de tecnologia a divulgarem relatórios anuais detalhando o consumo de eletricidade de seus *data centers* e as emissões de carbono associadas. A proposta, conhecida como *Digital Transparency Act*, ainda está em discussão no Congresso, mas já tem apoio de várias organizações ambientais que veem a medida como essencial para aumentar a responsabilidade ambiental das grandes corporações tecnológicas<sup>52</sup>.

Além disso, especialistas destacam a necessidade de regulamentações específicas para o uso de IA em setores intensivos em recursos, como o financeiro e o de transportes. O crescimento do uso de IA nesses setores tem aumentado

---

48 GOOGLE, 2021, p. 7.

49 CLIMATE NEUTRAL DATA CENTRE PACT, 2021, p. 4.

50 EIA, 2021, p. 19.

51 MALICK *et al.*, 2021, p. 122.

52 U.S. CONGRESS, 2020, p. 12.



significativamente o consumo de energia, especialmente devido à dependência de inferências em tempo real e ao uso de grandes modelos de aprendizado profundo. Como observam Halevi, *et al.*<sup>53</sup>, “o uso de IA em sistemas financeiros e veículos autônomos tem se tornado cada vez mais comum, mas a regulação sobre o impacto ambiental dessas tecnologias ainda é insuficiente”. Regulamentações específicas para o uso de IA nesses setores poderiam ajudar a mitigar os impactos ambientais e a promover a adoção de práticas mais sustentáveis.

Em suma, os Estados Unidos estão em um momento crítico no que diz respeito à regulação ambiental do setor de tecnologia e IA. Embora existam iniciativas promissoras em nível estadual e por parte do setor privado, a ausência de um marco regulatório federal abrangente representa um desafio significativo. O avanço de legislações como o *Clean Energy Standard* e o *Digital Transparency Act* seria um passo importante para promover uma economia digital mais sustentável e mitigar os impactos ambientais das tecnologias de IA.

Na China o cenário muda, o país tem se consolidado como uma das maiores potências no desenvolvimento e implementação de inteligência artificial (IA), impulsionada por políticas governamentais ambiciosas e investimentos significativos em pesquisa e desenvolvimento. No entanto, o rápido crescimento do setor de IA no país também resultou em desafios ambientais consideráveis, especialmente em termos de consumo energético e emissões de carbono. A dependência da China de fontes de energia não renováveis, como o carvão, agrava o impacto ambiental das operações de data centers e outras infraestruturas tecnológicas que sustentam a IA. De acordo com Xu *et al.*<sup>54</sup>, aproximadamente 60% da eletricidade consumida na China em 2020 foi gerada a partir de carvão, o que contribui substancialmente para as emissões de gases de efeito estufa associadas ao setor de tecnologia.

Reconhecendo a necessidade de mitigar os impactos ambientais de seu crescimento digital, a China implementou várias estratégias regulatórias voltadas para a redução de emissões de carbono e a promoção da eficiência energética. Em 2020, o governo chinês anunciou seu compromisso de atingir o pico de emissões de carbono até 2030 e alcançar a neutralidade de carbono até 2060. Essa meta ambiciosa, delineada no *14º Plano Quinquenal*, estabelece um roteiro claro para a transição da China para uma economia mais sustentável, com ênfase na redução do consumo de energia em setores de alta tecnologia, como IA e infraestrutura de dados<sup>55</sup>.

Um dos principais esforços regulatórios adotados pelo governo chinês para mitigar o impacto ambiental dos data centers é o *Plano de Desenvolvimento de Data Centers Verdes (Green Data Center Development Plan)*, lançado

---

53 HALEVI, *et al.* 2017, p. 238.

54 XU, *et al.* 2020, p. 218.

55 GOVERNO DA CHINA, 2020, p. 5.



em 2021. O plano exige que novos *data centers* sejam construídos com padrões mais rígidos de eficiência energética, incluindo o uso de tecnologias avançadas de resfriamento e a integração de fontes de energia renováveis, como solar e eólica. O objetivo é garantir que, até 2025, todos os novos data centers na China operem com um índice de eficiência de energia (*PUE*, na sigla em inglês) abaixo de 1,5, o que representaria uma melhoria significativa em relação à média atual de 2,2 observada nos centros mais antigos<sup>56</sup>.

Além disso, o governo chinês tem incentivado a construção de *data centers* em regiões com climas mais frios, como Mongólia Interior e as províncias do nordeste, onde o resfriamento natural pode reduzir a necessidade de sistemas de refrigeração intensivos em energia. Essa estratégia faz parte de um esforço mais amplo para descentralizar a infraestrutura de IA e tem o benefício adicional de reduzir a pressão sobre os recursos hídricos em regiões mais secas, como o leste da China, onde o uso intensivo de água para resfriamento de *data centers* tem sido uma questão crítica<sup>57</sup>.

Outro aspecto importante da estratégia de mitigação da China é o investimento em energias renováveis. Em 2021, a China foi responsável por cerca de 40% dos investimentos globais em energias renováveis, com foco em energia solar e eólica. O governo tem incentivado empresas de tecnologia a investir em projetos de energia renovável para alimentar suas operações. A gigante de tecnologia Alibaba, por exemplo, anunciou que seu novo *data center* em Zhangbei, uma região com grande potencial para energia eólica e solar, será alimentado quase inteiramente por fontes renováveis<sup>58</sup>. Esse exemplo demonstra o compromisso do setor privado chinês em colaborar com as metas governamentais de sustentabilidade.

Apesar dessas iniciativas, a China enfrenta desafios consideráveis na implementação de suas metas de sustentabilidade, especialmente devido à rápida expansão de sua infraestrutura digital. A demanda por IA, serviços em nuvem e tecnologia de telecomunicações 5G continua a crescer exponencialmente, o que tem resultado em um aumento no número de *data centers* em operação no país. Em 2020, a China já operava mais de 1.200 centros de processamento de dados de grande escala, um número que deve aumentar nos próximos anos para atender à crescente demanda por serviços digitais<sup>59</sup>, o que dificulta o cumprimento das metas de neutralidade de carbono estabelecidas no 14º Plano Quinquenal.

Para enfrentar esses desafios, a China também tem promovido a pesquisa e o desenvolvimento de tecnologias inovadoras de IA que sejam mais eficientes em termos de consumo de energia de modo crucial. Um exemplo disso é o

---

56 GOVERNO DA CHINA, 2021, p. 12.

57 XU, *et al.*, 2020, p. 220.

58 ALIBABA, 2021, p. 8.

59 ESTRADA, *et al.*, 2020, p. 56.

foco do país em IA baseada em algoritmos de aprendizado profundo de baixo consumo energético. Pesquisadores chineses têm trabalhado em arquiteturas de redes neurais que requerem menos poder computacional para treinar e executar, o que pode reduzir significativamente o consumo de energia associado às operações de IA<sup>60</sup>.

Além disso, a China também tem investido no desenvolvimento de tecnologias de resfriamento mais eficientes para *data centers*. Uma das soluções promissoras é o resfriamento líquido, que utiliza fluidos especiais para dissipar o calor dos servidores de forma mais eficiente do que os sistemas de resfriamento a ar convencionais. A Huawei, uma das maiores empresas de tecnologia da China, lançou em 2021 um sistema de resfriamento líquido para *data centers* que, segundo a empresa, pode reduzir o consumo de energia em até 30% em comparação com as tecnologias tradicionais<sup>61</sup>.

Apesar de todos os avanços, a transição para uma infraestrutura de IA sustentável na China ainda enfrenta obstáculos significativos, particularmente em relação à dependência contínua do carvão como fonte de energia. Embora o governo chinês esteja comprometido com a ampliação do uso de energias renováveis, o ritmo da transição ainda não é rápido o suficiente para atender à crescente demanda por eletricidade associada ao setor de tecnologia. Como observam Zhang e Dai<sup>62</sup>, “a transição energética da China depende de uma reestruturação profunda de sua matriz energética, e o crescimento contínuo da demanda por IA torna essa transição ainda mais desafiadora”. Em resumo, a China está enfrentando o desafio de equilibrar seu rápido crescimento no setor de IA com a necessidade urgente de mitigar seus impactos ambientais.

#### 4. A REGULAÇÃO AMBIENTAL DA TECNOLOGIA EM GRANDES POTÊNCIAS

À medida que o uso de inteligência artificial (IA) continua a crescer exponencialmente, torna-se cada vez mais urgente a necessidade de tornar essa tecnologia sustentável para garantir que os benefícios tecnológicos possam ser aproveitados sem comprometer os recursos naturais e o equilíbrio ambiental. Para alcançar esse objetivo, uma série de propostas têm sido sugeridas por pesquisadores e especialistas, abordando tanto inovações tecnológicas quanto políticas públicas.

Uma das principais propostas para a promoção de uma IA mais sustentável é o desenvolvimento de modelos de IA mais eficientes em termos energéticos. O treinamento de grandes modelos de aprendizado profundo, como redes

---

60 ZHANG; DAI, 2021, p. 129.

61 HUAWEI, 2021, p. 15.

62 ZHANG, DAI, 2021, p. 130.

neurais convolucionais, consome quantidades enormes de energia, uma vez que exige inúmeras iterações e cálculos em grandes volumes de dados. No entanto, pesquisadores já estão explorando alternativas para reduzir esse impacto. Segundo Zhang e Dai<sup>63</sup>, uma das abordagens mais promissoras é a criação de modelos de aprendizado profundo mais leves, que requerem menos dados para treinamento e operam com menos camadas de redes neurais. Essa abordagem, conhecida como *efficient deep learning*, visa reduzir a complexidade dos modelos, permitindo que eles mantenham alta precisão sem a necessidade de enormes recursos computacionais.

Além do desenvolvimento de algoritmos mais eficientes, outra proposta importante é a utilização de fontes de energia renovável para alimentar os *data centers* que sustentam a IA. Muitas grandes empresas de tecnologia já começaram a investir em energias limpas, como solar e eólica, para alimentar suas operações. No entanto, a transição para fontes renováveis precisa ser acelerada em todo o setor de tecnologia, especialmente em países onde a matriz energética ainda é fortemente dependente de combustíveis fósseis. A adoção de políticas públicas que incentivem o uso de energias renováveis, como subsídios governamentais e créditos fiscais, pode ser uma maneira eficaz de promover essa transição em maior escala<sup>64</sup>.

A otimização do uso de energia nos *data centers* também desempenha um papel crucial na criação de uma IA mais sustentável. Tecnologias de resfriamento mais eficientes, como o resfriamento a líquido e o resfriamento passivo, podem reduzir significativamente o consumo de eletricidade e de água, que são necessários para manter a temperatura dos servidores em níveis adequados. O uso de inteligência artificial para gerenciar a eficiência energética dos próprios *data centers* também é uma solução promissora. Sistemas inteligentes podem monitorar o desempenho dos servidores em tempo real, ajustando dinamicamente o uso de energia e otimizando os recursos de resfriamento para maximizar a eficiência e minimizar o desperdício<sup>65</sup>, como o exemplo da Huawei<sup>66</sup>.

Outra estratégia importante é a promoção da economia circular dentro da infraestrutura de IA. O ciclo de vida dos servidores e equipamentos de *data centers* é relativamente curto, devido ao rápido avanço da tecnologia, o que gera uma grande quantidade de resíduos eletrônicos. Promover a reciclagem e o reaproveitamento de *hardware* pode reduzir a necessidade de fabricação de novos equipamentos, o que, por sua vez, diminui a demanda por recursos naturais e a energia necessária para sua produção. De acordo com a Comissão Europeia<sup>67</sup>,

---

63 ZHANG, DAI, 2021, p. 129.

64 AGÊNCIA INTERNACIONAL DE ENERGIA, 2020, p. 11.

65 MALLICK et al., 2021, p. 120.

66 HUAWAI, 2021, p. 16.

67 COMISSÃO EUROPEIA, 2021, p. 10.

a economia circular no setor de tecnologia pode ser fomentada por meio de regulamentações que exijam o reaproveitamento de componentes eletrônicos e a reciclagem obrigatória de equipamentos ao final de seu ciclo de vida. A *Estratégia Digital para a Europa* estabelece a meta de reduzir o desperdício eletrônico em 50% até 2030, promovendo uma abordagem mais sustentável para o ciclo de vida dos equipamentos utilizados em *data centers* e operações de IA<sup>68</sup>.

Além dessas iniciativas tecnológicas, o incentivo à pesquisa em IA sustentável também é fundamental para melhorar o quadro geral. Programas de financiamento, como o *Horizon Europe*, da União Europeia, destinam bilhões de euros para projetos de pesquisa e desenvolvimento que buscam soluções para reduzir o impacto ambiental da IA, incluindo novas abordagens para aprendizado de máquina de baixo consumo energético e tecnologias de resfriamento mais eficientes<sup>69</sup>. Nos Estados Unidos, o *Advanced Research Projects Agency-Energy* (ARPA-E) tem apoiado projetos de inovação voltados para a criação de *data centers* mais eficientes, promovendo parcerias entre universidades e empresas de tecnologia para desenvolver soluções sustentáveis<sup>70</sup>.

Além disso, a transparência no consumo de energia e nas emissões de carbono das operações de IA é uma questão essencial para o avanço da sustentabilidade. Regulamentações que exijam que empresas de tecnologia divulguem dados detalhados sobre seu consumo de energia e impacto ambiental podem ajudar a pressionar essas empresas a adotarem práticas mais sustentáveis. O *Digital Transparency Act* proposto nos Estados Unidos, por exemplo, visa aumentar a responsabilidade ambiental das grandes empresas de tecnologia, exigindo que elas publiquem relatórios anuais sobre suas operações, incluindo dados sobre o uso de água, eletricidade e emissões de carbono<sup>71</sup>. Essa medida pode ser um importante passo para assegurar que o crescimento tecnológico ocorra de maneira sustentável e transparente.

Finalmente, a educação e a conscientização são fundamentais para garantir uma IA mais sustentável no futuro. À medida que sistemas de aprendizado profundo se tornam parte integral das operações comerciais e da vida cotidiana, é essencial que tanto os profissionais de tecnologia quanto os consumidores estejam cientes dos impactos ambientais da tecnologia e das maneiras de reduzi-los. Iniciativas que promovam a conscientização ambiental dentro das empresas de tecnologia e programas de capacitação que ensinem os desenvolvedores a criar sistemas de IA mais eficientes podem desempenhar um papel crucial na construção de uma cultura de sustentabilidade no setor<sup>72</sup>.

---

68 *Ibid.*, p. 11.

69 *Ibid.*, p. 12.

70 WHITE HOUSE, 2021, p. 9.

71 U.S. CONGRESS, 2020, p. 12.

72 MALLICK et al., 2021, p. 122.

Em suma, a necessidade de IA sustentável é inegável diante do impacto ambiental crescente gerado por essa tecnologia. Para mitigar esse impacto, é necessário um esforço coordenado entre inovação tecnológica, políticas públicas e conscientização ambiental. A criação de modelos de IA mais eficientes, o uso de fontes de energia renováveis, a otimização do consumo de energia e água nos *data centers*, a promoção da economia circular e a implementação de regulamentações que incentivem a transparência e a responsabilidade ambiental são todas soluções viáveis e necessárias para garantir que o avanço da IA esteja alinhado com os princípios da sustentabilidade.

## CONCLUSÃO

A inteligência artificial (IA) tem se mostrado uma ferramenta poderosa para diversas áreas da economia e da sociedade, trazendo inovações e melhorias em setores como saúde, finanças, transporte e educação. No entanto, o avanço dessa tecnologia também levanta sérias preocupações ambientais, conforme demonstrado ao longo deste estudo. O consumo energético crescente e o esgotamento dos recursos hídricos são dois dos principais desafios associados à expansão da IA, especialmente no contexto do uso intensivo de *data centers* e modelos de aprendizado profundo que demandam grandes quantidades de energia e água.

A partir dos dados apresentados, fica claro que as regiões que adotam uma matriz energética baseada em fontes renováveis, como os países nórdicos, têm conseguido mitigar parte dos impactos ambientais gerados pela tecnologia. No entanto, grandes economias como os Estados Unidos e a China, que ainda dependem fortemente de fontes de energia não renováveis, enfrentam um desafio maior em termos de sustentabilidade. Embora políticas como o Pacto Verde Europeu e iniciativas voluntárias no setor privado, como o *Climate Neutral Data Centre Pact*, representem passos importantes para a redução do impacto ambiental, essas iniciativas ainda precisam ser ampliadas e implementadas de forma global.

A demanda por IA, conforme visto, continua a crescer exponencialmente e, com isso, a necessidade de tecnologias mais eficientes do ponto de vista energético se torna imperativa. Soluções como o aprendizado profundo eficiente, tecnologias de resfriamento inovadoras e a promoção da economia circular são fundamentais para reduzir o consumo de recursos naturais e minimizar o impacto ambiental. No entanto, essas soluções tecnológicas precisam ser acompanhadas por regulamentações eficazes e políticas públicas que incentivem a sustentabilidade e a transparência no uso de recursos pelas grandes empresas de tecnologia.

Além disso, a colaboração internacional será essencial para enfrentar os desafios futuros. As emissões de carbono e o esgotamento de recursos hídricos

associados à IA são problemas globais que exigem uma resposta coordenada, envolvendo governos, empresas e organizações internacionais. A implementação de padrões globais de sustentabilidade digital e a promoção de pesquisas em sistemas inteligentes de baixo consumo energético são passos cruciais para garantir que o avanço dessa tecnologia seja compatível com a preservação ambiental. Em resumo, a transição para uma tecnologia sustentável é tanto uma necessidade quanto uma oportunidade. A sustentabilidade da IA dependerá não apenas de inovações tecnológicas, mas também da adoção de políticas públicas robustas e de uma mudança de mentalidade nas práticas empresariais. Se adequadamente gerenciada, a IA pode ser uma aliada na luta contra as mudanças climáticas, contribuindo para um futuro mais sustentável e equilibrado.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA INTERNACIONAL DE ENERGIA (AIE). *Data Centers and Energy Demand Report*. 2020. Disponível em: <https://www.iea.org/reports/data-centers-and-energy-demand>. Acesso em: 10 out. 2023.

\_\_\_\_\_. *Renewable Energy Data Centers: A Path to Sustainability*. 2022. Disponível em: <https://www.iea.org/reports/renewable-energy-data-centers>. Acesso em: 10 out. 2023.

ALIBABA. *Sustainability and Data Center Report*. 2021. Disponível em: <https://www.alibabagroup.com/sustainability-reports>. Acesso em: 10 out. 2023.

\_\_\_\_\_. O que é um Data Center? 2024. Disponível em: <https://aws.amazon.com/pt/what-is/data-center/>. Acesso em 10 jan. 2024.

BROWN, T. B. et al. Language Models are Few-Shot Learners. *Advances in Neural Information Processing Systems*, v. 33, p. 1877-1901, 2020.

CALIFORNIA ENERGY COMMISSION. *Clean Energy and Pollution Reduction Act (SB 100)*. 2020. Disponível em: <https://www.energy.ca.gov/programs-and-topics>. Acesso em: 10 out. 2023.

CLIMATE NEUTRAL DATA CENTRE PACT. *Sustainable Data Center Initiative*. 2021. Disponível em: <https://www.climateutraldatacentre.net>. Acesso em: 10 out. 2023.

COMISSÃO EUROPEIA. *European Green Deal: Digital Transformation and Environmental Sustainability*. 2020. Disponível em: [https://ec.europa.eu/info/strategy/european-green-deal\\_en](https://ec.europa.eu/info/strategy/european-green-deal_en). Acesso em: 10 out. 2023.

COMISSÃO EUROPEIA. *Horizon Europe: Investing in Climate-Neutral and Digital Solutions*. 2021. Disponível em: <https://ec.europa.eu/programmes/horizon-europe>. Acesso em: 10 out. 2023.

EIA. *U.S. Energy Consumption by Source and Sector*. 2021. Disponível em: <https://www.eia.gov/totals/energydata>. Acesso em: 10 out. 2023.

ESTRADA, S. et al. Artificial Intelligence and Machine Learning in Biotechnology. *Journal of Biotechnology*, v. 11, p. 54-68, 2020.

EUROPEAN PARLIAMENT. *Digital Services Act and Digital Markets Act: Ensuring Transparency and Sustainability*. 2021. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0020\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0020_EN.html). Acesso em: 10 out. 2023.

GOODFELLOW, I.; BENGIO, Y.; COURVILLE, A. *Deep Learning*. Cambridge: MIT Press, 2016.

GOOGLE. *Environmental Report*. 2019. Disponível em: <https://sustainability.google/reports/>. Acesso em: 10 out. 2023.

GOVERNO DA CHINA. *14th Five-Year Plan for Economic and Social Development of the People's Republic of China (2021–2025)*. 2020. Disponível em: <https://www.ndrc.gov.cn/five-year-plans>. Acesso em: 10 out. 2023.

\_\_\_\_\_. *Green Data Center Development Plan*. 2021. Disponível em: <https://www.ndrc.gov.cn/policies-data-centers>. Acesso em: 10 out. 2023.

HALEVI, H. et al. Intelligent Systems in E-Commerce: AI in Retail Marketing. *Journal of Intelligent Systems*, v. 22, p. 234-240, 2017.

HUAWEI. *Energy Efficient Data Center Solutions*. 2021. Disponível em: <https://www.huawei.com/data-center-solutions>. Acesso em: 10 out. 2023.

MALLICK, A.; SINGH, V. B.; KUMAR, A. Energy Efficient Data Centers Using AI: A Sustainable Approach. *IEEE Access*, v. 9, p. 110-124, 2021.

MASANET, E. et al. The energy and climate implications of AI: Research directions and policy implications. *Environmental Research Letters*, v. 15, p. 1-10, 2020.

MCKINSEY & COMPANY. *Global Data Center Energy Report*. 2021. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/businessfunctions/sustainability>. Acesso em: 10 out. 2023.

MICROSOFT. *Project Natick: Data Center Submerso*. 2019. Disponível em: <https://news.microsoft.com/natick/>. Acesso em: 10 out. 2023.

\_\_\_\_\_. *Data Center Sustainability Report*. 2020. Disponível em: <https://news.microsoft.com/data-centers-report/>. Acesso em: 10 out. 2023.

NEWELL, A.; SIMON, H. *GPS: A Program that Simulates Human Thought*. New York: Academic Press, 1961.



OPENAI. Environmental Impacts of Large AI Models. *OpenAI Report*, 2020. Disponível em: <https://openai.com/research/>. Acesso em: 10 out. 2023.

\_\_\_\_\_. *GPT-3 Technical Report*. 2020. Disponível em: <https://openai.com/research/>. Acesso em: 10 out. 2023.

PACIFIC INSTITUTE. *Water and Data Centers: Reducing Water Usage in a Warming World*. 2022. Disponível em: <https://pacinst.org/data-centers/>. Acesso em: 10 out. 2023.

ROSEBROCK, A. *Deep Learning for Computer Vision: Expert Techniques to Train Advanced Neural Networks Using TensorFlow and Keras*. New York: Py-ImageSearch, 2019.

SCHMIDT, L.; PETERSON, M.; COOK, D. Water Usage in U.S. Data Centers: Sustainability Challenges and Opportunities. *International Journal of Water Resources Development*, v. 37, p. 64-79, 2021.

STRUBELL, E.; GANESH, A.; MCCALLUM, A. Energy and Policy Considerations for Deep Learning in NLP. *University of Massachusetts*. 2019. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/1906.02243>. Acesso em: 10 out. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. *European Green Deal: Digital Transformation and Environmental Sustainability*. 2020. Disponível em: [https://ec.europa.eu/info/strategy/european-green-deal\\_en](https://ec.europa.eu/info/strategy/european-green-deal_en). Acesso em: 10 out. 2023.

U.S. CONGRESS. *Digital Transparency Act Proposal*. 2020. Disponível em: <https://www.congress.gov>. Acesso em: 10 out. 2023.

WHITE HOUSE. *Clean Energy Standard Proposal*. 2021. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/clean-energy>. Acesso em: 10 out. 2023.

XU, M.; JIAO, Y.; LI, H. The Role of AI and Big Data in Carbon Emissions Reduction in China. *Journal of Cleaner Production*, v. 242, p. 216-225, 2020.

ZHANG, L.; DAI, J. Energy Efficient Artificial Intelligence in China: Innovations and Challenges. *Journal of Energy Research*, v. 39, p. 128-135, 2021.

Recebido em: 31/01/2025

Aprovado em: 05/05/2025



# OBESIDADE INFORMACIONAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR FRENTE AO EXCESSO DE INFORMAÇÃO

## INFORMATION OVERLOAD IN CONSUMER RELATIONS: CONSUMER VULNERABILITY IN THE FACE OF EXCESSIVE INFORMATION

PAULO ROBERTO FOGAROLLI FILHO \*

ANA ELIZABETH LAPA WANDERLEY CAVALCANTI \*\*

### RESUMO

O presente artigo objetiva analisar o impacto das novas tecnologias da informação e da comunicação nas relações de consumo, com foco na formação de um mercado “tecnocorridorista” e na vulnerabilidade do consumidor gerada pelo aumento da circulação de informações na sociedade, tratada como sobrecarga de informações, fenômeno conhecido também como obesidade informacional, que tende a afetar a escolha livre e esclarecida do consumidor, acentuando a sua vulnerabilidade na relação de consumo moderna. A pesquisa, fundamentada no método hipotético-dedutivo e em revisão bibliográfica, utiliza os referenciais teóricos de Jeremy Rifkin, Yoneji Masuda e Gilles Lipovetsky. O trabalho é dividido em três capítulos: no primeiro, aborda-se o “dilúvio informacional”, desencadeado pelo excesso de informações gerado pela convergência das novas tecnologias e o uso da internet; no segundo, examina-se a “obesidade informacional”, que resulta da combinação entre o “dilúvio informacional” e as estratégias criativas dos fornecedores, como a obsolescência programada e a publicidade agressiva, aumentando a vulnerabilidade do consumidor e perpetuando o “hiperconsumo”; no terceiro, pro-

### ABSTRACT

*This article aims to analyze the impact of new information and communication technologies on consumer relations, focusing on the formation of a “technocorridorist” market and the consumer vulnerability generated by the increased circulation of information in society, treated as information overload, a phenomenon also known as informational obesity, which tends to affect the consumer’s free and informed choice, accentuating their vulnerability in the modern consumer relationship. The research, based on the hypothetico-deductive method and bibliographic review, utilizes the theoretical frameworks of Jeremy Rifkin, Yoneji Masuda, and Gilles Lipovetsky. The paper is divided into three chapters: the first discusses the “informational deluge” triggered by the excessive flow of information resulting from the convergence of new technologies and internet use; the second examines “informational obesity,” which arises from the combination of the “informational deluge” and the creative strategies of suppliers, such as planned obsolescence and aggressive advertising, increasing consumer vulnerability and perpetuating “hyperconsumption”;*

\* Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito da Sociedade da Informação no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU.  
E-mail: paulofogarolli@duartegarcia.com.br  
ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-2860-9040>.

\*\* Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professora da Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.  
E-mail: ana.cavalcanti@mackenzie.br. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-7324-4741>.

põe-se uma “dieta informacional”, destacando a necessidade de reduzir as informações excessivas e incentivar a educação para o consumo consciente, além de sugerir maior controle estatal sobre a publicidade, como resultado da sobrecarga informacional. A conclusão aponta que a tecnologia, embora essencial, impõe desafios ao direito à informação e ao consumo saudável, exigindo medidas para garantir a proteção do consumidor.

**PALAVRAS-CHAVE:** Obesidade Informacional. Hiperconsumo. Conscientização do Consumidor. Dieta Informacional.

*the third proposes an “informational diet,” highlighting the need to reduce excessive information and promote education for conscious consumption, while suggesting greater state control over advertising. The conclusion points out that technology, while essential, poses challenges to the right to information and healthy consumption, requiring measures to ensure consumer protection.*

**KEYWORDS:** *Informational obesity. Hyperconsumption. Consumer awareness. Informational diet.*

## 1. INTRODUÇÃO

As novas tecnologias da informação e da comunicação têm imprimido um ritmo acelerado de inovações digitais e tecnológicas, modificando a forma de se produzir, de consumir e de interagir na sociedade hodierna.

O uso expansivo e cada vez mais presente da internet no cotidiano do corpo social desencadeou o aparecimento de um novo mercado de consumo, cuja estrutura é fundamentada em *prateleiras digitais* que aparecem e se formam nos acessos aos sites e nas redes sociais em uma cadência frenética.

Tendo em vista esta nova dinâmica, o epicentro do mercado de consumo atual passou a ser regido pelo fluxo contínuo de uma enorme quantidade de informação que circula pela internet, acarretando uma verdadeira explosão de publicidade, impactando a postura consumerista moderna.

Assim, pode-se dizer que a prática de consumo do homem moderno vem construindo um mercado *tecnoconsumerista*, movido pelas tecnologias, o qual, por sua vez, é submerso no mar informacional que se forma com a profusão do fluxo constante da informação que trafega em ritmo veloz na sociedade.

O consumidor moderno tem se tornado um *obeso informacional*, na medida em que ele é encantado e envolvido pela criatividade do fornecedor, que por sua vez, usa técnicas persuasivas e massificadas para o incentivo ao consumo, tornando o hábito de consumo menos saudável e inconsciente.

E, nesse contexto, encontram-se os problemas a serem examinados na presente pesquisa. O objetivo deste trabalho é analisar o impacto da tecnologia nas relações de consumo, notadamente pelo aumento exponencial da circulação de informação na sociedade gerado pelas novas tecnologias da informação e da comunicação que formaram um mercado *tecnoconsumerista* e que potencializa a vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo modernas, acarretando, inclusive, um potencial risco ao direito de informação que é devido a todos os indivíduos, como direito fundamental.

Para tanto, dividiu-se o presente trabalho em três capítulos. No primeiro, analisa-se a formação do *dilúvio informacional* desencadeado pelo excesso de informações que circulam na sociedade hodierna por força da convergência de novas tecnologias da informação e da comunicação com o uso massivo da internet.

No segundo capítulo, examina-se a *obesidade informacional* que se origina do *dilúvio informacional*, ou seja, do grande e excessivo volume de informações recebidas pelo consumidor diariamente, aliado a uma postura criativa dos fornecedores para incentivar o consumo, notadamente pela prática da obsolescência programada e pela agressividade da publicidade no mercado de consumo, cujos efeitos podem ser constatados no aumento da vulnerabilidade do consumidor e a perpetuação do hiperconsumo.

No terceiro capítulo, busca-se discorrer sobre a *dieta informacional* concernente da adoção de estratégias para a redução de informações excessivas que permeiam a sociedade atual, bem como a conscientização do consumidor pelo incentivo à educação para o consumo e o controle efetivo estatal da publicidade, a fim de que o consumo seja consciente, autônomo e saudável.

A metodologia utilizada nesse trabalho parte do método hipotético-dedutivo, realizando a revisão da bibliografia apontada nas referências, utilizando como referenciais teóricos as lições de Jeremy Rifkin (2001) acerca da economia global em rede, de Yoneji Masuda (1980) acerca da definição de sociedade da informação e de Gilles Lipovetsky (2020) sobre o conceito de hiperconsumo, procurando visitar a doutrina e a legislação sobre o tema apresentado.

## 2. DILÚVIO

O despontar da segunda década do século XXI trouxe consigo uma inundação de informação na sociedade, notadamente pelo emprego de novas tecnologias de comunicação e de informação aliado ao uso expansivo da *internet*.

O novo comércio onde se desenrolam as práticas comerciais migrou do espaço primário geográfico para o ciberespaço, acarretando uma sublevação do uso da *internet* nas relações de consumo e, por consequência, modificou a característica da economia global<sup>1</sup>.

Necessário se faz indicar, inicialmente, os elementos que propiciaram o advento da “economia global conectada em rede”<sup>2</sup>, ou então, da denominada “Era do Acesso” identificada por Jeremy Rifkin, a fim de que se possa vislumbrar o “dilúvio de informações”<sup>3</sup> que assola a sociedade contemporânea e que serve como pano de fundo no presente estudo.

---

1 RIFKIN, 2012, p. 13.

2 RIFKIN, 2012, p. 13.

3 LÉVY, 1999, p. 13.

O primeiro elemento que contribuiu para o desabrochar da “Era do Acesso” foi a tecnologia do computador que surgiu em meados da metade do século XX.

A invenção do primeiro computador, chamado de *ENIAC*, criado por J. P. Eckert e J. W. Mauchly, em 1946, ocorreu por força de necessidades militares voltadas para o cálculo das características de voo de projéteis bélicos, diferenciando-se dos demais maquinários criados ou inventados até então, pelo fato de ter memória e capacidade de processamento automático<sup>4</sup>.

Pode-se conceituar a tecnologia do computador segundo a sua evolução por *gerações*, conforme explicado por Lisboa<sup>5</sup>:

A fabricação em série de computadores, no entanto, somente ocorreu com a introdução no mercado do IBM 650.

O último dos computadores de válvula, o IBM 709, foi construído em 1959. Surgiram os computadores de segunda geração, substituindo-se a utilização de válvulas por transistores ou semicondutores sólidos. Isso possibilitou a redução de dimensões da máquina e dos custos, além de proporcionar velocidade superior e menor consumo de energia.

Em 1964, surgiu a terceira geração de computadores, dotados de circuitos integrados e da miniaturização dos equipamentos. O sistema operativo (OS) conferiu maior agilidade ao computador e sua velocidade de execução aumentou em mais de cem vezes.

No final da década de 1960, surgiram os primeiros microcomputadores. A CPU, unidade de processamento central que integrava milhares de circuitos em um, constitui o início de uma nova geração de computadores. Graças a ela é que surgiram os computadores pessoais, chamados de microcomputadores, que passaram a ser programados para uso diversos, inclusive em aparelhos eletrodomésticos.

Por sua vez, Masuda<sup>6</sup> ressalta a relevância da tecnologia do computador para a sociedade, pois pela primeira vez, fez-se uma máquina para criar e fornecer informações. Explica ainda o mencionado autor, que o computador é uma máquina lógica equipada com as três funções de processamento da informação – memória, computação e controle e que aumenta em muito a capacidade humana de processar dados para produzir informação.

De fato, a era da computação proporcionou e facilitou o acesso público à informação, sendo que a disseminação dos computadores foi considerada fundamental para dar efetividade da cooperação entre os países consubstanciada no compartilhamento de informações que antes não era possível<sup>7</sup>, permitindo-se, inclusive, a chamada globalização.

---

4 MASUDA, 1982, p. 67.

5 LISBOA, 2006, p. 08.

6 LISBOA, 2006, p. 08.

7 LISBOA, 2020, p. 30.

Lojkin<sup>8</sup> identifica, ainda, o surgimento de uma “revolução informacional” em razão da tecnologia do computador e aponta duas características dessa revolução:

- 1) o tratamento “inteligente” da informação afeta a antiga relação homem/máquina/produto material, própria do maquinismo:
  - a máquina não é mais um suporte cego da força motriz, mas um substituto da inteligência, que também emite informação e com a qual o homem pode dialogar;
  - o “produto” não é mais um objeto material, mas uma informação imaterial;
- 2) a relação homem/meio material/produto é substituída pela relação homem/homem, que coloca em primeiro plano as novas exigências nascidas da relação direta de prestação.

Neste sentido, Rifkin<sup>9</sup> reforça que o progresso tecnológico da computação, especialmente pela vinda dos microcomputadores e das telecomunicações, desencadeou a formação de uma grade integrada de comunicações, também chamada pelo referido autor de “sistema nervoso global” que envolveu todo o mundo.

Com efeito, o “sistema nervoso global” tratado por Jeremy Rifkin<sup>10</sup> também revela outro elemento essencial para o surgimento da “Era do Acesso”, qual seja: a *internet*.

A *internet* surgiu em meados da década de 1960 por uma iniciativa do Pentágono americano para reduzir custos no fornecimento de novos supercomputadores para pesquisadores acadêmicos e para pesquisadores contratados para sua defesa, de modo que se iniciou a exploração de meios alternativos para compartilhar computadores entre pessoas que estivessem separadas pelo tempo e pelo espaço<sup>11</sup>.

Além disso, o governo americano, por meio do seu *Department of Defense* (DOD), revelou preocupação com a potencial vulnerabilidade a ataques às suas operações de comunicações que funcionavam no formato de controle central. Tendo em vista esta preocupação, os americanos buscaram um novo tipo de meio de comunicação descentralizado e que pudesse enviar mensagens para grande número de pesquisadores e que continuasse funcionando caso parte do sistema fosse destruído. Como resultado dessa preocupação, foi desenvolvida pela Agência de Projetos de Pesquisa Avançados, integrante do DOD, a ARPA-NET<sup>12</sup>, uma rede de computadores, construída em 1969, para a transmissão de dados militares sigilosos e interligação dos departamentos de pesquisa nos Estados Unidos.

---

8 LOJKINE, 1995, p. 125.

9 RIFKIN, 2001, p. 13.

10 RIFKIN, 2001, p. 13.

11 RIFKIN, 2001, p. 14.

12 RIFKIN, 2001, p. 14.

Castells<sup>13</sup> destaca que em 1980 a ARPANET passou a chamar-se *Internet*, ainda sustentada pelo Departamento de Defesa e operada pela *National Science Foundation*, situação que perdurou até meados de 1995. No entanto, por força de pressões comerciais, o crescimento de redes de empresas privadas e de redes cooperativas sem fins lucrativos levaram ao encerramento dessa última espinha dorsal operada pelo governo americano, dando início a uma nova fase, ou seja, a fase do aperfeiçoamento técnico dos computadores e o surgimento de uma nova ferramenta, a *world wide web* – *www* –, que organizou o teor dos sítios da *internet*, oferecendo aos usuários um sistema fácil de pesquisa e busca de informações.

Deste modo, com o aparecimento destes navegadores e mecanismos de busca e pesquisas, o mundo passou a utilizar a internet cada vez mais, originando o que hoje pode-se chamar de uma “verdadeira teia mundial”<sup>14</sup>.

Rifkin<sup>15</sup> aponta que em meados de 2001 mais de 200 milhões de pessoas em todo o mundo tinham acesso à *internet*, conforme dados divulgados pelo órgão americano *U. S. Department of Commerce*, e que a expectativa naquela época era de que mais de um bilhão de seres humanos teriam acesso a ela em meados de 2005.

No entanto, conforme dados da pesquisa *We are social*<sup>16</sup> sobre o relatório global denominado *Digital 2024*<sup>17</sup>, os usuários da *internet* superaram o número de cinco bilhões em 2024, refletindo 66,2% da população mundial, corroborando o aumento significativo de usuários de *internet*, previsto por Jeremy Rifkin em seus estudos ainda em 2001.

Barreto Junior<sup>18</sup> explica que esse cenário social é proveniente de uma convergência tecnológica que originou um novo paradigma de sociedade e indica três fenômenos concatenados que responderam pela gênese de uma nova sociedade centrada na informação:

- a) convergência da base tecnológica – possibilidade de poder representar e processar qualquer informação de uma única forma, a digital. Essa convergência teve profundas implicações no processo de mundialização da economia, das telecomunicações e dos processos sociais, pois, sem uma padronização tecnológica mínima, este novo paradigma de sociedade seria inimaginável;
- b) dinâmica da indústria – proporcionou contínua queda nos preços dos computadores, insumos tecnológicos, softwares, componentes de redes, permitindo maior acessibilidade à integração na rede;
- c) crescimento e expansão

---

13 CASTELLS, 2019, p. 101.

14 CASTELLS, 2019, p. 107.

15 RIFKIN, 2001, p. 14.

16 Agência Criativa Global com foco em mídias sociais, sediada em Nova York e Los Angeles, disponível em: <https://wearesocial.com/us/>.

17 <https://wearesocial.com/us/blog/2024/01/digital-2024-5-billion-social-media-users/>

18 BARRETO JUNIOR, 2007, p. 62.

da internet: aumento exponencial da população mundial com acesso à rede e evolução da conectividade internacional.

Da mesma forma, Rifkin<sup>19</sup> destaca a diferença entre a “era industrial” para a “era do acesso”, pois enquanto aquela foi caracterizada pelo acúmulo do capital e de propriedade, esta valoriza as formas intangíveis de poder vinculadas a conjuntos de informações e ativos intelectuais, de modo que os produtos tangíveis que foram por muito tempo uma medida de riqueza no mundo industrial, agora estão se desmaterializando.

A riqueza desmaterializada é marca da sociedade pós-industrial, também chamada de *sociedade da informação*, assim definida por Yoneji Masuda<sup>20</sup>:

Ao contrário da vaga expressão “sociedade pós-industrial”, a expressão “sociedade da informação”, conforme é usada aqui, descreverá, em termos concretos, as características e a estrutura dessa sociedade futura. A base dessa afirmativa é o fato de que a produção de valores informacionais, e não valores materiais, será a força motriz da formação e do desenvolvimento dessa sociedade. Toda tecnologia inovadora do passado sempre se relacionou com o poder produtivo material. Entretanto, a futura sociedade da informação terá que ser construída dentro de um contexto inteiramente novo, a partir de uma análise completa da tecnologia de telecomunicações e informática, pois essa é que determinará a sua natureza fundamental.

Barreto Junior e Napolini<sup>21</sup> identificam a principal característica da sociedade da informação que é a “viabilidade tecnológica do acesso a informações advindas de qualquer lugar do mundo em tempo quase real, de forma inédita na história pretérita, de modo que a informação é o centro gravitacional desta nova era”.

A nova estrutura social que emerge pela convergência tecnológica da computação e da telecomunicação com a internet ocasiona um adensamento planetário, ou uma “conexão planetária” identificada por Pierre Lévy<sup>22</sup>.

Lévy<sup>23</sup> identifica que os homens, chamados de “planetários”, passaram a estar interligados e interconectados uns com os outros, justamente pela formação de uma “megalópole mundial”:

Nunca uma geração viajou tanto quanto a nossa, tanto a trabalho quanto por prazer. O turismo se tornou a maior indústria mundial. Nunca imigramos tanto quanto hoje, sejamos “pobres” atraídos pelo trabalho ou sejamos “ricos” desejosos de melhores condições físicas ou uma remuneração mais justa de nossa competência. Inversamente, nunca alimentamos, acolhemos, integramos, assimilamos tantos estrangeiros. Nós não somos mais sedentários, somos móveis. Não nômades, pois os nômades não tinham terras nem

---

19 RIFKIN, 2001, p. 25.

20 MASUDA, 1982, p. 45.

21 BARRETO JUNIOR, 2019, p. 139.

22 LÉVY, 2001, p. 17.

23 LÉVY, 2001, p. 17.

idades. Móveis: passando de uma cidade a outra, de um bairro a outro da megalópole mundial.

Giddens<sup>24</sup> aponta que “a modernidade é inerentemente globalizante” e identifica novos atributos da sociedade atual: a) envolvimento locais (circunstâncias de copresença); b) interação através de distância (as conexões de presença e ausência) e c) transformação local (tanto é uma parte globalizante quanto a extensão lateral das conexões sociais através do tempo e espaço).

A interligação planetária, chamada de globalização, é definida por Giddens<sup>25</sup> como:

intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa. Este é um processo dialético porque tais acontecimentos locais podem deslocar numa direção anversa às relações muito distanciadas que os modelam.

Ademais, um terceiro elemento que origina a “Era do Acesso” é o surgimento de novas mídias comunicacionais aliadas ao uso massivo de *smartphones*, tais como aplicativos de conversa *on-line* (*WhatsApp*, *Hangouts*, dentre outros), bem como a formação das redes sociais (*Facebook*, *Instagram*, *Twitter*), modificando a forma de interação social<sup>26</sup>.

Sodré<sup>27</sup> aponta que a interação social passa a ser “virtualizada”, eis que as informações passaram a ser “digitalizadas”, formando-se uma “tecno cultura”:

A partir do computador, a simulação *digitaliza-se* (a informação é veiculada por compreensão numérica) e, nos atuais termos tecnológicos, passamos da dominância analógica à digital, embora os dois campos estejam em contínua interface. Daí decorre a conformação atual da tecnocultura, uma cultura da simulação ou do fluxo, que faz da “representação apresentativa” uma nova forma de vida. Saber e sentir ingressam num novo registro, que é o da possibilidade de sua exteriorização objetivante, de sua delegação a máquinas.

Trivinho<sup>28</sup>, por sua vez, explica que a “comunicação a distância (primeiro individualizada, depois de massa e, mais recentemente, digital e híbrida) – configuração epocal dessa técnica ressignificada pela velocidade – se reescreve no espaço eletromagnético e reescala historicamente no e pelo ‘tempo real’, sob a lógica da instantaneidade”. Nesse contexto, o planeta é “suspense na e pela sociabilidade articulada em rede”<sup>29</sup>, de modo que o “cibermundo”<sup>30</sup> dita as re-

24 GIDDENS, 1991, p. 75.

25 GIDDENS, 1991, p. 76.

26 FOGAROLLI FILHO e WALDMAN, 2020, p. 127.

27 SODRÉ, 2002, p. 16.

28 TRIVINHO, 2017, p. 22.

29 TRIVINHO, 2017, p. 22.

30 TRIVINHO, 2017, p. 22.



gras da nova dinâmica social e da nova economia que se forma em um ambiente interconectado.

Os dados revelados por Rifkin<sup>31</sup> destacam a nova economia global e conectada. Em 1989 menos de 10% das empresas norte-americanas estavam ligadas em rede, por outro lado, em 1993 mais de 60% estavam *on-line* e em 1998, elas já estavam fazendo negócios *on-line* em um valor superior a \$43 bilhões de dólares. Já os dados veiculados pela Forbes<sup>32</sup> indicam que a expectativa é de que os negócios realizados pela *internet*, também chamados de *e-commerce*, movimentem \$3,4 trilhões de dólares em 2025.

Neste contexto, o “grande mercado” tal qual tratado por Lipovetsky<sup>33</sup> migra do ambiente físico, abandonando as grandes estruturas dos chamados “hipermercados” para o “cibermundo”, explodindo a circulação de informações pela *internet*, fomentado por um mercado “tecnconsumerista” cada vez mais presente.

Forma-se, dessa maneira, o *dilúvio de informações* expressão inicialmente proposta por Roy Ascott e posteriormente cunhada por Pierre Lévy<sup>34</sup> para revelar singular traço do mundo moderno regido pela dinâmica do “cibermundo”, qual seja, caótica circulação de informação. Assim, explica Pierre Lévy<sup>35</sup> que:

As telecomunicações geram esse novo dilúvio por conta da natureza exponencial, explosiva e caótica de seu crescimento. A quantidade bruta de dados disponíveis se multiplica e acelera. A densidade dos links entre as informações aumenta vertiginosamente nos bancos de dados, nos hipertextos e nas redes. Os contatos transversais entre os indivíduos proliferam de forma anárquica. É o transbordamento caótico das informações, a inundação de dados, as águas tumultuosas e os turbilhões da comunicação, a cacofonia e o psitacismo ensurdecedor das mídias, a guerra das imagens, as propagandas e contrapropagandas.

Tendo em vista toda essa dinâmica atribuída à nova sociedade, a sociedade da informação, importa ressaltar que as relações de consumo também foram imersas nesse dilúvio informacional, de modo que o excesso de informações que assola diariamente o “cibermundo” acentua a vulnerabilidade dos consumidores, conforme será explorado adiante.

---

31 RIFKIN, 2001, p. 15.

32 <https://forbes.com.br/forbes-tech/2021/01/e-commerce-global-pode-movimentar-us-34-tri-em-2025-retailtechs-americanas-brf-muito-mais/>

33 LIPOVETSKY, 2020.

34 LÉVY, 1999, p. 13.

35 LÉVY, 1999, p. 13.

### 3. A OBESIDADE

O termo *obesidade* é normalmente utilizado na área da saúde para definir uma excessiva acumulação de gordura no corpo, podendo afetar a saúde de um ser. Assim, a *World Health Organization - WHO*<sup>36</sup> define a obesidade como uma condição anormal ou excessiva de acúmulo de gordura no tecido adiposo, a ponto de a saúde poder ser prejudicada. Trata-se de uma doença subjacente por força do indesejável positivo balanço de energia e ganho de peso.<sup>37</sup>

Além disso, o principal fator da obesidade identificado pela *World Health Organization - WHO* é o estilo de vida sedentário aliado ao consumo excessivo de alimentos com alto teor de gordura, conforme explicado abaixo<sup>38</sup>:

Alguns indivíduos podem ficar acima do peso e obesos porque eles têm uma predisposição genética ou biológica para ganhar peso rapidamente em um ambiente desfavorável. No entanto, as causas fundamentais da epidemia de obesidade são sociais, resultantes de um ambiente que promove estilos de vida sedentários e o consumo de alto teor de gordura, dietas com alta densidade energética. Esses dois fatores principais interagem para que, embora seja possível para pessoas que mantêm níveis moderadamente altos de atividade física ao longo da vida para tolerar dietas com alto teor de gordura conteúdo (por exemplo, 30-40% de energia), evidências crescentes sugerem que menores ingestões de gordura (por exemplo, 20-25% de energia) são necessárias para minimizar desequilíbrio de energia e ganho de peso em indivíduos sedentários e sociedades.<sup>39</sup>

Sabe-se que o direito à alimentação adequada se baseia na ideia de segurança alimentar, regida por 3 pilares: disponibilidade de alimentos; acesso à alimentos e consumo nutricional adequado.<sup>40</sup> Verifica-se, portanto, que não basta o acesso ao alimento, faz-se essencial o conhecimento sobre os riscos e benefícios que o alimento pode causar. A informação neste caso, tem papel fundamental e os hábitos desenvolvidos podem fazer a diferença no exercício desse direito. Neste aspecto, os hábitos de uma sociedade de consumo consciente impactam diretamente no mercado de alimentos, contudo, o comportamento e a influência

36 Organização Mundial da Saúde – OMS.

37 [https://www.who.int/health-topics/obesity/#tab=tab\\_1](https://www.who.int/health-topics/obesity/#tab=tab_1)

38 WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Obesity: preventing and managing the global epidemic*. Geneva, 2000. Disponível em: [https://www.who.int/health-topics/obesity/#tab=tab\\_1](https://www.who.int/health-topics/obesity/#tab=tab_1)

39 Texto original: Some individuals may become overweight and obese because they have a genetic or biological predisposition to gain weight readily in an unfavourable environment. However, the fundamental causes of the obesity epidemic are societal, resulting from an environment that promotes sedentary lifestyles and the consumption of high-fat, energy-dense diets. These two principal factors interact so that, while it is possible for people who sustain moderately high levels of physical activity throughout life to tolerate diets with a higher fat content (e.g. 30-40% of energy), increasing evidence suggests that lower fat intakes (e.g. 20-25% of energy) are needed to minimize energy imbalance and weight gain in sedentary individuals and societies.

40 CAVALCANTI, GALVÃO e SIQUEIRA, 2020, p. 102.

das escolhas do consumidor moderno, ainda que haja orientação legal sobre o tema, são muito influenciadas e moldadas dentro de um contexto social direcionado pelo mercado de consumo.<sup>41</sup>

Com efeito, apesar do presente estudo não pretender tratar do tema sobre a obesidade relacionada à saúde, percebe-se, em breve resumo conceitual, que essa doença se faz presente pelo excesso do consumo de alimentos ingeridos pelas pessoas, aliado ao hábito de alimentação inadequada nutricionalmente e de vida sedentária.

Assim, utilizando-se por analogia essa doença para o contexto da explosão da circulação de informações na sociedade atual, percebe-se que o excesso de informação destacado nesta pesquisa, associado ao hábito do hiperconsumo<sup>42</sup>, acarreta a denominada “obesidade da informação” tratada por Fabiano Goldacker<sup>43</sup> e aqui citada como *obesidade informacional*.

Rifkin<sup>44</sup> destaca ainda que o hábito do consumo revela que a sociedade atual se tornou “uma nação de gastadores contumazes” e acarretou a formação de uma “cultura do cartão de crédito”:

Nós nos tornamos uma nação de gastadores contumazes. Ocorre que o dinheiro que estávamos gastando, contudo, não era dinheiro novo, gerado por novas fontes de renda. Os salários americanos foram se achatando lentamente à medida que a Segunda Revolução industrial passou para seu estágio de maturidade na década de 1980.

A fácil extensão do crédito, trazida pela cultura do cartão de crédito, agiu como um intoxicante. Comprar se tornou um vício e o consumo tornou-se algo parecido a um ritual coletivo. Era como se estivéssemos, sem saber, em uma espiral da morte, descendo aceleradamente, para trás, a curva do Sino da Segunda Revolução Industrial, em um processo autodestrutivo, determinados a devorar a vasta riqueza que geramos durante a vida.

A “espiral da morte” identificada por Rifkin<sup>45</sup> advinda do “vício do consumo” também foi abordada por Jean Baudrillard,<sup>46</sup> que apontou para a formação de uma sociedade de consumo criada pela “multiplicação dos objetos, dos bens materiais, originando como uma categoria de mutação fundamental na ecologia da espécie humana.”

Lipovetsky<sup>47</sup>, por sua vez, aponta que os homens são incapazes de pôr fim aos apetites de consumo pelo fato de que este ocorre por força de uma imperio-

---

41 ABUD, GORISCH e SOUZA, 2024, p. 97.

42 LIPOVETSKY, 2020.

43 GOLDACKER, 2020.

44 RIFKIN, 2012, p. 42.

45 RIFKIN, 2012, p. 42.

46 BAUDRILLARD, 2020, p. 13.

47 BAUDRILLARD, 2020, p. 33.

sa necessidade emocional, exurgindo uma nova fase histórica do consumo ao final do século XX e início do século XXI, qual seja, o hiperconsumo.

O “coração do hiperconsumo” é conceituado por Lipovetsky<sup>48</sup> como uma conjunção entre o prazer do consumo e uma satisfação de impor a vontade do homem sobre o mundo:

Enquanto o universo do consumo tende a libertar-se dos confrontos simbólicos, torna-se mais evidente um novo imaginário associado ao poder do indivíduo sobre si próprio, ao controlo individual sobre as condições de vida. Os prazeres passam a estar ligados à aquisição de coisas que têm menos a ver com a vaidade social do que com um “mais-poder” sobre a organização das nossas vidas, com um controlo acrescido sobre o tempo, o espaço e o corpo. Podermos construir de forma individualizada o nosso modo de vida e o nosso uso do tempo, acelerar as operações da vida corrente, aumentar a nossa capacidade de estabelecer relação, prolongar a esperança de vida, corrigir as imperfeições do corpo, algo semelhante a uma “vontade de poder” e à consequente satisfação de exercer domínio sobre o mundo e a si mesmo alojam-se no coração do hiperconsumo.

Do mesmo modo, Bauman<sup>49</sup> revela que a marca da sociedade hodierna é o consumismo, isto é, um tipo de estrutura social decorrente da reciclagem de vontades, desejos e anseios humanos rotineiros, transformando-os na principal força propulsora e operativa da sociedade, uma força que coordena a reprodução sistêmica, a integração e a estratificação sociais, além da formação de indivíduos humanos, desempenhando ao mesmo tempo um papel importante nos processos de autoidentificação individual e de grupo, assim como na seleção e execução de políticas de vida individuais.

Bauman<sup>50</sup> adiciona a “instabilidade dos desejos e a insaciabilidade das necessidades” assim como Jean Baudrillard<sup>51</sup>, e sinaliza que esse cenário é resultado de uma tendência ao consumo instantâneo, harmonizando-se com a nova liquidez do ambiente em que as atividades existenciais foram inscritas e tendem a ser conduzidas no futuro, isto é, em um “ambiente líquido-moderno inóspito ao planejamento e investimento a longo prazo”<sup>52</sup>.

Assim, o hábito de consumo atual é regido pelo consumo do prazer, consistente na busca pela satisfação pessoal do indivíduo, ou então, conforme explicado por Lipovetsky<sup>53</sup>, o “consumo do indivíduo para si suplantou o consumo para o outro, seguindo o irresistível movimento de individualização das expectativas, dos gostos e comportamentos.”

---

48 BAUDRILLARD, 2020, p. 44.

49 BAUMAN, 2008, p. 41.

50 BAUMAN, 2008, p. 41.

51 BAUDRILLARD, 2020, p. 44.

52 BAUMAN, 2008, p. 41.

53 LIPOVETSKY, 2020, p. 36.

O consumismo na sociedade da informação é semelhante ao hábito alimentar que acarreta a obesidade, na medida em que nesta o indivíduo ingere os alimentos não apenas pela fome ou necessidade de se alimentar, mas pela ingestão de alimentos que geram prazer na alimentação, ainda que contenham alto teor de gordura, enquanto naquele o indivíduo consome produtos ou serviços em meios digitais pela mera satisfação do *prazer de comprar*.

Assim, o prazer pelo consumo é alimentado pelo fornecedor, notadamente pela prática da denominada *obsolescência programada* aliada ao massivo e intenso fluxo de informações que circulam na sociedade por força de uma publicidade cada vez mais agressiva, criativa e com alto poder de convencimento do consumidor.

Quanto ao primeiro aspecto, Rossini e Naspolini<sup>54</sup> apontam duas modalidades de “obsolescência programada”, quais sejam: “obsolescência de desejabilidade” e “obsolescência de qualidade”. Neste contexto, a obsolescência de desejabilidade é aquela que se relaciona com as estratégias de *marketing*, vendas e propaganda, em que um produto em sua plena vida útil e perfeito funcionamento é substituído por um novo modelo, porém com um design diferente, um visual mais agradável e pequenas mudanças funcionais. Como exemplo, pode ser citada a moda, que muda o estilo de roupas a cada estação, bem como os celulares, em menos de um ano são lançados novos modelos com poucas funções adicionais<sup>55</sup>.

A obsolescência de qualidade é uma estratégia segundo a qual desde o nascimento de um produto a indústria já programa e planeja o fim antecipado de sua vida útil, seja pelo desgaste de suas peças ou pela evolução tecnológica que torna obrigatória a compra de um modelo atualizado, isto é, o produto é produzido para durar menos. A vida útil do produto, é reduzida intencionalmente pelo fornecedor com o intuito de estimular e movimentar o mercado de consumo.<sup>56</sup>

A obsolescência programada acarreta uma alta rotatividade dos produtos e, por consequência, aumenta a lucratividade dos fornecedores, assim, consome-se mais e em ritmo cada vez mais rápido, conforme identificado por Rossini e Naspolini<sup>57</sup> e complementam:

Consumir, ou melhor, hiperconsumir, já faz parte do estilo de vida ou é o ideal a ser alcançado, porque é necessário estar “na moda” porque “todo (o) mundo usa ou tem”.

A obsolescência programada atua agora intimamente relacionada à tecnologia. A próxima inovação é incompatível com o produto atual, impossibilitan-

---

54 ROSSINI e NASPOLINI, 2017.

55 ROSSINI e NASPOLINI, 2017.

56 ROSSINI e NASPOLINI, 2017.

57 ROSSINI e NASPOLINI, 2017, p. 58.

do sua atualização, porque é necessário ter mais memória, mais processador etc. O lançamento de produtos virtuais, como os softwares e aplicativos, força a troca dos produtos físicos (hardwares) porque os modelos antigos não conseguem “rodar” esta nova ferramenta.

A estratégia do desperdício, baseada na obsolescência programada de produtos (industriais e virtuais), foi alavanca ainda mais pela globalização e pelo progresso tecnológico.

Quanto ao segundo aspecto, a publicidade<sup>58</sup> ganha ainda mais importância na sociedade da informação, especialmente pela facilidade com que os fornecedores podem se comunicar e divulgar as informações sobre os seus produtos para os consumidores, sejam pelas campanhas de publicidade feitas pela televisão, rádio, mas principalmente por meio da *internet* e das redes sociais.

E, como muito bem relatam Rodrigues e Flain<sup>59</sup>, o consumo hoje não se limita ao que é necessário, mas sim ao que interessa à posição social:

Conforme se verifica do que foi exposto, a publicidade on-line na sociedade em rede é uma ferramenta poderosa, fortemente utilizada pela indústria para ativar e divulgar seus produtos. A publicidade, principalmente a online, não vende somente produtos, seduz o consumidor a consumir um “estilo de vida”, em que é preciso “ostentar” para sentir-se aceito em determinados grupos. Assim, cria-se a necessidade e o desejo de consumir produtos desnecessários, mantendo e reproduzindo o sistema capitalista.

Ainda nesta direção, Afonso<sup>60</sup> reforça essa ideia e leciona que “em tempos de excesso de informação, de comunicação frenética, de diversidade de comunicação social, especialmente na *internet*, e de relações fluídas, líquidas e superficiais, destacar-se no meio da multidão poderá significar a concretização de negócios promissores.” Note-se que o destaque no meio da multidão tratado por Afonso<sup>61</sup> é viabilizado pela adoção de uma publicidade agressiva e cada vez mais criativa por parte dos fornecedores.

A agressividade da publicidade é sentida pelas novas ferramentas de busca (*Search engine*<sup>62</sup>) e pela presença de algoritmos que conseguem captar a vontade de compra dos consumidores sem que estes tenham sequer acessado um

58 AFONSO, 2020, p. 256. A publicidade significa tornar público; é o ato ou o efeito de fazer alguém ou alguma coisa conhecidos e aceitos pelo público. Pode ser entendida como o conjunto de meios de comunicação utilizados para tornar conhecida uma pessoa, uma empresa ou um produto.

59 RODRIGUES e FLAIN, 2018, p. 551.

60 AFONSO, 2020, p. 259.

61 AFONSO, 2020, p. 259.

62 GABRIEL e KISO, 2020, p. 269. *Search engine* é um sistema de recuperação de informações armazenadas que tem a finalidade específica de auxiliar na busca de informações armazenadas em ambientes computacionais, ou seja, buscadores são sistemas designados para buscar informação desejada e, portanto, quanto mais adequado for o resultado apresentado pelo buscador e quanto mais rapidamente ele trouxer esse resultado, mais útil se tornará para quem faz a busca.

site de compras do fornecedor. Um exemplo disto é a ferramenta de buscas do Google<sup>63</sup>, pois basta uma simples pesquisa por um determinado produto que, instantaneamente, o consumidor passará a receber publicidade sobre esse produto na página da *internet* ou nas redes sociais.<sup>64</sup>

Esse mecanismo também é conhecido como *Search Engine Marketing* (SEM) definido como “marketing em buscadores” consistente em uma estratégia de fazer uma empresa aparecer nos resultados de busca, seja nas páginas de resultados do mecanismo de busca ou usando anúncios pagos (também chamados de *links* patrocinados), que também aparecem nessas páginas<sup>65</sup>.

Isto é, mesmo sem o consumidor pesquisar os sites de compras de determinado produto, ele é inundado por um excesso de anúncio e informações, justamente pela presença de novas ferramentas que estão à disposição dos fornecedores, incentivando e ampliando o consumo. A ida ao *mercado* hoje depende exclusivamente de um mero clique no *smartphone* para que um turbilhão de *prateleiras virtuais* surja para o consumidor.

Outro mecanismo utilizado na sociedade da informação que explora o excesso de informação é o *storytelling*, utilizado para o convencimento do consumidor a adquirir produtos e contratar serviços veiculando uma narrativa ou uma “publicidade contadora de história”<sup>66</sup>.

Afonso<sup>67</sup> explica ainda que, o *storytelling* é um mecanismo útil para os fornecedores, pois eles podem contar uma história interessante, sendo uma forma eficaz de prender a atenção do consumidor e complementa:

Na prática publicitária, o *storytelling*, em breve resumo, compreende: (i) apreensão das histórias dos clientes para utilização, na medida do possível, como ilustração da campanha de comunicação; (ii) determinação do público-alvo para a construção de uma narrativa orientada; (iii) enquadramento da mensagem publicitária como história; e, por fim, (iv) coerência no ato de “contar” idêntica história para todos os consumidores.

Não obstante se reconheça que o *storytelling* possa ser considerado uma “técnica eficaz para dar vida e credibilidade à marca de produtos/serviços, pois para se tornar significativa a marca precisa ampliar sua presença na memória do consumidor”<sup>68</sup>, a questão que se coloca é que essa prática não apenas instiga e incentiva o consumo, mas também amplia o excesso de informação que assola as relações de consumo na sociedade moderna.

---

63 O Google foi o site mais popular do mundo em 2019, contabilizando 63,14 bilhões de visitas.

64 GABRIEL e KISO, 2020, p. 269.

65 GABRIEL e KISO, 2020, p. 379.

66 AFONSO, 2020, p. 258.

67 AFONSO, 2020, p. 259.

68 AFONSO, 2020, p. 260.

A *obesidade informacional* forma-se, portanto, nesse contexto em que o consumidor não depende dessas informações excessivas para que possa comprar um produto/serviço e ter acesso às informações essenciais voltadas ao entendimento sobre o produto/serviço.

Goldacker<sup>69</sup> ao apontar para a *obesidade da informação* está se referindo à quantidade de dados que invade a vida diária do consumidor por meio de todos os canais possíveis e disponíveis (mídias diversas, *internet* etc.), sendo que a esmagadora maioria dessas informações é desnecessária para a tomada de decisões, a exemplo da prática de *storytelling*.

E, neste contexto, emerge a preocupação com a *obesidade informacional*, pois, conforme leciona Afonso<sup>70</sup>, o discurso comercial revelado pela publicidade constitui a informação que o fornecedor deve transmitir ao consumidor, de modo que, a criação publicitária, destina-se à apresentar um produto/serviço ao mercado de consumo, indicando as informações necessárias para o correto e completo entendimento do consumidor daquilo que se lhe pretende oferecer, sob pena de caracterizar-se prática ilícita, seja pela informação errônea, incompleta ou, até mesmo, pelo excesso de informação.

Exemplifica-se esse problema pela pesquisa do PROCONSP<sup>71</sup> realizada em 2020 acerca da pesquisa comportamental dos consumidores nas compras pela *internet*. A pesquisa revelou que 51,35% dos 3933 consumidores entrevistados tiveram dificuldades para efetuar a compra por força de diversos problemas enfrentados, notadamente pelo excesso de informação, dentre eles: (i) informações desencontradas (no momento de finalizar a compra apresenta informações diferentes do que está na página inicial, tais como: preço, formas de pagamento, valor do frete, descrição do produto etc.); e (ii) recebeu uma oferta, mas ao entrar no *site* não estava disponível, embora dentro do prazo informado.

A pesquisa realizada pelo PROCONSP revela a preocupação sobre a possível violação ao direito de informação que é garantido aos consumidores. O acesso à informação correta, clara, precisa e verdadeira é um direito básico dos consumidores, previsto no artigo 31 do Código de Defesa dos Consumidores (CDC), tratando-se de direito de origem constitucional<sup>72</sup>, reflexo do princípio da transparência, constituindo-se um dever geral de informar imposto ao fornecedor pelo CDC<sup>73</sup>.

---

69 GOLDACKER, 2020.

70 AFONSO, 2020, p. 267.

71 [https://www.procon.sp.gov.br/wp-content/uploads/2020/07/Relat\\_Compras\\_Internet\\_070720.pdf](https://www.procon.sp.gov.br/wp-content/uploads/2020/07/Relat_Compras_Internet_070720.pdf).

72 O artigo 5º, XIV, da Constituição Federal prevê: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

73 MARQUES, BERGSTEIN, BASSANI, 2018.



O consumidor adquire a *obesidade informacional*, justamente pelo excesso de informação desnecessária ao consumo, cujo resultado é a potencialização da vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo, podendo desencadear em violação do direito à informação previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

#### 4. A DIETA

A *World Health Organization* – WHO propôs a adoção de estratégias para combater a obesidade que afeta a saúde da população mundial, notadamente pela promoção do conhecimento da população sobre as causas da obesidade, bem como de estratégias multissetoriais envolvendo o governo, autoridades regionais, a indústria de alimentos, a mídia, as comunidades e os consumidores, pois todos devem estar envolvidos em programas de colaboração.<sup>74</sup>

A obesidade informacional também deve ser combatida e enfrentada mediante a adoção de estratégias que possibilitem um consumo mais saudável e consciente, a fim de modificar o atual mercado do hiperconsumo.

Neste sentido, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor propõe a adoção de um consumo sustentável, alicerçado em três pilares: (i) mudança do hábito cotidiano de consumo; (ii) demandar das empresas informação, produtos e serviços mais sustentáveis aos consumidores; e (ii) exigir dos governantes políticas públicas mais sustentáveis de produção e consumo.

Invoca-se, para tanto, a promoção do conhecimento da população sobre as causas do hiperconsumo, inserindo a educação dos consumidores como ponto central no combate à obesidade informacional.

Quanto à necessidade de se ensinar o indivíduo a ser consumidor, reconhecendo-se, entretanto, que a publicidade é elemento importante da relação de consumo e, levando-se em consideração a função social do direito e a necessidade de se pensar em um consumo sustentável na sociedade moderna, Rodrigues e Flain dissertam que:

Percebe-se que a função do direito como meio de controle social, pode ser uma função facilitadora, não somente punitiva. Pode ser uma forma de acompanhar o problema, não somente esperar o resultado, mas sim tentar inverter a lógica por meio da informação educativa. Ainda cabe referir, que ao fornecedor não é imposto um dever legal de anunciar seus produtos, mas uma obrigação de “assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados”. Nos termos do art. 31 do CDC, além das obrigações já referidas, o fornecedor deve informar o consumidor sobre os, possíveis, riscos que o produto possa oferecer à sua saúde e segurança. Assim, o fornecedor pode se utilizar de ferramentas como o rótulo dos produtos, embalagens, impressos e mesmo a

---

74 WORLD HEALTH ORGANIZATIO, 2000.

publicidade online para informar ao consumidor. Atualmente, não é possível conceber uma sociedade de consumo sem fazer uso da publicidade, principalmente a online. Portanto, devido a sua importância, surge a necessidade de que seja regrada pelo direito, sendo também um meio de informar o consumidor, tendo em vista a proteção do direito de escolha e o desenvolvimento de uma consciência voltada ao consumo sustentável.

Além disso, não é demais lembrar que a Constituição Federal de 1988 consagra o direito a educação como um direito social fundamental, consoante estampado no artigo 6º<sup>75</sup>, exigindo-se uma postura proativa do Estado na busca de assegurar desse direito<sup>76</sup>.

Moraes<sup>77</sup> define os direitos sociais como “verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida dos hipossuficientes, visando a concretização da igualdade social”.

E, lembrando que a educação constitui um requisito indispensável ao exercício da cidadania e do pleno desenvolvimento da personalidade humana, Eilberg complementa que:<sup>78</sup>

Ela é um direito de todos e dever do Estado e da família. A efetividade do direito à educação é um dos instrumentos necessários à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; à garantia do desenvolvimento social; à erradicação da pobreza e da marginalização e à promoção do bem de todos. Essa fundamentalidade do direito à educação, presente em inúmeras convenções internacionais, foi também recepcionada no texto constitucional brasileiro, concebida como um direito social. Recebida como um direito fundamental imprescindível para uma existência com dignidade, passou-se a considerá-la como um dos elementos cernes do mínimo existencial.

A educação, portanto, insere-se como indispensável nas relações de consumo, a fim de que o consumidor possa aumentar o seu nível de consciência e, assim, possa enfrentar as dificuldades do mercado de consumo, combatendo a *obesidade informacional*. É somente através da educação que o consumidor assegurará a sua liberdade de escolha<sup>79</sup>.

É possível inferir, assim, que a educação é um instrumento essencial para proporcionar uma percepção seletiva e reflexiva sobre o consumo, os direitos do consumidor, os deveres do cidadão e como esse processo pode ser efetivado.<sup>80</sup>

75 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

76 MORAES, 2020.

77 MORAES, 2020, p. 225.

78 EILBERG, 2010, p. 111.

79 BEZEN, FURLANETO NETO, 2020, p. 547.

80 SILVA, 2011, p. 98.

Nessa senda, Silva<sup>81</sup> aponta que a educação é o caminho para melhorar a sociedade e pode acarretar uma mudança de comportamento do consumidor, cujo resultado será a criação de uma responsabilidade social do consumidor:

A educação deve adquirir um novo foco para contribuir na construção de uma sociedade sustentável, democrática, participativa e socialmente justa, capaz de exercer efetivamente a solidariedade para com as gerações presentes e futuras. Se não chega a ser um sinônimo de solução, a educação é, sem dúvida, o caminho para melhorar a sociedade. O consumo consciente e responsável é a principal manifestação de responsabilidade social do cidadão, que revela uma nova consciência do contexto social e cultural no qual se inserem as empresas e os cidadãos. Ela pode ser entendida como a contribuição direta desses para o desenvolvimento social e a criação de uma sociedade mais justa e igualitária, pela condução correta de seus negócios e de suas ações pessoais. Nesse sentido, o consumidor deve ser incentivado a fazer com que o seu ato de consumo seja também uma manifestação de cidadania. Cada pessoa deve escolher produtos e serviços que satisfaçam as suas necessidades, mas sem prejudicar o bem-estar da coletividade, seja atual, seja futura.

Além da educação que deve ser garantida pelo Estado é essencial invocar o controle estatal da atividade publicitária, a fim de evitar o abuso da publicidade e, por consequência, garantir o cumprimento do dever de informação por parte de fornecedores de produtos/serviços no mercado de consumo. Neste sentido, Afonso<sup>82</sup> leciona que o texto constitucional possibilita esse controle estatal da atividade publicitária, fundado nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e explica que:

A Constituição Federal, enfim, ao assegurar (i) a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil; (ii) a proteção e a defesa do consumidor como direito fundamental em face do Estado e dos particulares; (iii) a livre iniciativa condicionada ao atendimento dos demais princípios da ordem econômica; e (iv) a comunicação social, observado o disposto em seu texto, autoriza o poder de controle pelo Estado da publicidade comercial.

Destaca-se ainda que a Política Nacional das Relações de Consumo estampada no artigo 4º<sup>83</sup> do Código de Defesa do Consumidor ressalta a importância da harmonia das relações de consumo e reconhece a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, realçando o respeito à dignidade, saúde, segurança e necessidades dos consumidores.

Além disso, um dos princípios norteadores das relações de consumo, inserido no inciso II, alíneas “a”, “b”, “c” e “d” do citado artigo 4º do Código

---

81 SILVA, 2011, p. 100.

82 AFONSO, 2020, p. 268.

83 A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios.

de Defesa do Consumidor preceitua que: “a ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor; por iniciativa direta; por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; pela presença do Estado no mercado de consumo; e pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho”.

Ademais, é salutar acrescentar que o reconhecimento do direito fundamental do consumidor à veracidade na publicidade, tem como fundamento o sistema de informação implantado pelo Código de Defesa do Consumidor que estabeleceu o direito subjetivo do consumidor à informação correta, clara e precisa.<sup>84</sup>

Dessa maneira, Afonso<sup>85</sup> reforça que a mudança do mercado de consumo ocorrida com o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, protege o consumidor de abusos por parte do fornecedor. Assim, se antes a máxima era “o comprador que se acautele”, com a vigência do Código de Defesa do Consumidor, a regra passou a ser “o fornecedor que se acautele”, ampliando a preocupação da figura do consumidor e o efetivo controle da publicidade:

Se antes do CDC o controle da atividade publicitária era centrado nas figuras do fornecedor e do mercado, quando as leis de regência eram o Código Comercial e o Código Civil de 1916 – ambos textos normativos do fim do século XIX e início do século XX –, com a publicação do diploma consumerista o controle da publicidade voltou a sua preocupação para o consumidor, como personagem vulnerável da relação de consumo e que demandava proteção efetiva. Em outras palavras, se antes predominava no mercado de consumo a máxima *caveat emptor* (“o comprador que se acautele”), no sistema de proteção e de defesa do consumidor prevalece a ideia estampada pela máxima *caveat praebitor* (“o fornecedor que se acautele”), não havendo espaço algum para o *dolus bônus*.

Note-se que a informação correta e adequada também foi objeto de destaque por Santos<sup>86</sup>, pois a adequação da informação deve refletir “exatidão, adequação, correção, clareza, veracidade, precisão, ostensividade, regularidade”, isto é, a informação “deve ser veraz, suficiente e eficaz, ou seja, apta a cumprir a sua finalidade, razão pela qual deve ser clara, compreensível e, principalmente, deve ser adaptada a cada circunstância e ao público destinatário”.

Santos<sup>87</sup> defende ainda que a informação constitui um direito instrumental que permite ao consumidor decidir com conhecimento sobre o que vai consumir e destaca:

O direito à informação, portanto, não se pode olvidar, é um direito instrumental no sentido de que permite ao consumidor decidir com conhecimento

84 A exemplo do que preceituam os artigos 8º, 9º e 10º do Código de Defesa do Consumidor.

85 AFONSO, 2020, p. 277.

86 SANTOS, 2016, p. 04.

87 SANTOS, 2016, p. 05.

e liberdade e preservar, de acordo com seus próprios interesses e expectativas, sua saúde e segurança, bens jurídicos estes que devem ser tutelados por si sós, independente do dever que o fornecedor também possui de garanti-los.

Nessa esteira, a informação constitui peça-chave para a mudança de comportamento do consumidor, conforme pondera Silva<sup>88</sup>, pois “é necessário que o consumidor tenha acesso à informação referente às atividades corporativas para que possa exercer melhor o seu poder de escolha e preferir as empresas socialmente responsáveis e comprometidas com a preservação do meio ambiente, por exemplo”.

Utiliza-se por analogia, novamente, a indústria alimentícia, pois esta deve inserir nos rótulos dos produtos a informação adequada sobre o valor nutricional dos alimentos, indicando os valores calóricos, nutricionais e a sua composição, a fim de possibilitar ao consumidor a real dimensão daquilo que ele está ingerindo, em busca de uma dieta saudável e consciente.<sup>89</sup>

O mesmo deve ocorrer em todas as demais relações de consumo, pois os fornecedores devem fornecer informação adequada com o escopo de que os consumidores possam praticar uma *dieta informacional*, a exemplo do que ocorre na indústria alimentícia.

Além disso, a informação adequada busca reduzir a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor, seja pelo fato de o consumidor não possuir os conhecimentos técnicos e específicos sobre o produto ou serviço – também chamada de “vulnerabilidade técnica”<sup>90</sup>-, seja pelo fato de existir patente desequilíbrio econômico na relação de consumo – também chamada de “vulnerabilidade econômica”<sup>91</sup>.

Marques<sup>92</sup> leciona que a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, ou então, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação.

Nesse contexto, a vulnerabilidade do consumidor deverá ser compreendida como a premissa necessária na análise da relação consumerista, visando, essencialmente, o fortalecimento da parte vulnerável para, então, estabelecer o equilíbrio contratual e harmonizar a relação de consumo<sup>93</sup>.

Verifica-se, portanto, que a vulnerabilidade do consumidor na sociedade conectada e em rede, passará a ser dirimida no momento em que se adotar esse

---

88 SILVA, 2011, p. 100.

89 CAVALCANTI, GALVÃO e SIQUEIRA. 2020, p.103.

90 MARQUES, 2002, p.270.

91 MARQUES, 2002, p.273.

92 MARQUES, 2002, p.269.

93 BEZEN e FURLANETO NETO, 2020, p. 544.

conjunto de estratégias que propiciam a educação para o consumo, em especial o consumo digital, a efetiva participação estatal no mercado de consumo, notadamente pelo controle efetivo e regulação da publicidade e do dever de o fornecedor transmitir informação adequada, clara e verdadeira, de forma adequada e equilibrada, evitando-se que o consumidor se torne um *obeso informacional*, praticando um consumo prejudicial e inconsciente.

## 5. CONCLUSÃO

O novo mercado *tecnoconsumerista* orquestrado pelos fornecedores criativos e fomentado pelo consumidor moderno pode, à primeira vista, ser sedutor e oferecer vantagens pela possibilidade de um consumo rápido, prático e instantâneo, no entanto, apresenta malefícios para as relações de consumo, notadamente pelo excesso de informação.

A intensidade e o excesso de informação que circula no novo mercado *tecnoconsumerista* impactam a qualidade do consumo pelo consumidor, tornando-o um *obeso informacional*.

A obesidade informacional revela uma nova faceta da vulnerabilidade do consumidor frente aos fornecedores, pois o consumidor passa a receber o conteúdo da informação sem ao menos desejar ou escolher, tornando-se refém de novos métodos publicitários que inundam as relações de consumo de forma inadequada.

Deve-se inserir a educação para o consumo como prática ao combate do consumo inconsciente e desmedido, formando-se uma *consciência coletiva* que incentivará o consumo saudável e, por consequência, trará uma imposição aos fornecedores da geração de uma informação mais adequada e precisa aos consumidores, observando-se e cumprindo-se o direito de acesso à informação previsto no Código de Defesa do Consumidor e na Constituição Federal de 1988.

Essa *consciência coletiva* é denominada como *sabedoria* pela Carta Encíclica *Fratelli Tutti*<sup>94</sup> do Santo Padre Francisco sobre a fraternidade e a amizade social. O referido texto, ao tratar da *informação sem sabedoria*, propõe o resgate de uma comunicação humana sábia, relatando que:

49. Ao desaparecer o silêncio e a escuta, transformando tudo em cliques e mensagens rápidas e ansiosas, coloca-se em perigo esta estrutura básica duma comunicação humana sábia. Cria-se um novo estilo de vida, no qual cada um constrói o que deseja ter à sua frente, excluindo tudo aquilo que não se pode controlar ou conhecer superficial e instantaneamente. Por sua lógica intrínseca, esta dinâmica impede aquela reflexão serena que poderia levar-nos a uma sabedoria comum.

50. Podemos buscar juntos a verdade no diálogo, na conversa tranquila ou na discussão apaixonada. É um caminho perseverante, feito também de silêncios

---

94 CARTA ENCÍCLICA *FRATELLI TUTTI* DO SANTO PADRE FRANCISCO SOBRE A FRATERNIDADE E A AMIZADE SOCIAL. 2020.

e sofrimentos, capaz de recolher pacientemente a vasta experiência das pessoas e dos povos. A acumulação esmagadora de informações que nos inunda, não significa maior sabedoria. A sabedoria não se fabrica com buscas impacientes na internet, nem é um somatório de informações cuja veracidade não está garantida. Desta forma, não se amadurece no encontro com a verdade. As conversas giram, em última análise, ao redor das notícias mais recentes; são meramente horizontais e cumulativas. Mas, não se presta uma atenção prolongada e penetrante ao coração da vida, nem se reconhece o que é essencial para dar um sentido à existência. Assim, a liberdade transforma-se numa ilusão que nos vendem, confundindo-se com a liberdade de navegar frente a um visor. O problema é que um caminho de fraternidade, local e universal, só pode ser percorrido por espíritos livres e dispostos a encontros reais.

Assim, informação com sabedoria, significa, informação compreendida, pensada e sopesada que contribui para a escolha consciente do consumidor. Se antes a escolha era feita *in loco*, com diálogo e contato físico, hoje essa escolha já não ocorre assim. Tudo é muito rápido, fugaz, impessoal e exacerbado. A enxurrada de informações não ajuda, atrapalha e muitas vezes, cega o consumidor que já não tem mais discernimento do que está adquirindo, gerando situações de hiperconsumo e até endividamento desnecessário, causando a vulnerabilidade agravada do consumidor.

A obesidade informacional é danosa e deve ser combatida. Ensinar o consumidor a se proteger do dilúvio informacional é oferecer o *remédio*, a dieta no combate à doença. E, neste sentido, a educação, em especial a educação digital, a fiscalização dos atos de publicidade praticados na rede e a regulação eficaz das relações de consumo em meio virtual, evitando-se a obesidade informacional, são mecanismos essenciais para que a relação de consumo da atualidade seja equilibrada e adequada. Afinal, a dieta pode ser difícil, mas é necessária para a proteção da saúde e da vida daquele que sofre de obesidade.

## REFERÊNCIAS

ABUD, Carol de Oliveira, GORISCH, Patricia e SOUZA, Luciano Pereira de. **Visão social do direito fundamental à alimentação: perspectiva baseada em Bourdieu**. Revista Faculdade de Direito da UFMG, BH, n. 84, pp. 97-116, jan./jun. 2024. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/2710>. Acesso em: 13/03/2025.

AFONSO, Luiz Fernando. **A publicidade, o controle de ilicitude no direito do consumidor e a prática de *storytelling***. In: O direito na sociedade da informação V: movimentos sociais, tecnologia e a proteção das pessoas; Coordenador: Roberto Senise Lisboa. São Paulo: Almedina, 2020.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. **Atualidade do Conceito Sociedade da Informação para a pesquisa jurídica**. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). O Direito na Sociedade da Informação. São Paulo: Atlas, 2007.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; NASPOLINI, Samyra Haydêe Dall Farra. **Proteção de informações no mundo virtual: a LGPD e a determinação de consentimento do titular para tratamento de dados pessoais** in Cadernos Adenauer xx (2019), nº3, **Proteção de dados pessoais: privacidade versus avanço tecnológico** Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, outubro 2019.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Tradução: Artur Morão. Portugal: Edições 70, 2020.

BAUMAN, Zigmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

BAUMAN, Zigmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BAUMAN, Zigmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BEZEN, Gabriela Cristina; FURLANETO NETO, Mário. **O direito fundamental à educação para o consumo**. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 06, 2020, nº 02, p. 535-558. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/2/2020\\_02\\_0535\\_0558.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/2/2020_02_0535_0558.pdf).

BRASIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – Lei 8078/1990. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. GALVÃO, Flávio Alberto Gonçalves e SIQUEIRA, Priscilla dos Reis. **Análise das regras sobre rotulagem nutricional de alimentos no Brasil: em busca da efetivação do Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA)**. In: Os desafios dos direitos humanos na sociedade da informação: volume 2. Org. MARTINI, Sandra Regina; CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley; GALVÃO, Flávio Alberto Gonçalves. Porto Alegre: Editora Fi, 2020.

CARTA ENCÍCLICA *FRATELLI TUTTI* DO SANTO PADRE FRANCISCO SOBRE A FRATERNIDADE E A AMIZADE SOCIAL, 2020. Disponível em: [https://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco\\_20201003\\_enciclica-fratelli-tutti.html](https://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html). Acesso em: 13/03/2025.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede – A era da informação: economia, sociedade e cultura**, v.01. São Paulo: Paz e Terra, 2019.

EILBERG, Ilana Finkielstejn. **O direito fundamental à educação e as relações de consumo**. Porto Alegre, 2010. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Porto Alegre. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2010, Porto Alegre, BR-RS

FOGAROLLI FILHO, Paulo Roberto; WALDMAN, Ricardo Libel. **Poder e visibilidade na era da sociedade midiaticizada e os riscos para os direitos humanos**. In: Os desafios dos direitos humanos na sociedade da informação: volume 2 [re-



curso eletrônico] / Org. Sandra Regina Martini; Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti; Flávio Alberto Gonçalves Galvão – Porto Alegre: Editora Fi, 2020.

GABRIEL, Martha; KISO, Rafael. **Marketing na era digital: conceitos, plataformas e estratégias**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

GOLDACKER, Fabiano. **A obesidade da informação**. Ponte ao Futuro, 2020 – Disponível em: <https://ponteafuturo.com.br/a-obesidade-da-informacao/>

LÉVY, Pierre. **A conexão planetária: o mercado, o ciberespaço, a consciência**. Tradução de Maria Lúcia Homem e Ronaldo Entler. ed. 34, São Paulo: Editora 34, 2001.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução de Carlos Irineu da Costa — São Paulo: Ed. 34, 1999.

LISBOA, Roberto Senise. **Direito da sociedade da informação: a contribuição japonesa**. In: *O direito na sociedade da informação IV: movimentos sociais, tecnologia e a atuação do estado*; Coordenador: Roberto Senise Lisboa. São Paulo: Almedina, 2020.

LISBOA, Roberto Senise. **Direito na sociedade da informação**. Revista dos Tribunais, v. 95, 2006. Disponível em: <http://sites.google.com/a/direitodatecnologia.com/www/direitonasociedadeainformacao.pdf>.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo**. Tradução: Patricia Xavier. Portugal: Edições 70, 2020.

LOJKINE, Jean. **A revolução informacional**. Tradução: José Paulo Netto. São Paulo: Cortez, 1995.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima; BERGSTEIN, Laís Gomes; BASSANI, Matheus Linck. **A necessária manutenção do direito à informação dos consumidores sobre produtos transgênicos: uma crítica ao Projeto de Lei 34/2015**. Revista de Direito Ambiental | vol. 91/2018 | p. 87 - 104 | Jul - Set / 2018 | DTR\2018\19402

MASUDA, Yoneji. **A sociedade da informação como sociedade pós-industrial**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1982.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 36 ed. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2020.

RIFKIN, Jeremy. **A terceira revolução industrial: como o poder lateral está transformando a energia, economia e mundo**. São Paulo: M. Books do Brasil Editora Ltda., 2012.

RIFKIN, Jeremy. **A era do acesso**. Tradução: Maria Lucia G. L. Rosa. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2001.

RODRIGUES, Nina Tricia Disconzi. FLAIN, Valdirene Silveira. **O Direito à informação como aliado do consumo sustentável na sociedade em rede**. Revista Faculdade de Direito da UFMG, BH, n. 73, pp. 535-566; jul/dez 2018. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1959>. Acesso em: 12/03/2025.

ROSSINI, Valéria; NASPOLINI, Samyra Haydeê Dal Farra. **Obsolescência programada e meio ambiente: a geração de resíduos de equipamentos eletrônicos**. Revista de Direito e Sustentabilidade; e-ISSN: 2525-9687; Brasília, vol. 03, n. 01, p. 51-71, Jan/Jun. 2017. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistards/article/view/2044/pdf>. Acesso em: 10/02/2025.

SANTOS, Fabíola Meira de Almeida. **Informação como instrumento para amenizar riscos na sociedade de consumo**. Revista de Direito do Consumidor, vol. 107, set/out.2016, Informação e Consumo Sustentável. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDCons\\_n.107.13](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDCons_n.107.13). PDF. Acesso em: 10/10/2024.

SILVA, Rogério da. **A educação e a informação como meio de humanizar as relações de consumo**. Revista Justiça do Direito, v. 01, n. 02, Jul/Dez. 2011, Edição Especial, p. 96-108 – Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/4005>. Acesso em: 10/10/2024.

SODRÉ, M. **Antropológica do espelho. Uma teoria da comunicação linear e em rede**. Petrópolis: Vozes, 2002.

TRIVINHO, Eugênio. **Glocal: visibilidade mediática, imaginário *bunker* e existência em tempo real**. São Paulo: Annablume, 2012.

TRIVINHO, Eugênio. **A explosão do cibernundo: velocidade, comunicação e (trans)política na civilização tecnológica atual**. Organizador Eugênio Trivinho. São Paulo: Annablume, 2017.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Obesity: preventing and managing the global epidemic**. Geneva, 2000. Disponível em: [https://www.who.int/health-topics/obesity/#tab=tab\\_1](https://www.who.int/health-topics/obesity/#tab=tab_1)

Recebido em: 21/03/2025

Aprovado em: 03/06/2025

# CONSENSO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: CONCILIAÇÃO COMO INSTRUMENTO NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE A PARTIR DA ANÁLISE DA ADPF DE Nº 829/RS

## CONSENSUS IN CONSTITUTIONAL JURISDICTION: CONCILIATION AS AN INSTRUMENT IN THE JUDICIAL REVIEW BASED ON THE ANALYSIS OF ADPF Nº 829/RS

PEDRO AUGUSTO SILVEIRA FREITAS \*

SUSANA HENRIQUES DA COSTA \*\*

### RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de analisar a possibilidade de realização de conciliação em sede do controle concentrado de constitucionalidade, bem como sistematizar os limites, os requisitos e as potencialidades da composição na jurisdição constitucional. Argumenta-se que esse tipo de conciliação também representa uma via procedimental adequada para a tutela da constitucionalidade, por meio da qual se permite a realização de acordos que respeitem o pluralismo democrático. Reconhece-se, no entanto, que esse tipo de acordo apresenta uma série de riscos, referentes à possibilidade de cooptação da jurisdição e ao alijamento da comunidade jurídica do debate. Para a realização deste estudo foi utilizada a metodologia de revisão de bibliografia produzida sobre o controle de constitucionalidade brasileiro e sobre os métodos adequados de solução de conflitos, bem como a metodologia de estudo de caso, referente à ADPF — Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental — de nº 829/RS, a fim de se constatar, de forma realística, as vantagens e os riscos decorrentes desse tipo de conciliação. Ao final, concluiu-se ser possível a realização de acordo em sede do controle concentrado de constitucionalidade, sendo necessário regulamentar essa arena processual numa perspectiva redistributiva de acesso à justiça.

### ABSTRACT

*This article aims to analyze the possibility of conciliation in the context of judicial review, as well as to systematize the limits, requirements, and potentialities of dispute resolution within constitutional jurisdiction. It is argued that this type of conciliation also represents an appropriate procedural avenue for upholding constitutionality, allowing agreements that respect democratic pluralism. However, it is acknowledged that such agreements entail several risks, including the potential cooptation of the judiciary and the exclusion of the legal community from the debate. This study employed a bibliographic review methodology, focusing on the Brazilian system of judicial review and alternative dispute resolution, as well as a case study methodology, examining the “ADPF — Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental — de nº 829/RS”. This approach sought to realistically assess the advantages and risks associated with this type of conciliation. Ultimately, the study concluded that it is possible to achieve agreements within the framework of judicial review, provided that this procedural arena is regulated from a redistributive perspective of access to justice.*

\* Doutorando em Direito na Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: pedrosilveirafreitas@gmail.com.  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0455-402X>.

\*\* Doutora e Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Professora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. E-mail: suscosta@usp.br.  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0850-3609>.

**PALAVRAS-CHAVE:** Conciliação. Controle de constitucionalidade. Jurisdição constitucional. Acesso à justiça.

**KEYWORDS:** *Conciliation. Constitutional review. Constitutional jurisdiction. Access to justice.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Jurisdição Constitucional: o controle concentrado de constitucionalidade. 3. A era da consensualidade: o acordo e a conciliação como novo paradigma na resolução dos conflitos. 4. Arenas processuais: a conciliação e o controle de constitucionalidade como *locus* de atuação estratégica dos litigantes. 5. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 829 do Rio Grande do Sul: análise qualitativa da litigância realizada em acordo perante o supremo tribunal federal. 6. O acordo no controle de constitucionalidade: considerações prévias. 6.1. Consenso na jurisdição constitucional: limites, requisitos e possibilidades. 7. Proposições conclusivas. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

A obtenção do consenso, numa sociedade democrática e pluralista, é um valor importante e deve ser observado quando da resolução dos conflitos jurídicos. O entendimento mútuo, possibilitado pela expressão de uma comunicação livre e não coercitiva entre os participantes, bem como pela troca aberta de razões e de argumentos, permite a verdadeira resolução dos conflitos, a promoção da cultura da paz e a convivência harmoniosa entre as diferenças de pensamento, de ideologias e de visões de mundo.

Na resolução dos conflitos jurídicos, especialmente aqueles de índole constitucional, a obtenção de consenso pode resultar na formação de acordos fundados na razoabilidade argumentativa, na abertura dialógica e no reconhecimento do outro como sujeito de direitos, mesmo que esse “outro” somente represente um ideal contido no ato normativo sancionado por meio do controle concentrado de constitucionalidade. O consenso, portanto, não se restringe apenas a um compromisso pragmático, mas, sim, demonstra uma expressão genuína de entendimento e de concordância com as razões apresentadas uns aos outros. A consensualidade, por conseguinte, diz respeito à legitimação das regras, uma vez que essas refletem a vontade comum construída por meio da comunicação aberta, racional, não violenta e nem excludente.

Ao se priorizar o consenso na solução das questões jurídicas, dá-se destaque à importância da participação democrática, da igualdade de chances na argumentação e da consideração dos interesses de todos os envolvidos. Essa abordagem, que se diferencia do procedimento adjudicatório, ressalta a necessidade de um processo jurisdicional que seja ético e baseado no diálogo, promovendo, assim, uma ordem jurídica mais justa e legitimada.

O consenso também deve ser um dos objetivos da jurisdição constitu-

cional, que acaba por se inserir naturalmente no microssistema do controle concentrado de constitucionalidade. A realização de acordos nesse ambiente processual não somente parece ser admissível, como recomendável e virtuosa. Ainda assim, é preciso que esse ambiente mantenha suas características essenciais e não seja consentida a sua utilização como espaço de atuação estratégica e desvirtuada dos litigantes habituais.

Por essa razão, no desenvolver do presente estudo, o controle concentrado de constitucionalidade e a conciliação na jurisdição constitucional serão estudados como arenas processuais de atuação estratégica, a fim de se verificar os benefícios produzidos em favor da tutela da constitucionalidade, bem como identificar os prejuízos decorrentes do seu mau uso. A par desse objetivo, o estudo centraliza-se nos seguintes questionamentos, a partir do marco teórico da litigância redistributiva proposta por Marc Galanter: é possível a realização de acordo em sede do controle concentrado de constitucionalidade?; em sendo possível, quais seriam os limites, os requisitos mínimos e as potencialidades decorrentes desse tipo de conciliação perante a jurisdição constitucional?

Além dessa introdução, o artigo estrutura-se da seguinte forma: no segundo item procura-se demonstrar, brevemente, o regramento do controle concentrado de constitucionalidade; no terceiro item busca-se caracterizar o paradigma da consensualidade no ordenamento jurídico brasileiro; no quarto item, deseja-se descortinar esses dois ambientes como arenas processuais de atuação estratégica dos litigantes habituais; no quinto item, analisa-se caso concreto, referente à ADPF de nº 829/RS, com o objetivo de compreender, empiricamente, como se dá a realização de acordos na jurisdição constitucional; no sexto item, almeja-se apresentar, ainda que genericamente, os limites, os requisitos e as possibilidades quanto à realização de um acordo sobre questão constitucional; no sétimo item, já em sede de conclusão, esperar-se responder os questionamentos formulados, apresentando sugestões para o aprimoramento do sistema de justiça.

## **2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE.**

O controle concentrado de constitucionalidade no direito brasileiro é um importante, e já consolidado, mecanismo que objetiva assegurar a supremacia da Constituição, garantindo que as normas infraconstitucionais estejam em conformidade com os preceitos fundamentais estabelecidos em sede constitucional. Sua principal função, portanto, é exercer o controle de validade das leis e dos atos normativos federais, estaduais ou municipais, seja a partir de uma atuação em conformidade constitucional, seja em decorrência da omissão na aplicação e na efetivação desses mesmos preceitos<sup>1</sup>.

---

1 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.48-49.

Para o exercício dessa atividade fiscalizatória, o ordenamento jurídico brasileiro adota um sistema misto de controle de constitucionalidade<sup>2</sup>, que compreende: *i.* o controle difuso, que ocorre de forma incidental, nos casos concretos, por meio de arguição de inconstitucionalidade pelas próprias partes, perante qualquer órgão e instância jurisdicional; *ii.* o controle concentrado, que opera de forma abstrata, por meio de ações específicas e por legitimados previamente definidos em lei, ajuizadas direta e originariamente perante os Tribunais de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal.

Para as finalidades deste ensaio, interessa o segundo modo de averiguação concentrada da constitucionalidade das leis e dos atos normativos. A funcionalidade e a aplicabilidade prática dessa forma de controle de constitucionalidade contam com técnicas processuais específicas, desenvolvidas para lidar com um processo jurisdicional de índole eminentemente objetiva e distinto da polarização entre partes processuais opostas, tal como ocorre numa ação processada pelo procedimento comum. Ainda que a triangularização desse tipo de demanda se opere em modo não ordinário, essa configuração não implica, todavia, que inexista conflito subjacente ao controle de constitucionalidade; exatamente ao contrário, na medida em que é possível verificar que o controle de constitucionalidade é permeado por interesses antagônicos de grupos, por conflitos de diversas ordens, manifestados por distintos setores da sociedade.

Os instrumentos processuais que integram o controle concentrado de constitucionalidade representam técnicas processuais específicas e podem ser assim sumariamente sintetizados: *i.* a Ação Direta de Inconstitucionalidade — ADI; *ii.* a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão — ADO; *iii.* a Ação Declaratória de Constitucionalidade — ADC; *iv.* a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental — ADPF; *v.* a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva — AI. Independentemente das particularidades procedimentais de cada uma das ações que compõem o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, é certo que a configuração desses procedimentos se dá de modo peculiar, na medida em que possui como destinatário a tutela da constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

Em razão da relevância da jurisdição constitucional, as decisões judiciais definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos — *erga omnes* — e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal<sup>3</sup>.

2 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.081.

3 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 591.

Para além da declaração de nulidade da lei ou do ato normativo, a decisão proferida no controle de constitucionalidade também pode adotar técnicas decisórias intermediárias, referentes à: *i.* nulidade parcial sem alteração do texto, mediante o impedimento judicial de aplicabilidade do texto legislativo a determinado contexto fático específico<sup>4</sup>; *ii.* adoção de interpretação conforme a Constituição, oportunidade em que a declaração de inconstitucionalidade refuta determinada exegese do texto legislativo, compatibilizando-o com o programa normativo constitucional<sup>5</sup>.

Constata-se, portanto, que o controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro possui características próprias quanto à sua natureza, ao seu objeto e aos interesses envolvidos na instauração do controle e nos resultados por ele produzidos. O procedimento visa, exclusivamente, a tutela da constitucionalidade<sup>6</sup>, desvelando características de um processo com contornos nitidamente jurídico-políticos<sup>7</sup>, e, por isso mesmo, antagonizado por diferentes ideologias e por distintos projetos de sociedade.

Estabelecido este panorama genérico, pode-se afirmar que o controle concentrado de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro constitui ponto central na interseção entre interesses políticos e sociais, dada sua capacidade de influenciar significativamente diversos aspectos da sociedade. Este mecanismo, exercido pelo Supremo Tribunal Federal, permite a análise abstrata da constitucionalidade de leis e atos normativos, desencadeando repercussões políticas que transcendem o âmbito jurídico. As decisões proferidas nesse contexto não apenas moldam a conformidade das leis com a Constituição, mas também reverberam sobre questões sociais, econômicas e políticas, provocando debates intensos, caracterizados por diversos objetivos, titularizados por vários grupos, numa verdadeira trama social de interesses superpostos e contrapostos, coincidentes e colidentes, legítimos e escusos, progressistas e conservadores.

### 3. A ERA DA CONSENSUALIDADE: O ACORDO E A CONCILIAÇÃO COMO NOVO PARADIGMA NA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS

A consensualidade<sup>8</sup> não afeta apenas a estruturação do direito processual

4 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 599.

5 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.351.

6 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e constitucionalidade*. Belo Horizonte: Editora Lê, 1991, p. 182.

7 PINTO, Marcos Barbosa. *Constituição e Democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 215 e p. 219.

8 Em outras oportunidades já pôde discorrer sobre a consensualidade, temática que, no contexto desse estudo, é ressignificada a partir da autocomposição em controle concentrado de constitucionalidade. Confira, nesse sentido: FREITAS, Pedro Augusto Silveira. *Autogestão*



civil, mas, ao contrário, alcança todo o sistema jurídico, a fim de determinar a conformidade, o acordo ou a concordância de ideias sobre a formação do direito, a sua interpretação e a sua aplicação aos casos concretos, dentro ou fora do sistema de justiça. A ideia de consensualidade pressupõe, portanto, a comunicação, a linguagem e o diálogo como instrumentos imprescindíveis para que os indivíduos possam alcançar graus ideais de entendimento, viabilizando a construção de decisões coletivas que abarquem e beneficiem a todos<sup>9</sup>.

Esse ideário de conciliação e de concordância racional entre os indivíduos<sup>10</sup> também passa a permear o direito processual civil, estimulando os indivíduos a participarem ativamente de todas as fases que integram o procedimento, construindo consensos com os demais integrantes da relação jurídico-processual e influenciando diretamente o órgão julgador na construção da norma que irá solucionar determinada controvérsia. O consenso efetiva a democracia deliberativa também no ambiente do processo jurisdicional.

A legislação processual civil ao mesmo tempo em que assegura o acesso ao sistema formal de justiça, também elenca como norma fundamental a solução consensual dos conflitos. A dicotomia existente entre a metodologia adjudicatória e a autocompositiva é desfeita, dando-se maior importância à solução auferida ao final de cada procedimento, de modo que possa ser a mais adequada àquele tipo de conflito. Em outras palavras, prioriza-se a adequação do resultado, com observância à realidade conflituosa, em detrimento de um procedimento estritamente formalizado e pouco adaptável.

Não obstante a existência de diferentes vias para o alcance da solução dos conflitos, o Código de Processo Civil estabeleceu a preferência pela busca da consensualidade. A prioridade pela obtenção de soluções consensuais centra-se na constatação de que a obtenção do acordo tende a resolver verdadeiramente o problema, com a participação das partes<sup>11</sup>, criando uma verdadeira cultura da pacificação<sup>12</sup>. Por essa razão, os métodos autocompositivos não podem ser utili-

---

*normativa no processo civil brasileiro: limites e possibilidade da contratualização do sentido do direito por meio de “acordos de direito aplicável”.* Revista dos tribunais, v. 110, n. 1028, p. 265–306, jun., 2021; FREITAS, Pedro Augusto Silveira. *Da liberdade do dissenso à virtuosidade do consenso: a contratualização do sentido do direito na formação do precedente judicial consensual.* Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, año 2, vol. 2, p. 643-711, julio-diciembre, 2023.

- 9 HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social.* v. 01. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 183-184.
- 10 HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista.* v. 02. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 255.
- 11 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo.* Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p. 66.
- 12 WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos. In: WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídicas justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos.* Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 82.



zados como simples política judiciária de mera redução de acervo processual<sup>13</sup>, já que, para além da técnica, possuem indiscutível conteúdo ético.

Importante destacar que a justiça brasileira possui estruturado um verdadeiro sistema de autocomposição das controvérsias. É possível observar a existência de regulamentação específica e uma verdadeira institucionalização da mediação e da conciliação, bem como a criação e o aprimoramento de genuína política judiciária autocompositiva inserida no sistema de justiça brasileiro. Encontra-se instituído um arcabouço normativo que trata especificamente sobre a conciliação no ordenamento jurídico brasileiro, composto tanto pela legislação processual civil, quanto por leis extravagantes e também por atos normativos oriundos do Conselho Nacional de Justiça<sup>14</sup>.

O controle de constitucionalidade é tracionado por essa política judiciária autocompositiva, fazendo incidir as disposições normativas que estimulam o uso da mediação e da conciliação para resolução dos conflitos, inclusive aqueles de índole constitucional e que trata da validade das leis e dos atos normativos.

#### 4. ARENAS PROCESSUAIS: A CONCILIAÇÃO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO *LOCUS* DE ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DOS LITIGANTES.

O processo jurisdicional, e tudo aquilo que nele está compreendido — desde a sua teoria, a técnica processual e as formas de tutela jurisdicional —, não é neutro. O processo recebe os influxos do contexto social e ideológico no qual se encontra inserido e é aplicado, de tal modo e em tal intensidade, que as desigualdades experimentadas em sociedade tendem a ser amplamente repro-

13 GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário*: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos. São Paulo, 2011. 274 f. Tese (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, f. 79.

14 Vide, nesse sentido, os seguintes atos normativos, que constituem o mencionado arcabouço jurídico: BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 29 nov. 2023; BRASIL. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. Presidência da República. Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/L13140.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13140.htm)>. Acesso em: 29 nov. 2023; BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>>. Acesso em: 29 nov. 2023; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Resolução nº 697, de 06 de agosto de 2020*. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/norma/resolucao697-2020.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2023; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Resolução nº 790, de 22 de dezembro de 2022*. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Resolucao790.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2023; BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 530, de 10 de novembro de 2023*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5330>>. Acesso em: 29 nov. 2023; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839>>. Acesso em: 29 nov. 2023.

duzidas no processo jurisdicional. Desse modo, criam-se situações de vantagens para alguns tipos de litigantes e de desvantagens para outros tipos de litigantes.

A arquitetura do sistema jurídico — composta não apenas por regras, mas também pelas diversas relações entre os litigantes envolvidos e as instituições que integram o sistema de justiça — pode aumentar ou limitar as possibilidades de acesso à justiça. Isto porque os diversos sujeitos processuais, ao demandarem ou ao serem demandados, atuam com vantagens que permeiam o ambiente dos julgamentos, decorrentes das disparidades existentes nos serviços judiciários e no auxílio prestado às partes, bem como do próprio conjunto de regras oficiais que regulamentam as diversas arenas processuais<sup>15</sup>.

Os litigantes habituais interagem com o sistema de justiça de forma diferente comparativamente aos litigantes eventuais, o que afeta substancialmente a forma de acesso ao sistema de justiça, tendo em vista a multiplicidade de vantagens decorrentes da habitualidade e da contínua presença daqueles litigantes no ambiente institucional. É de se esperar, portanto, que os litigantes habituais participem da litigância de uma forma diferente daquela praticada por um litigante eventual<sup>16</sup>.

Essas observações não variam no controle concentrado de constitucionalidade. Conforme se pôde perceber, existe consolidado arcabouço normativo sobre o controle concentrado de constitucionalidade e o uso dos métodos adequados de solução de controvérsias. Para além da previsão normativa estrita, é importante perceber e descortinar que esse conjunto de normas, quando compreendidos sob a perspectiva de uma grande pintura, acabam por constituir uma verdadeira e genuína *arena processual*.

A junção entre esses dois ambientes procedimentais especializados — quais sejam, a conciliação e o controle de constitucionalidade — tende a resultar na constituição de uma arena processual altamente especializada, regida por princípios normativos advindos de distintas áreas do conhecimento jurídico: a consensualidade e a constitucionalidade. Além disso, não obstante a atual ausência de uma regulamentação específica positivada em lei, essa arena processual acaba por gerar regras e técnicas processuais especiais, criada por normas administrativas ou estabelecidas pela praxe judiciária, que se distinguem daquele regramento ordinário do processo jurisdicional adversarial havido entre partes comuns, entre autor e réu.

As regras — e também a ausência delas — quanto ao controle concentrado de constitucionalidade e quanto os métodos autocompositivos representam

---

15 GALANTER, Marc. *Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão*. Trad. João Eberhardt Francisco, Maria Cecília de Araújo Asperti e Susana Henriques da Costa. Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 2, n. 1, 2 jan. 2015, p. 46.

16 GALANTER, Marc. *Por que “quem tem” sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no direito*. Trad. Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018, p. 48-53.

um *locus* procedimental bastante exclusivo para intervenção dos litigantes habituais e dos grupos de interesses. É nesse vértice procedimental, criado entre o processo de controle de constitucionalidade e a metodologia autocompositiva, que se insere a possibilidade de realização de acordos constitucionais. Isso acaba por criar uma série de vantagens à tutela da constitucionalidade, acompanhada de uma gama variada, e ainda não inteiramente mapeada, de riscos decorrentes da atuação estratégica dos litigantes habituais.

Como são outras as regras que regulam esse ambiente, que não só aquelas previstas ordinariamente pela legislação processual civil, altera-se também o modo como as situações de vantagem e de desvantagem operam. É certo, no entanto, que, especialmente nesse *locus*, os litigantes habituais passarão a influenciar, munidos de todo o seu arsenal estratégico e expertise acumulada, a elaboração dos termos do acordo e das regras sobre o direito, tendo em vista ser este o principal fundamento do controle de constitucionalidade, qual seja, sindicando a validade do próprio direito legislado.

A conciliação na esfera de controle concentrado, portanto, pode se tornar produtora de vantagens e de desvantagens, de potencialidades e de riscos. Por essa razão, a análise do caso concreto será bastante útil para identificar potenciais brechas na estruturação dessa arena processual e, portanto, indicar o caminho mais adequado — ou, pelo menos, o caminho menos arriscado — para a sua regulamentação, de forma equitativa e redistributiva, ou seja, de forma que as vantagens dos litigantes sejam equalizadas mediante a concessão de acesso aos demais integrantes da comunidade jurídica que possuem interesses em participar do controle de constitucionalidade.

## **5. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL DE Nº 829 DO RIO GRANDE DO SUL: ANÁLISE QUALITATIVA DA LITIGÂNCIA REALIZADA EM ACORDO PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

A partir das premissas anteriormente apresentadas, mostra-se oportuno realizar estudo qualitativo de caso concreto, a fim de melhor entender como ocorre, na prática, a realização do acordo na jurisdição constitucional. O caso selecionado se justifica tendo em vista tratar-se de ação constitucional submetida ao Centro de Soluções Alternativas de Litígios — CESAL/STF — instituído pela Resolução do Supremo Tribunal Federal de nº 790/2022.

Apesar de não representar a análise de todo o conjunto das ações constitucionais propostas perante o Supremo Tribunal Federal<sup>17</sup>, em termos quan-

---

17 Por uma análise completa sobre as ações e os recursos submetidos à conciliação perante o Supremo Tribunal Federal, confira, amplamente, o bem elaborado estudo empírico realizado por Maria Cecília de Araujo Asperti e Danieli Rocha Chiuzeuli, ao analisarem os motivos que influenciam o encaminhamento de processos para conciliação e qual o papel que a via consensual tem desempenhado no âmbito da Corte Constitucional: ASPERTI, Maria Cecília de

titativos, o afunilamento da análise, com a verticalização e a concentração da casuística de um único processo, poderá melhor dimensionar as vantagens e os riscos provenientes da conciliação em sede da jurisdição constitucional.

A fim de se compreender o universo fático-jurídico e também sócio-político subjacente à demanda, cumpre registrar, resumidamente, os elementos da ação, com a explicitação das partes, da causa de pedir deduzida e dos pedidos formulados. Esse dimensionamento irá permitir compreender o texto e o contexto contido na ação e, portanto, as margens de negociabilidade e de possibilidades para alcançar o consenso. A dissecação do caso concreto, além disso, revelará as potencialidades de acordo e os riscos à proteção da constitucionalidade.

Trata-se, no caso estudado, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 829<sup>18</sup>, proposta em 15 de abril de 2021, pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul, perante o Supremo Tribunal Federal, “em face de atos praticados pela União, por meio do Ministério da Saúde, na elaboração do Plano de Operacionalização da Vacinação contra COVID-19 e na definição da ordem de vacinação contra o Novo Coronavírus dos grupos prioritários”, indicando a violação dos seguintes preceitos fundamentais: “Pacto Federativo (art. 1º); as competências do ente estadual para exercer a tutela da saúde (art. 23 e 196); a proteção das crianças e dos adolescentes (art. 227); o direito fundamental à educação (art. 6º, caput); e a prioridade absoluta de proteção às crianças e aos adolescentes, em respeito à condição peculiar das pessoas em desenvolvimento (art. 227)” (página 01 da petição inicial).

O cerne da argumentação contida na petição inicial foi a contestação dos critérios estabelecidos pelo Ministério da Saúde para a ordem de vacinação dos grupos prioritários no contexto da pandemia de COVID-19. A discussão se concentra na possibilidade de o gestor estadual considerar as particularidades regionais na execução do plano de imunização, alegando que a rigidez nas diretrizes federais não continha margens de flexibilidade para atender os preceitos fundamentais da República, especialmente no que diz respeito aos direitos de crianças e adolescentes. Isto porque, conforme alegado pelo proponente, o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação da COVID-19 apresentado pela Ministério da Saúde, conforme orientação do Governo Federal à época, era omissivo quanto a destinação de doses aos trabalhadores da educação, apesar

---

Araujo; CHIUZULI, Danieli Rocha. *Supremo Conciliador? Análise dos casos encaminhados à conciliação no âmbito do Supremo Tribunal Federal*. REI – Revista Estudos Institucionais, v. 10, n. 2, p. 450-499, maio/ago. 2024.

18 A análise do caso concreto se deu por meio da leitura das peças processuais contidas nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 829/RS. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 829/RS, Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6156830>. Acesso em: 20 nov. 2023.

de se encontrarem incluídos nos grupos prioritários. A não imunização desses profissionais educadores acarretava a inviabilidade do retorno presencial dos serviços educacionais e impossibilitava o funcionamento da rede de ensino, que estão diretamente relacionadas com a proteção das crianças e dos adolescentes.

Na petição inicial, foram formulados pedidos, inclusive de modo liminar, no sentido de assegurar a competência do gestor estadual para estabelecer, de acordo com as particularidades locais, os critérios de prioridade no plano de imunização, a fim de se iniciar a vacinação dos trabalhadores da educação. A pretensão de tutela da constitucionalidade também envolvia pedido de reconhecer a inconstitucionalidade das orientações técnicas do Ministério da Saúde referentes ao plano de vacinação contra a COVID-19.

Logo após o despacho de recebimento da ação, foram apresentados pedidos de intervenção como *amicus curiae*, da seguinte entidade e dos seguintes entes públicos: *i.* a Federação dos Professores Trabalhadores Técnicos e Administrativos e Auxiliares Empregados em Estabelecimentos de Ensino — FETEE-SUL —, entidade sindical de segundo grau, representante dos trabalhadores em estabelecimentos de ensino, tendo apresentado argumento no sentido de que, “em que pese a representação dos trabalhadores discordar da posição do Estado do Rio Grande do Sul em retomar as atividades presenciais sem a vacinação do corpo docente e de funcionários, converge no entendimento de que esta vacinação é fundamental e somente ela poderá permitir o reinício das atividades letivas em segurança” (documento de nº 15); *ii.* a Mesa da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, ao principal argumento de que o diploma legal editado por aquela Casa Legislativa “[...] conferiu caráter de essencialidade ao trabalho desenvolvido pelas redes públicas e privadas de ensino – em momentos de crise envolvendo pandemias –, determinando, ainda, a sujeição de suas atividades ao cumprimento de protocolos de atendimento estabelecidos pelo Poder Executivo, os quais devem permitir a construção de um equilíbrio entre a garantia da saúde pública e a continuidade das atividades educacionais” (documento de nº 22); *iii.* o município de Caxias do Sul, ao principal argumento de que “soma-se aos esforços do Estado do Rio Grande do Sul para ver ser autorizado o processo de vacinação dos profissionais da educação (professores), bem como os trabalhadores correlatos ao retorno das aulas presenciais (profissionais técnicos e administrativos das escolas), ainda que de forma progressiva” (documento de nº 27); *iv.* o município de Santa Maria, sob o principal argumento de que “por essa razão que o Município de Santa Maria, conhecido por ser uma cidade universitária, que sedia a Universidade Federal de Santa Maria, conta ainda com a Universidade Franciscana e outras tantas faculdades, além das redes de ensino estadual e municipal, postula o ingresso na presente ação, a fim de somar esforços ao Estado do Rio Grande do Sul ante a forte repercussão social da matéria” (documento de nº 31).

Regularmente notificada, a Advocacia-Geral da União, por meio do Advogado-Geral da União Substituto, manifestou, preliminarmente, pelo não conhecimento da arguição e, quanto ao mérito, pela improcedência dos pedidos formulados, ao principal argumento de que competiria à União a coordenação das ações de imunização, devendo os demais entes federados respeitar as opções quanto às prioridades dos grupos. Foi ressaltado que “a escolha dos grupos prioritários, assim como dos subgrupos mais vulneráveis, considerou aqueles cujo risco de agravamento e óbito pela Covid-19 é mais elevado e aqueles cujo trabalho é essencial à preservação do sistema de saúde”. Argumentou-se, além disso, que “a definição e a implementação das políticas públicas relacionadas ao combate à atual pandemia são atribuições do Poder Executivo, que tem atuado de forma responsável e lastreada em análises técnico-científicas da Pasta competente” (documento de nº 37).

Após a manifestação da Advocacia-Geral da União, e sem decidir sobre os pedidos de intervenção dos *amici curiae*, o relator da ação, Ministro Enrique Ricardo Lewandowski, entendeu que “nesta fase processual não há o que decidir”, determinando o processamento da ação. Apesar do não deferimento do pedido cautelar, a decisão monocrática contém fundamentos relevantes, que bem explicitam o entendimento do Poder Judiciário, em juízo provisório, sobre a questão jurídica apresentada, ao reconhecer que as autoridades públicas deveriam realizar escolhas quanto aos grupos prioritários que receberiam a imunização contra a COVID-19 e aqueles outros que não, o que acabava por repercutir, naquele momento, na concessão de maiores chances de sobrevivências a uns do que a outros.

Posteriormente à decisão liminar e transcorrido pouco mais de um mês do ajuizamento da ação constitucional, a parte proponente apresentou petição por meio da qual manifestou o interesse em resolver a questão de forma consensual, por meio da realização de audiência conciliatória com a União, tendo ressaltado que, “em homenagem à solução consensual dos conflitos (artigo 3º, §2º, do CPC), declara que possui interesse em buscar solução dialogada no presente feito, requerendo seja designada, com brevidade, audiência conciliatória com a UNIÃO (MINISTÉRIO DA SAÚDE), na qual participem os técnicos sanitários de ambos os entes públicos” (documento de nº 43).

A decisão liminar que atendeu ao pedido de designação de conciliação foi extremamente seletiva, delimitando a participação apenas das partes formalmente contidas na ação constitucional, sem a inclusão dos *amici curiae* que solicitaram habilitação e nem mesmo dos demais interessados e potencialmente afetados pela questão constitucional, bem como regulamentando o tempo de manifestação e os representantes de cada um dos entes públicos, nos seguintes termos (documento de nº 45):

Para a boa organização dos trabalhos, esclareço que a União e o Estado deverão indicar os representantes que farão uso do direito de manifestação na



audiência, mediante prévia inscrição a ser realizada no Gabinete (por meio do endereço eletrônico [audiencia.mrl@stf.jus.br](mailto:audiencia.mrl@stf.jus.br)) até o dia 27 de maio de 2021, podendo indicar até 1 representante para fazer uso de até 20 minutos em manifestação oral. As manifestações deverão ser eminentemente propositivas, levando em consideração o intuito da audiência, que é de formação de consenso.

Ao final do procedimento conciliatório, em audiência da qual participou somente representantes do Estado do Rio Grande do Sul e da União, foi alcançado acordo, pactuado nos seguintes termos (documento de nº 57):



Supremo Tribunal Federal

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 829 – RIO GRANDE DO SUL**

RELATOR: **MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI**

REQUERENTE: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - RS

INTIMADO: UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

**TERMO DE AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO**

Aos 31 dias do mês de maio de dois mil e vinte e um (31/05/2021), às 14:00 horas, no Gabinete do Ministro [REDACTED] neste Supremo Tribunal Federal, onde presente se encontrava a Excelentíssima Senhora Juíza Auxiliar [REDACTED], foi declarada aberta a audiência. Feito o pregão, certificou-se estarem presentes de forma virtual o requerente, Estado do Rio Grande do Sul, representado pela Sra. [REDACTED], Secretária Estadual da Saúde do Estado do Rio Grande do Sul e o Dr. [REDACTED], Procurador-Geral Adjunto do Estado do Rio Grande do Sul, também de forma virtual a intimada, representada pelo Dr. [REDACTED], Secretário Adjunto de Contencioso da Advocacia-Geral da União – AGU; e o Dr. [REDACTED], Diretor do Departamento de Controle Concentrado da Advocacia-Geral da União – AGU; Dr. [REDACTED], Secretário-Executivo do Ministério da Saúde; e a Sra. [REDACTED], Coordenadora-Geral do Programa Nacional de Imunização da Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde.

Iniciados os trabalhos e proposta a conciliação entre as partes, ficou acordado o seguinte:

A União, dentro do seu respectivo arco de competências, compromete-se a promover a regular e gradativa disponibilização de doses para o segmento dos trabalhadores em educação no planejamento do PNO, nos termos declarados na Nota 717, ressalvada a necessidade de reajustes futuros, a serem motivados em eventuais repactuações.

Compromete-se, ainda, a enviar um percentual de doses de forma regular aos trabalhadores de educação de acordo com os quantitativos recebidos para a distribuição. Essa ação inicia-se na próxima remessa a ser enviada a partir do dia 02 de junho de 2021.

*Figura 01 — Termo de audiência de conciliação na ADPF de nº 829/RS.*

*Fonte: documento de nº 57 dos autos eletrônicos da ADPF de nº 829/RS.*

Posteriormente à sessão conciliatória, por meio de decisão monocrática do relator da ação, foi homologado o acordo, extinguido o processo com resolução de mérito (documento de nº 58) e registrada a ocorrência do trânsito em julgado da decisão na data de 25 de junho de 2021 (documento de nº 59).

Tendo sido apresentado o contexto sócio-político do ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, bem como os elementos da ação e os principais atos processuais ocorridos durante o curso do procedimento, algumas inferências emergem do caso concreto e permitem apreender as vantagens, bem como os riscos, decorrentes da conciliação em sede do controle concentrado de constitucionalidade. Essas observações serão úteis para a formulação propositiva de regras quanto à realização de acordo nessa arena processual.

A partir da análise da ADPF de nº 829/RS, bem como do acordo ao final pactuado, foi possível registrar as seguintes observações sobre a conciliação em sede constitucional: *i.* o acordo foi realizado com a absoluta ausência da participação de entidades técnico-científicas da área da saúde e da epidemiologia, que poderiam ter sido convocadas *ex officio* e seriam capazes de auxiliar na compreensão do macrofenômeno da pandemia e dimensioná-lo a partir das circunstâncias fáticas e particulares vivenciadas especificamente pelo Estado do Rio Grande do Sul, a fim de justificar, ou não, a vacinação prioritária da categoria dos profissionais da educação; *ii.* o acordo foi entabulado sem a presença de representatividade adequada, seja dos grupos envolvidos, seja de todos os titulares interesses envolvidos à discussão, de modo que os terceiros juridicamente interessados, que haviam formulado pedidos de intervenção como *amici curiae*, não puderam participar do debate e nem contribuir com os termos da pactuação, sendo alijados do foro da jurisdição constitucional; *iii.* o ambiente no qual a audiência foi realizada, para além de ter sido extremamente limitado pela decisão judicial designatória da audiência, também acabou por subtrair do órgão colegiado competente a apreciação dos termos pactuados do acordo, da sua constitucionalidade e da presença dos requisitos mínimos, de modo a concentrar a resolução da ação constitucional de forma monocrática e unipessoal; *iv.* os simplórios termos da pactuação demonstram que o acordo foi realizado apenas com o intuito de extinção do processo, a indicar possível tentativa de burla à indisponibilidade da Ação de Descumprimento Preceito Fundamental, tendo em vista que a avença foi estabelecida sem maiores parâmetros obrigacionais, desprovida de mecanismos de controle e sem a previsão de cláusulas penais e de exequibilidade da decisão em caso de eventual e futuro descumprimento de cláusulas por quaisquer das partes; *v.* a realização do acordo acabou por retirar da esfera de análise jurisdicional, sem maiores justificativas de adequabilidade ou de necessidade, temática de maior relevância e importância social, especialmente à vista do contexto vivenciado àquela época de pandemia provocada pela



COVID-19, impedindo a prestação de tutela jurisdicional aos preceitos fundamentais alegadamente violados, os quais poderiam ser melhor e mais adequadamente protegidos por meio de decisão judicial, do que pela vontade das partes.

Para além dessas observações, também foi possível constatar que o acordo realizado na ADPF de nº 829/RS permitiu o alcance de algumas vantagens, apesar dos equívocos procedimentais anteriormente apontados: *i.* a questão constitucional, de alta complexidade e multifacetada, referente à definição dos critérios para priorização dos grupos de vacinação, foi rapidamente resolvida, em respeito à duração razoável do processo, tendo em vista que entre a propositura da demanda, ocorrida em 15 de abril de 2021, e o trânsito em julgado da decisão monocrática homologatória, certificado em 26 de junho de 2021, transcorreram menos de 03 (três) meses; *ii.* apesar da parca regulamentação, é possível afirmar que o acordo realizado possui, em si mesmo, a marca da consensualidade, de modo a permitir maior aceitação e cumprimento pelas partes envolvidas, evitando a traumática decisão judicial meritória de inconstitucionalidade por violação a preceitos fundamentais, na medida em que a via adjudicatória, ao promover a tutela dos direitos discutidos na ação constitucional, poderia impor determinações e estabelecer obrigações severas e inflexíveis, inclusive tensionando a relação entre os Poderes Judiciário e Executivo, num momento histórico sabidamente acirrado politicamente.

Como dito anteriormente, a despeito das vantagens constatadas com a realização de acordo na ADPF de nº 829/RS<sup>19</sup>, foram constatados problemas relevantes, impossíveis de serem simplesmente ignorados ou negligenciados, que decorrem, dentre outros fatores, da falta de regulamentação da consensualidade em sede de controle concentrado. A par do que foi examinado, especula-se que a ausência de regulamentação possa ensejar outros riscos, tais como: *i.* a utilização estratégica da jurisdição constitucional por interesse das partes mais bem posicionadas, que poderiam se valer do acordo para impedir a prolação de decisão judicial, nos casos em que a solução adjudicatória represente a melhor alternativa e o método mais adequado para resolução daquele específico conflito constitucional<sup>20</sup>; *ii.* baixo grau de legitimidade dos acordos constitucionais pactuados sem a ampla participação e sem a representatividade adequada dos grupos e dos interesses envolvidos, já que o consenso que emergirá desse tipo de pactuação não será capaz de contemplar os objetivos dos grupos ausentes

19 Rememore-se, uma vez mais, o estudo desenvolvido por Maria Cecília de Araujo Asperti e Danieli Rocha ChiuZuli, ao tratarem especificamente sobre a mencionada ADPF de nº 829/RS: ASPERTI, Maria Cecília de Araujo; CHIUZULI, Danieli Rocha. *Supremo Conciliador? Análise dos casos encaminhados à conciliação no âmbito do Supremo Tribunal Federal*. REI – Revista Estudos Institucionais, v. 10, n. 2, p. 450-499, maio/ago. 2024, p. 470.

20 FISS, Owen. Contra o acordo. In: FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coord. Trad. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 140-141.

ou mal representados; *iii.* repetição da judicialização da questão, pois acordos constitucionais sem a previsão de instrumentos de participação, de controle, de fiscalização e de execução tendem a não solucionar o conflito, perpetuando e complexificando a tensão social, com a propositura de novos e sequenciais expedientes processuais, bem como impedindo a resolução efetiva e justa da questão constitucional.

Constata-se, portanto, que a realização de acordo em sede de controle concentrado de constitucionalidade apresenta algumas vantagens, mas pode criar uma arena processual com enorme potencial para ocorrência de violação ao acesso à justiça, à paridade de armas, especialmente no que se refere ao alinhamento da participação da comunidade jurídica na discussão e na formação do acordo constitucional, bem como na fiscalização do cumprimento.

Por essa razão, mostra-se imprescindível que esse ambiente processual seja regulamentado a partir de uma perspectiva *redistributiva de acesso à justiça*<sup>21</sup>, ou seja, equalizadora das vantagens e das desvantagens presentes nos desenhos institucionais, nas técnicas processuais e nas arenas nas quais os litígios constitucionais são processados e resolvidos. Nesse sentido, é imprescindível que o acordo constitucional não sirva de reforço às vantagens estratégicas daqueles litigantes que já as possuem, mas, ao contrário, possibilite a participação, em igualdade de condições, daqueles grupos sub-representados, mas diretamente afetados pela questão constitucional discutida<sup>22</sup>.

Algumas propostas de regulamentação são apresentadas na sequência, com o intuito de cooperar com o desenvolvimento do tema e assegurar que garantias constitucionais mínimas sejam respeitadas, como o acesso à justiça, a paridade de armas, o contraditório ampliado, a representatividade adequada e a democracia participativa.

## 6. O ACORDO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS.

A resolução consensual das controvérsias representa um modelo virtuoso de resolução de conflitos, a qualificar a cultura jurídica da sociedade brasileira, bem como o seu ordenamento jurídico<sup>23</sup>. Esse modelo tem potencial para

21 Quanto ao tema, confira as seguintes referências: GALANTER, Marc. *Por que “quem tem” sai na frente*: especulações sobre os limites da transformação no direito. Trad. Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018, p. 43; COSTA, Susana Henriques da; GABBAY, Daniela Monteiro; ASPERTI, Maria Cecília Araújo. *Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa*. RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 6, n. 3, p. 151-181, set./dez., 2019, p. 177.

22 ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. *Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2018, p. 111.

23 O §3º do artigo 3º do Código de Processo Civil prescreve que “a conciliação, a mediação e

solucionar diversos tipos de conflitos e litígios, inclusive aqueles de natureza constitucional, desde que justificada a sua pertinência e adequação, a partir das particularidades do caso concreto.

Os acordos judiciais, portanto, são possíveis de serem realizados em sede da jurisdição constitucional e, mais especificamente, do controle concentrado de constitucionalidade. Logo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva podem ser resolvidas por meio do emprego dos métodos autocompositivos e da pactuação de acordo. Isto porque, na contemporaneidade, é impossível recusar a inserção da consensualidade na resolução dos conflitos jurídicos, inclusive aqueles de natureza objetiva e constitucional. O ordenamento jurídico brasileiro já apresenta sinais de adoção dessa nova possibilidade, no âmbito normativo, doutrinário e também jurisprudencial.

Destaque-se a existência de Projeto de Lei de nº 3640/23, que pretende regulamentar o regime jurídico das ações de controle concentrado no Supremo Tribunal Federal e se origina de anteprojeto elaborado por comissão de juristas criada pela Câmara dos Deputados no ano de 2020, presidida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes. Dentre as novidades do projeto legislativo, encontra-se a expressa possibilidade de que os litígios constitucionais

---

outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 03 dez. 2023.

O preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil expressamente prevê a criação de um “[...] Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...]”. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 03 dez. 2023.

possam ser resolvidos por acordo<sup>24</sup>, inclusive parcial<sup>25</sup>.

Para além da proposta legislativa, existe posicionamento doutrinário que

- 24 A justificativa apresentada pelo proponente do projeto de lei, Deputado Marcos Pereira, destacou parte da exposição de motivos apresentada pela Comissão de Juristas, no seguinte sentido: “Na atual quadra histórica não há mais que falar – pelo menos em boa parte dos casos – de indisponibilidade absoluta e integral dos direitos e garantias fundamentais em causa nas controvérsias submetidas ao STF. Desde que devidamente supervisionados e entabulados após ampla discussão de todos os interessados (públicos e privados), acordos em sede de jurisdição constitucional buscam evitar inconstitucionalidades ainda mais gravosas advindas de uma eventual decisão de inconstitucionalidade. Por diversas vezes, como já é notório, o interesse social é mais bem atendido mediante celebração de acordos do que por meio de uma decisão judicial de cariz definitivo”. BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei de nº 3.640, de 2023. Dispõe sobre o processo e o julgamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal; e altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). Relator Deputado Alex Manente. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=2303044&filena me=PL%203640/2023](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2303044&filena me=PL%203640/2023)>. Acesso em: 02 dez. 2023.  
De igual forma, segundo o parecer apresentado pelo relator do projeto na Câmara dos Deputados, Deputado Alex Manente, apresentado à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania — CCJC —, no dia 23 de novembro de 2023: “Assim, o PL reforça a ideia de que democracia e interpretação constitucional possuem necessariamente um traço consensual, trazendo ainda importante e claro arquétipo sobre essa modalidade de solução da controvérsia constitucional”. BRASIL. Câmara dos Deputados. Relatório apresentado à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, Relator: Deputado Alex Manente. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=2363538&filena me=Parecer-CCJC-2023-11-23](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2363538&filena me=Parecer-CCJC-2023-11-23)>. Acesso em: 02 dez. 2023.
- 25 Consta da referida proposta legislativa: “Art. 55. Os litígios nas ações de controle concentrado de constitucionalidade podem ser resolvidos por meio de acordo. §1º O acordo pode ser celebrado por qualquer legitimado, envolvendo necessariamente todos os partícipes do litígio ou as entidades consideradas com representação adequada, se houver, devendo ser homologado judicialmente pelo Plenário, por maioria simples, para ter validade em todo o território nacional. §2º O acordo não pode ter por objeto convalidar ato normativo ou legislação inconstitucional. §3º O acordo visa a evitar inconstitucionalidades mais gravosas advindas de uma eventual decisão de inconstitucionalidade, estabelecer regime de transição para preservação da segurança jurídica ou ainda assegurar solução negociada para hipóteses que demandam conhecimento científico e tecnológico. §4º O acordo pode ser parcial e versar a respeito de uma parcela da controvérsia bem como ser precedido de uma decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito do objeto do litígio. §5º O acordo pode versar sobre como será implementada a decisão do Supremo Tribunal Federal. §6º O acordo pode ser celebrado com o Poder Executivo ou o Poder Legislativo, em especial para as hipóteses em que a correção do vício demandar iniciativa privativa dos demais Poderes. §7º O acordo pode ser celebrado para as hipóteses em que o conhecimento científico ou tecnológico não esteja consolidado para assegurar o pronunciamento de decisão definitiva. §8º A homologação do acordo deve ser precedida de audiência pública e manifestação do Procurador-Geral da República. §9º O cumprimento do acordo, judicialmente homologado, impede a propositura de novas ações em que se discuta o mesmo objeto. §10. É cabível ação para verificação do cumprimento do acordo bem como a rediscussão de seus termos em virtude de modificações fáticas e normativas supervenientes à celebração. §11. É cabível ação para anulação do acordo no período de um ano. Art. 56. A convenção processual constitucional em sede de ação de controle concentrado de constitucionalidade pode fixar parcela de decisão intermediária e convencionar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo, desde que: I – respeitadas as normas constitucionais, as proibições legais e a autoridade da decisão final do Supremo Tribunal Federal; e II – não disponha sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ato objeto da ação.”.

destaca a importância da conciliação e da diversificação de métodos na resolução de questões constitucionais, bem como referenda a possibilidade de que as ações de controle concentrado de constitucionalidade possam ser resolvidas por meio de acordo<sup>26</sup>. Para tanto, tem se destacado a criação de uma justiça constitucional multiportas<sup>27</sup>, ambiente no qual o Supremo Tribunal Federal deve avaliar a validade e a eficácia dos acordos<sup>28</sup>, podendo invalidá-los em caso de inconstitucionalidade<sup>29</sup>. A Corte Constitucional, nesse sentido, acumularia, no rol de suas capacidades institucionais, a possibilidade de realização de conciliação no controle concentrado de constitucionalidade, se tornando um “supremo conciliador”<sup>30</sup>.

Argumenta-se, além disso, que essa abordagem favorece a resolução de controvérsias constitucionais de maneira rápida, plural e detalhada, promovendo a consensualidade<sup>31</sup>, inclusive de forma extrajudicial<sup>32</sup>, bem como licencian-do a atuação da comunidade jurídica na definição de significados jurídicos e na delimitação de sentidos do direito por meio do consenso<sup>33</sup>.

Apesar da conciliação em sede constitucional apresentar diversas vantagens, é necessário ter-se em consideração que a celebração de um acordo nem

- 26 COUTINHO, Marcos Pereira Anjo; COUTO, Rodrigo Alberto Azevedo. Solução consensual em controle concentrado de constitucionalidade: desafios e perspectivas. In: SARRUBBO, Mario Luiz (Coord.) [et al]. *Ministério Público Estratégico: resolução consensual e tratamento adequado dos conflitos, controvérsias e problemas na tutela de direitos fundamentais pelo ministério público*. v. 08. Indaiatuba: Foco, 2024, p. 385.
- 27 Neste sentido, confira os trabalhos produzidos pelos autores Fredie Didier Júnior e Leandro Fernandez: DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *A justiça constitucional no sistema brasileiro de justiça multiportas*. Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência, v. 50, n. 154, p. 145–183, jun., 2023, p. 150–151; DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *Introdução à Justiça Multiportas: Sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à Justiça no Brasil*. São Paulo: JusPodivm, 2024, p. 603.
- 28 NAVARRO, Trícia. *Justiça multiportas*. Indaiatuba: Foco, 2024, p. 321.
- 29 ABBOD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 821 e p. 823.
- 30 ASPERTI, Maria Cecília de Araujo; CHIUZULI, Danieli Rocha. *Supremo Conciliador? Análise dos casos encaminhados à conciliação no âmbito do Supremo Tribunal Federal*. REI – Revista Estudos Institucionais, v. 10, n. 2, p. 450-499, maio/ago. 2024, p. 482-483.
- 31 ZANETI JR., Hermes; BERDEAL, Francisco Martinez; LINO, Daniela Bermudes. Autocomposição em controle de constitucionalidade. In: ZANETI JR., Hermes (Org.) [et al]. *Ministério Público e justiça multiportas*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2022, p. 589.
- 32 ZANETI JR., Hermes; BERDEAL, Francisco Martinez; COURA, Alexandre de Castro; ANDRADE, Luciana Gomes Ferreira de. Autocomposição e controle de constitucionalidade: relatório do projeto e dos resultados alcançados pelo Ministério Público do Espírito Santo. In: SARRUBBO, Mario Luiz (Coord.) [et al]. *Ministério Público Estratégico: resolução consensual e tratamento adequado dos conflitos, controvérsias e problemas na tutela de direitos fundamentais pelo ministério público*. v. 08. Indaiatuba: Foco, 2024, p. 198.
- 33 FREITAS, Pedro Augusto Silveira. *Da liberdade do dissenso à virtuosidade do consenso: a contratualização do sentido do direito na formação do precedente judicial consensual*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, año 2, vol. 2, p. 643-711, julio-diciembre, 2023, p. 676-677.

sempre irá representar a consubstanciação da justiça<sup>34</sup> e nem mesmo a prestação de tutela adequada aos direitos<sup>35</sup>. Por essa razão, o acordo constitucional não deve ter por finalidade o exclusivo encerramento da demanda constitucional, com o objetivo meramente gerencial de acervo processual<sup>36</sup>, mas, sim, o de melhor resolução do conflito, em perspectiva de adequação dos métodos e das técnicas processuais aos litígios e ao direito material. Em outras palavras, a via do acordo deve ser adotada, justificadamente, somente quando o consenso se apresentar como a melhor opção para solução do caso concreto, mediante a adequada tutela da constitucionalidade.

Sob uma perspectiva crítica e igualmente importante, deve-se ressaltar que a realização de conciliação perante a jurisdição constitucional, embora apresente ganhos para a tutela da constitucionalidade, pode representar a substituição do debate jurídico pelo compromisso negociado entre a Judiciário e os grupos de interesses estrategicamente organizados. A prática conciliatória, em razão da ausência de regulamentação específica, ao não proibir expressamente que o conteúdo de direitos fundamentais seja negociado, não é infensa à possibilidade de subversão da essência desses direitos, que servem como barreiras intransponíveis contra violações à dignidade humana e à opressão. Por essa razão, não é exagerado especular que a redução dos direitos fundamentais a itens negociáveis pode implicar a perda da sua natureza protetiva e se transformar em concessões precárias, sujeitas à exploração e à manipulação, comprometendo a função constitucional de garantir justiça, por meio da atuação contramajoritária e protetiva da Corte Constitucional<sup>37</sup>.

34 FISS, Owen. Contra o acordo. In: FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coord. Trad. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 140.

35 FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdição e consenso*. Revista brasileira de estudos constitucionais: RBEC/Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais. Imprensa: Belo Horizonte, Fórum, 2007. Referência: v. 4, n. 16, p. 151–164, out./dez., 2010, p. 03.

36 ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. *A mediação e a conciliação de demandas repetitivas: os meios consensuais de resolução de disputas e os grandes litigantes do Judiciário*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 87-88.

37 Sobre as temáticas contidas neste tópico, confira, em razão de sua absoluta pertinência, as observações realizadas por Conrado Hübner Mendes no jornal Folha de São Paulo: MENDES, Conrado Hübner. *A Constituição não aceita negociar: direito constitunegocial brasileiro busca esvaziar direitos fundamentais no STF*. Folha de São Paulo, 24 abr. 2024. Disponível em: <[https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2024/04/a-constituicao-nao-aceita-negociar.shtml?pwgt=kuo1zo1pjklunibcbmbky9xjpnrlfkdzj38vj3hgvdx7gi&utm\\_source=whatsapp&utm\\_medium=social&utm\\_campaign=compwagift](https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2024/04/a-constituicao-nao-aceita-negociar.shtml?pwgt=kuo1zo1pjklunibcbmbky9xjpnrlfkdzj38vj3hgvdx7gi&utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwagift)>. Acesso em: 19 dez. 2024; MENDES, Conrado Hübner. *Quer negociar seu direito comigo? STF tenta transformar direito fundamental indígena em escambo*. Folha de São Paulo, 24 jul. 2024. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2024/07/stf-tenta-transformar-direito-fundamental-indigena-em-escambo.shtml>>. Acesso em: 19 dez. 2024; MENDES, Conrado Hübner. *Ao Supremo, com carinho. Da sua Constituição: STF não pode empurrar jabuti legislativo do Brasil colônia*. Folha de São Paulo, 19 fev. 2025. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2025/02/>>

É preciso insistir: no Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais possuem um núcleo duro, não passível de negociação, que somente pode ser adequadamente tutelado pela jurisdição constitucional, no exercício da sua função de proteção e de efetivação dos direitos. A proteção jurisdicional dos direitos fundamentais deve ocorrer a despeito de as maiorias ou os grandes litigantes ou os detentores do capital ou os grupos de interesses terem alcançado o consenso sobre a interpretação ou o conteúdo normativo do direito fundamental<sup>38</sup>.

Sendo certo que se o consenso subtrair da jurisdição, indevidamente, a possibilidade de bem tutelar os direitos fundamentais, quem perde é o próprio Poder Judiciário e a também sociedade: *i.* ao atuar em desvalor à potência que a sua capacidade institucional permite, a Corte Constitucional abdica de sua função constitucional precípua<sup>39</sup> e abre espaço para que outras formas não adequadas de resolução de conflitos assumam o posto deixado pelo vácuo jurisdicional; *ii.* sem a adequada tutela da constitucionalidade e sem a devida proteção dos direitos fundamentais, a sociedade também sofre prejuízo, porque uma atuação diminuta e retraída da Corte Constitucional passa a promover, ao contrário do que deveria ser, uma transformação negativa da realidade social<sup>40</sup>.

## 6.1 CONSENSO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: LIMITES, REQUISITOS E POSSIBILIDADES.

A realização de acordo é tema multifacetado e repleto de potencialidades ainda a serem exploradas, desenvolvidas e consolidadas em nosso ordenamento jurídico e apropriadamente assimiladas pela cultura jurídica brasileira, atentando-se para as garantias constitucionais. Por essa razão, se mostra importante apresentar, ainda que sumariamente, alguns limites dessa negociação, estabelecer os requisitos mínimos para a pactuação e ressaltar as potencialidades de sua aplicação em determinado caso concreto.

Os *limites* impostos à realização de acordo em sede da jurisdição constitucional objetivam impedir que a conciliação realizada seja prejudicial à própria tutela da constitucionalidade. Por essa razão, algumas fronteiras não podem ser ultrapassadas quando da pactuação dos termos da avença, de modo que o acor-

---

ao-supremo-com-carinho-da-sua-constituicao.shtml>. Acesso em: 15 mai. 2025

38 MORAES, Alexandre de. *A imprescindível contribuição de José Celso de Mello Filho para a efetividade da jurisdição constitucional brasileira em defesa dos direitos fundamentais*. Revista de direito administrativo: RDA., n. 264, p. 57–89, set./dez., 2013, p. 61.

39 STRECK, Lenio Luiz. *O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais*. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Escola de Direito, v. 35, n. 95, p. 49–86, 2002, p.79 e p. 84, respectivamente.

40 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *O poder judiciário brasileiro como instituição de transformação positiva da realidade social*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15. Região, n. 15, p. 85–108, abr./jun., 2001, p. 94.



do constitucional não poderá: *i.* ainda que indiretamente, validar ato normativo ou legislação que manifestamente contrarie a Constituição, tornando um ato jurídico claramente inconstitucional em algo supostamente válido e regular; *ii.* permitir o uso estratégico do processo jurisdicional para que prevaleçam interesses escusos e obscuros, de grupos melhor posicionados na arena judicial, em detrimento da proteção de valores constitucionais e dos grupos de pessoas vulneráveis; *iii.* atuar de forma contida, de modo a permitir a retirada de eficácia ou a redução do conteúdo normativo de proteção e de transformação dos direitos fundamentais, previstos na Constituição. Apesar de se admitir e de se reconhecer que os limites apresentados possuem teor genérico e propositivo, eles deverão ser fiscalizados de acordo com as particularidades que irão se apresentar em determinado e específico conflito constitucional. Essas barreiras, ainda que programáticas, têm a finalidade explícita de indicar que o consenso somente poderá ser referendado se representar a melhor alternativa para a tutela da constitucionalidade e nunca poderá ser utilizado como subterfúgio ou como fuga da sindicância que é própria das Cortes Constitucionais.

Os *requisitos* mínimos para a entabulação do acordo constitucional objetivam resguardar as garantias de natureza processual, as quais devem ser rigidamente asseguradas no controle concentrado de constitucionalidade. Por esse motivo, quando da realização do acordo de natureza constitucional, devem ser observadas as seguintes condições: *i.* a conciliação deve se apresentar, justificadamente a partir das particularidades do caso concreto, o método mais adequado para a resolução do conflito constitucional; *ii.* deve ser estimulada a ampla participação da comunidade jurídica, inclusive por meio de solicitação *ex officio*, na discussão da questão constitucional e dos termos do acordo, por intermédio da realização de audiências públicas; *iii.* deve ser respeitada e assegurada a verdadeira e efetiva representatividade de todos os grupos e de todos os interesses subjacentes à questão constitucional, com solicitação ou admissão da participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada como *amicus curiae*; *iv.* todos as personalidades que participaram da edição da lei ou do ato normativo impugnado, especialmente aquelas que deram iniciativa ao processo legislativo, devem ser ouvidas, assegurando a participação e a influência na pactuação do acordo; *v.* o Ministério Público deverá, sempre, ser comunicado para atuar como *custos transactionis*, a fim de fiscalizar os termos do acordo e preservar a tutela da constitucionalidade, independentemente do exercício de sua legitimidade ativa para instauração do controle concentrado de constitucionalidade; *vi.* a homologação do acordo deve ocorrer perante o órgão colegiado competente, a fim de permitir o amplo debate entre todos os julgadores quanto aos termos da pactuação, não sendo recomendada a chancela judicial de forma monocrática; *vii.* dentre as cláusulas do acordo, deve estar prevista, de forma expressa e casuística, a existência de instrumentos de partici-



pação, de controle, de fiscalização e de execução do pactuado, a fim de permitirem o acompanhamento da mudança promovida pelo acordo, bem como viabilizar a sua exigibilidade e exequibilidade, promovendo a resolução efetiva do problema constitucional, sendo vedada a redação de acordos propositadamente vagos e inconsistentes em sua eficácia; *viii*. o acordo devidamente homologado deve ter a sua eficácia limitada à resolução do caso concreto, não podendo ter efeitos expansivos ou *erga omnes* e nem constituir precedente judicial com efeitos vinculantes para outros casos, mas apenas constituir exemplo persuasivo de modelo decisório, como *case* de solução consensual.

Por fim, constata-se que a conciliação constitucional, desde que respeitados os limites e requisitos mínimos, apresenta uma série de *potencialidades*, capazes de permitir que o conflito constitucional seja resolvido de modo mais adequado, evitando-se decisões judiciais de inconstitucionalidade mais rigorosas e inflexíveis, bem como estimulando que a própria comunidade jurídica, por meio do agir comunicativo, alcance o consenso quanto à resolução do litígio constitucional. Nesse sentido, constata-se que o acordo em sede de controle concentrado de constitucionalidade possui as seguintes *possibilidades*: *i*. aplicação, por intermédio do consenso, de técnicas decisórias intermediárias já previstas no processo jurisdicional de controle concentrado, seja por meio da nulidade parcial sem alteração do texto, seja por intermédio de interpretação conforme à Constituição, salvaguardando o ato normativo ou o texto legislativo por meio de exegese que elimine a inconstitucionalidade sem a necessidade de declaração integral de invalidade; *ii*. correção de vícios de inconstitucionalidade de natureza meramente formal, ocorridos no trâmite do processo legislativo, que podem ser suprimidos ou reparados, mediante previsão no acordo constitucional; *iii*. aceitação pela comunidade jurídica dos termos do acordo, para o qual ela foi previamente ouvida e teve a oportunidade de participar e de influenciar a confecção de seus termos, fortalecendo a legitimidade das soluções alcançadas, uma vez que refletem o consenso e a influência dos diversos setores da sociedade; *iv*. concretização do pluralismo democrático, envolvendo e incluindo diferentes setores da comunidade jurídica e assegurando uma abordagem mais aberta e representativa; *v*. pactuação de acordos flexíveis e ajustáveis às circunstâncias específicas do caso concreto, permitindo o estabelecimento de regimes de transição, o uso do conhecimento interdisciplinar, científico e tecnológico, bem como regulamentando a implementação da própria decisão judicial; *vi*. resolução da questão constitucional de forma mais rápida e em tempo razoável, evitando procedimentos judiciais demorados e contribuindo para a celeridade do sistema jurídico e a efetivação mais ágil dos princípios constitucionais.

Contata-se, portanto, que a arena processual da conciliação em sede do controle concentrado de constitucionalidade representa um ambiente de suma importância na resolução das questões constitucionais, com enorme potencia-

lidade de serem alcançadas soluções mais adequadas e evitar inconstitucionalidades mais gravosas advindas de uma eventual decisão de inconstitucionalidade. Essa arena processual, todavia, não está imune à atuação dos litigantes habituais, detentores de interesses altamente concentrados e parciais, razão pela qual deve ser regulamentada, a fim de permitir que a prestação da justiça seja realizada de forma redistributiva e prestando-se a melhor tutela jurisdicional da constitucionalidade.

## 7. PROPOSIÇÕES CONCLUSIVAS

Numa sociedade democrática e pluralista, a comunicação e o entendimento mútuo são essenciais para a verdadeira pacificação da comunidade e promoção da cultura da paz. Quando se trata dos conflitos jurídicos constitucionais, a consensualidade assume especial relevância, na medida em que se permite que a tutela da constitucionalidade seja exercida de modo mais legítimo e com a aceitação de todos os envolvidos.

Quando adequada e justificadamente empregados, os métodos autocompositivos de solução de conflitos propiciam uma solução mais justa e resolutive do conflito social, comparativamente à solução adjudicatória. Se o consenso é alcançado, em nível de paridade e sem coerções, a pacificação é mais efetiva, cumprindo-se o objetivo maior que é o de prestar tutela jurisdicional adequada à constitucionalidade e de promover justiça.

Na jurisdição constitucional se mostra importante e igualmente relevante que a resolução das questões jurídicas constitucionais seja alcançada por meio do consenso, especialmente por se tratar de decisões com alta repercussão e relevância econômica, política, social e jurídica, que ultrapassam os interesses subjetivos e alcançam dimensão expansiva, abarcando toda a sociedade. Por essa razão não é só desejável, mas recomendável, que, observados alguns limites e respeitadas algumas condicionantes, as desavenças constitucionais, submetidas à jurisdição constitucional por meio do controle de constitucionalidade, possam ser solucionadas pelo acordo.

Não se pode ignorar, entretanto, que a conciliação na jurisdição constitucional representa uma arena processual e, portanto, é naturalmente utilizada de forma estratégica por grupos de interesses e por litigantes que habitualmente acessam o sistema de justiça. A presença desses fatores torna imprescindível que esse ambiente procedimental seja adequadamente regulamentado a partir de uma perspectiva redistributiva de acesso à justiça, ou seja, impeditiva da perpetuação das vantagens de quem já as possui, obstando que o acordo constitucional se torne mais um instrumento de manipulação da jurisdição pelos grandes litigantes e pelos grupos de interesse dominantes.

A análise da ADPF de nº 829/RS, conquanto não tivesse a pretensão generalizante, acabou por descortinar um importante dado: esse tipo de ambien-

te processual pode se tornar perigoso à tutela da própria constitucionalidade. Isto porque um litígio constitucional de grande complexidade e de indiscutível importância social e sanitária<sup>41</sup> foi resolvido de modo simplista e sem oportunidade de participação de grupos sociais interessados. No caso, o Estado do Rio Grande do Sul e a União, usando, inclusive, da posição de grande litigante, própria dos entes públicos, acabaram por se desvencilhar de um relevante e complexo conflito constitucional, por meio de um acordo simplório, que não enfrentou, com a técnica necessária, o problema submetido à análise do Supremo Tribunal Federal.

O acordo, na hipótese analisada, teve como finalidade precípua a mera saída política para o problema, tanto para as partes, quanto para a Corte, sem que fossem estabelecidas obrigações e compromissos efetivos para a resolução do conflito. A simplória pactuação neutralizou o potencial distributivo e contramajoritário do Supremo Tribunal Federal, que poderia, diferentemente dos termos do acordo, determinar, por força de sua autoridade constitucional e no exercício de sua função contramajoritária, solução que melhor tutelasse os direitos constitucionais envolvidos, não só estabelecendo, àquela época, por exemplo, regra específica quanto às competências constitucionais dos entes federativos para o enfrentamento da pandemia provocada pela COVID-19, como também poderia impor a alteração dos critérios para a ordem de vacinação de grupos prioritários, à vista da qualidade dos direitos fundamentais envolvidos.

Esse descortinar das potencialidades e dos perigos contidos no acordo constitucional, propiciado pela análise do caso concreto, comprova, realística e empiricamente, que esse tipo de pactuação não pode ser resolvida desprezando elementos necessários e obrigatórios para a sua confecção, tais como a ampla participação da comunidade jurídica, a representatividade adequada dos grupos interessados e o compromisso institucional com a tutela da constitucionalidade e com a promoção e efetivação dos direitos fundamentais. O acordo deve melhor resolver o conflito constitucional, mas, para tanto, não pode se transformar em uma saída fácil para a Corte naqueles casos em que se mostre politicamente interessante não decidir e deixar de enfrentar problemas jurídico-sociais complexos.

---

41 Rememore-se que a APDF de nº 829/RS, ajuizada num contexto de politização da saúde e de negação da ciência, contestava tema relevantíssimo, referente aos critérios estabelecidos pelo Ministério da Saúde para a ordem de vacinação dos grupos prioritários no contexto da pandemia de COVID-19.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *O poder judiciário brasileiro como instituição de transformação positiva da realidade social*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15. Região, n. 15, p. 85–108, abr./jun., 2001.

ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. *A mediação e a conciliação de demandas repetitivas: os meios consensuais de resolução de disputas e os grandes litigantes do Judiciário*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. *Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2018.64

ASPERTI, Maria Cecília de Araujo; CHIUZULI, Danieli Rocha. *Supremo Conciliador? Análise dos casos encaminhados à conciliação no âmbito do Supremo Tribunal Federal*. REI – Revista Estudos Institucionais, v. 10, n. 2, p. 450-499, maio/ago. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei de nº 3.640, de 2023. *Dispõe sobre o processo e o julgamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal; e altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)*. Relator Deputado Alex Manente. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=2303044&filename=PL%203640/2023](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2303044&filename=PL%203640/2023)>. Acesso em: 02 dez. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Relatório apresentado à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania*, Relator: Deputado Alex Manente. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=2363538&filename=Parecer-CCJC-2023-11-23](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2363538&filename=Parecer-CCJC-2023-11-23)>. Acesso em: 02 dez. 2023.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/L13105.htm)>. Acesso em: 28 nov. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>>. Acesso em: 29 nov. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 530, de 10 de novembro de 2023*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5330>>. Acesso em: 29 nov. 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 03 dez. 2023.

BRASIL. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. Presidência da República. Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm)>. Acesso em: 29 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839>>. Acesso em: 29 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Resolução nº 697, de 06 de agosto de 2020*. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/norma/resolucao697-2020.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Resolução nº 790, de 22 de dezembro de 2022*. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Resolucao790.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2023.

COSTA, Susana Henriques da; GABBAY, Daniela Monteiro; ASPERTI, Maria Cecília Araújo. *Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa*. RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 6, n. 3, p. 151-181, set./dez., 2019.

COUTINHO, Marcos Pereira Anjo; COUTO, Rodrigo Alberto Azevedo. Solução consensual em controle concentrado de constitucionalidade: desafios e perspectivas. In: SARRUBBO, Mario Luiz (Coord.) [et al]. *Ministério Público Estratégico: resolução consensual e tratamento adequado dos conflitos, controvérsias e problemas na tutela de direitos fundamentais pelo ministério público*. v. 08. Indaiatuba: Foco, 2024.

DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *A justiça constitucional no sistema brasileiro de justiça multiportas*. Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência, v. 50, n. 154, p. 145–183, jun., 2023.

DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. *Introdução à Justiça Multiportas: Sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à Justiça no Brasil*. São Paulo: JusPodivm, 2024.

FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdição e consenso*. Revista brasileira de estudos constitucionais: RBEC/Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, Fórum, 2007. Referência: v. 4, n. 16, p. 151–164, out./dez., 2010.

FISS, Owen. Contra o acordo. In: FISS, Owen. *Um novo processo civil*: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Coord. Trad. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FREITAS, Pedro Augusto Silveira. *Autogestão normativa no processo civil brasileiro*: limites e possibilidade da contratualização do sentido do direito por meio de “acordos de direito aplicável”. Revista dos tribunais, v. 110, n. 1028, p. 265–306, jun., 2021.

FREITAS, Pedro Augusto Silveira. *Da liberdade do dissenso à virtuosidade do consenso*: a contratualização do sentido do direito na formação do precedente judicial consensual. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, año 2, vol. 2, p. 643-711, julio-diciembre, 2023.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário*: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos. São Paulo, 2011. 274 f. Tese (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

GALANTER, Marc. *Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão*. Trad. João Eberhardt Francisco, Maria Cecília de Araújo Asperti e Susana Henriques da Costa. Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 2, n. 1, 2 jan. 2015.

GALANTER, Marc. *Por que “quem tem” sai na frente*: especulações sobre os limites da transformação no direito. Trad. Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*: racionalidade da ação e racionalização social. v. 01. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*: sobre a crítica da razão funcionalista. v. 02. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

MENDES, Conrado Hübner. *A Constituição não aceita negociar*: direito constitunegocial brasileiro busca esvaziar direitos fundamentais no STF. Folha de São Paulo, 24 abr. 2024. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/>

conrado-hubner-mendes/2024/04/a-constituicao-nao-aceita-negociar.shtml?p-wgt=kuo1zo1pjklunibcbmbky9xjpnirlfkdzj38vj3hgvdqx7gi&utm\_source=whatsapp&utm\_medium=social&utm\_campaign=compwagift>. Acesso em: 19 dez. 2024.

MENDES, Conrado Hübner. *Ao Supremo, com carinho. Da sua Constituição: STF não pode empurrar jabuti legislativo do Brasil colônia*. Folha de São Paulo, 19 fev. 2025. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2025/02/ao-supremo-com-carinho-da-sua-constituicao.shtml>> Acesso em: 15 mai. 2025.

MENDES, Conrado Hübner. *Quer negociar seu direito comigo?* STF tenta transformar direito fundamental indígena em escambo. Folha de São Paulo, 24 jul. 2024. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2024/07/stf-tenta-transformar-direito-fundamental-indigena-em-escambo.shtml>>. Acesso em: 19 dez. 2024.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Alexandre de. *A imprescindível contribuição de José Celso de Mello Filho para a efetividade da jurisdição constitucional brasileira em defesa dos direitos fundamentais*. Revista de direito administrativo: RDA., n. 264, p. 57–89, set./dez., 2013.

NAVARRO, Trícia. *Justiça multiportas*. Indaiatuba: Foco, 2024.

PINTO, Marcos Barbosa. *Constituição e Democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e constitucionalidade*. Belo Horizonte: Editora Lê, 1991.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

STRECK, Lenio Luiz. *O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais*. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Escola de Direito, v. 35, n. 95, p. 49–86, 2002.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos. In: WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídicas justa: conceito atuali-*

zado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

ZANETI JR., Hermes; BERDEAL, Francisco Martinez; COURA, Alexandre de Castro; ANDRADE, Luciana Gomes Ferreira de. Autocomposição e controle de constitucionalidade: relatório do projeto e dos resultados alcançados pelo Ministério Público do Espírito Santo. In: SARRUBBO, Mario Luiz (Coord.) [et al]. *Ministério Público Estratégico: resolução consensual e tratamento adequado dos conflitos, controvérsias e problemas na tutela de direitos fundamentais pelo ministério público*. v. 08. Indaiatuba: Foco, 2024.

ZANETI JR., Hermes; BERDEAL, Francisco Martinez; LINO, Daniela Bermudes. Autocomposição em controle de constitucionalidade. In: ZANETI JR., Hermes (Org.) [et. al]. *Ministério Público e justiça multiportas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

Recebido em: 08/11/2024

Aprovado em: 25/06/2025



# CATÁLOGO DE TÓPICOS SOBRE DERECHOS DEL NIÑO: LUGARES COMUNES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

## CATÁLOGO DE TÓPICOS SOBRE DIREITOS DA CRIANÇA: LUGARES COMUNS NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

### CATALOGUE OF TOPICS ON CHILDREN'S RIGHTS: COMMONPLACES IN THE JURISPRUDENCE OF THE INTER AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

SERGIO DANIEL RUIZ DÍAZ ARCE \*

#### RESUMEN

En este artículo se analiza la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), a fin de determinar la funcionalidad de los tópicos —catálogo de tópicos— comúnmente utilizados por el Tribunal para elaborar sus argumentaciones en los casos que involucran derechos del niño. Para ello fue realizada una búsqueda en la base de datos de la Corte IDH entre los años 1999 y 2023, a fin de identificar las sentencias de los casos contenciosos que se refieren a esta materia y el uso de un catálogo de tópicos frente a un conjunto de problemas. En cuanto a la relevancia de estos **tópicos especiales** en las argumentaciones producidas, se observa que la Corte IDH las utiliza para describir a las medidas de protección destinadas a este grupo de personas —respuesta del ordenamiento jurídico interamericano—, así como también, para ofrecer una estructura que permita la comprensión y estudio de los derechos del niño en su jurisprudencia.

**PALABRAS CLAVE:** Derechos del niño. Jurisprudencia. Argumentación jurídica. Corte IDH.

#### RESUMO

*Este artigo analisa a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) a fim de determinar a funcionalidade dos tópicos —catálogo de tópicos— comumente utilizados pela Corte para desenvolver seus argumentos em casos referentes aos direitos da criança. Para tanto, foi realizada uma pesquisa na base de dados da Corte IDH entre os anos 1999 e 2023, a fim de identificar as sentenças dos casos contenciosos que se referem a esse assunto e o uso de um catálogo de tópicos em relação a um conjunto de problemas. Com relação à relevância desses tópicos especiais nos argumentos produzidos, observa-se que a Corte IDH os utiliza para descrever as medidas de proteção destinadas a esse grupo de pessoas —resposta do sistema jurídico interamericano—, bem como para oferecer uma estrutura que permite a compreensão e o estudo dos direitos da criança em sua jurisprudência.*

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos da criança. Jurisprudência. Argumentação jurídica. Corte IDH.

\* Doutor e Mestre em Direito, pela Universidade de Brasília (UnB). Centro de Investigação em Justiça e Governança (JusGov), Escola de Direito da Universidade do Minho (UMINHO), Portugal. E-mail: sergioruizar@direito.uminho.pt. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6610-1638>.

**ABSTRACT**

*This article analyses the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) in order to determine the functionality of the topics —catalogue of topics— commonly used by the Court to elaborate its arguments in cases affecting children's rights. To this end, a search was carried out in the Court's database between 1999 and 2023 to identify judgments that refer to children's rights and the use of a catalogue of topics in relation to a set of problems. Regarding the relevance of these special topics in the arguments produced, it is observed that the IACHR uses them to describe the protection measures aimed at this group of people —response of the Inter-American legal system— as well as to offer a structure that allows for the understanding and study of children's rights in its jurisprudence.*

**KEYWORDS:** *Rights of the child. Jurisprudence. Legal argumentation. Inter-American Court of Human Rights.*

**1. INTRODUCCIÓN**

La respuesta del Derecho a la protección de los niños, las niñas y los adolescentes en el *ámbito del* Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) es la protección especializada, o bien, las medidas de protección referidas en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que señala “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”<sup>1</sup>. Sin embargo, debido a que esta respuesta se caracteriza por su amplio contenido y grado de indeterminación, la aplicación de estas medidas de protección ha requerido una constante labor argumentativa por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el análisis de las sentencias de los casos contenciosos.

La Corte IDH, a través de su jurisprudencia, ha desarrollado a lo largo de los últimos veinte años toda una estructura para la comprensión y el abordaje de problemas que afectan derechos del niño<sup>2</sup> a partir de esta respuesta normativa, en que las denominadas medidas de protección han adquirido variados significados y han sido orientadas hacia distintas direcciones en las sentencias de los casos contenciosos. En ese sentido, en la jurisprudencia de este Tribunal se observa que las medidas de protección están relacionadas con una serie de tópicos en constante movimiento, que auxilian y describen estas medidas para encontrar soluciones en los casos que son analizados. De esta manera, el contenido amplio y abstracto de las medidas de protección adquieren funcionali-

1 STEINER; FUCHS (ed.), 2019, p. 448; ALMEIDA, 2022, p. 390.

2 Se utiliza la denominación “derechos del niño” para designar al conjunto de derechos que posee la población de personas menores de dieciocho años de edad, es decir, niños, niñas y adolescentes. Según la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), en su artículo 1, “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Este entendimiento también ha sido adoptado en la jurisprudencia de la Corte IDH desde la sentencia del *Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 63, 19 de noviembre de 1999, párr. 188.

dad cuando se encuentra frente a un problema o a un conjunto de problemas que permean este campo especializado del Derecho. Por tanto, el contenido y alcance de las medidas de protección en la jurisprudencia de la Corte IDH se hallan representados en las sentencias de los casos contenciosos por medio de los siguientes tópicos —catálogo de tópicos—: interés superior del niño, medidas especiales de protección, protección del núcleo familiar, e igualdad fundada en la especialidad.

Si bien estos lugares comunes son utilizados como elementos para la descripción y determinación del amplio contenido y alcance de las medidas de protección, se percibe a su vez que, dichas premisas que conforman el catálogo de tópicos también poseen un cierto grado de abstracción e indeterminación. Para ello, resulta adecuado analizar la funcionalidad de estos tópicos especiales desde una perspectiva pragmática y en su relación con los problemas, cuya actividad acontece en el discurso argumentativo. Asimismo, por medio de la funcionalidad de los tópicos, conforme criterios de análisis preestablecidos, se podrá acceder a una comprensión más aproximada sobre las medidas de protección para los niños, niñas y adolescentes en el ámbito del SIDH.

## 2. METODOLOGÍA: CONTENIDO Y ORIENTACIÓN DE LOS TÓPICOS

Aunque una de las principales discusiones en el campo de la filosofía del derecho —desde inicio del siglo XX— es en torno al derecho como ciencia, son pocos los autores que han discutido acerca de los métodos lógico-jurídicos utilizados para fundamentar científicamente al derecho como un sistema cerrado y moldeado axiomáticamente. En ese contexto, Theodor Viehweg escribe en 1953 su obra titulada “Tópica y Jurisprudencia”<sup>3</sup>, trabajo que posteriormente se convertiría en base teórica de distintas corrientes de la argumentación jurídica<sup>4</sup>. A través del rescate de la tópica —retomando a Aristóteles, Cicerón y Vico—, Viehweg parte de la reivindicación de un pensamiento tópico para comprender y responder los problemas jurídicos<sup>5</sup>, la cual realiza a través del descubrimiento y el examen de las premisas, en contraposición al pensamiento lógico demostrativo que utiliza las premisas para elaborar cadenas deductivas.

La tópica es una técnica de pensamiento problemático que fue desenvuelta por la retórica y que es desarrollo de una contextura espiritual, que incluso

3 Acerca de *Topik und Jurisprudenz*, título en alemán, puede decirse que constituye la principal obra de Theodor Viehweg. Para esta investigación fue utilizada la versión en lengua castellana de 1964, traducida por Luis Díez-Picazo, que posteriormente obtuvo una segunda edición en el año 2007. Como es bien destacado por Roesler (2013), a pesar de ser un libro relativamente pequeño, la repercusión de este libro desde su publicación lo llevó a ser considerado como referencia de la filosofía del derecho en la segunda mitad del siglo XX.

4 ATIENZA, 2005, p. 35.

5 VIEHWEG, 1997, p. 196.

en sus particularidades se distingue en una forma inequívoca del espíritu deductivo sistemático.<sup>6</sup>

Por tanto, la tópica no centra su interés en conocer si una premisa es verdadera o falsa, sino en que la misma esté válidamente estructurada y que permita proceder formalmente de una a otra —la centralidad está en el problema—. En este sentido, la discusión principal que lleva a cabo este autor tiene que ver con la existencia en el derecho de un problema central o de una “aporía fundamental” que se resume en conocer “¿qué es lo justo cada vez aquí y ahora?”. Por ello señala que, la búsqueda de premisas —*ars inveniendi*— en el campo del derecho no debe ceñirse únicamente a un conjunto de normas positivas que hay que asumir, obedecer y aplicar. Y, por consiguiente, si toda la estructura jurídica se centra en la necesidad de resolver problemas —casos concretos—, la estructura de la jurisprudencia sólo puede estar determinada desde el problema.<sup>7</sup>

Para los fines de esta investigación, la noción de tópico puede ser entendida de la siguiente manera: una premisa que transita entre el problema y la respuesta por medio de una argumentación, y que se encuentra dentro de un sistema jurídico. De este modo, son considerados como tópicos aquellos lugares comunes utilizados por la Corte IDH para ofrecer respuestas a un determinado conjunto de problemas en una disciplina jurídica específica. Por tanto, estos pueden ser entendidos como: aquellos lugares que son propios de la disciplina específica; aquellos que pueden ayudar a obtener conclusiones dentro de un círculo específico de problemas; aquellos que sirven como punto de partida para auxiliar en discusiones propias de la materia o guiar hacia una respuesta; y aquellos que gozan de una amplia aceptación debido a que son resultado de una práctica argumentativa consensual.

De este modo es necesario verificar la funcionalidad del catálogo de tópicos teniendo en cuenta: 1. la orientación del contenido de los tópicos; 2. la relación del catálogo de tópicos con un conjunto de problemas para guiar hacia una respuesta; y 3. la capacidad de establecer consensos argumentativos sobre determinados temas en materia de derechos del niño.

Para identificar los tópicos en las sentencias de los casos contenciosos de la Corte IDH<sup>8</sup>, la técnica de recolección de datos consistió en una búsqueda en la base de datos de este Tribunal entre los años 1999 y 2023, a fin de identificar todas las decisiones que abordan cuestiones que afectan derechos del niño en ese

6 VIEHWEG, 2007, p. 28.

7 Cabe mencionar que la noción de tópicos desarrollada por Viehweg ha traído también una serie de cuestionamientos en torno a la ambigüedad y amplitud de este, los cuales pueden ser resumidos en tres aspectos citados por García Amado (1988, p. 90) en su crítica alrededor de dicho concepto: *topoi*, aporía, y actividad argumentativa, o bien, sobre sus imprecisiones conceptuales, su relación con la lógica y la cuestión de justicia, como es señalado por Atienza (2005, p. 37-42).

8 SALVIOLI, 2020, p. 246.

periodo de tiempo. Una vez examinadas estas sentencias, fueron identificados los siguientes tópicos —catálogo de tópicos— comúnmente utilizados por la Corte IDH para analizar los problemas en materia de niñez y adolescencia: interés superior del niño, medidas especiales de protección, protección del núcleo familiar, e igualdad fundada en la especialidad. Posteriormente, y a fin de determinar la funcionalidad del catálogo de tópicos en relación con los problemas suscitados en los casos particulares, fue identificada la orientación de cada uno de estos *topoi*:

**Tabla 1. Orientación de los tópicos especiales en la jurisprudencia de la Corte IDH**

Tópico	Orientación
Interés superior del niño	Derecho sustantivo
	Principio de interpretación
	Norma de procedimiento
Medidas especiales de protección	Condiciones de vida digna
	Protección judicial
Protección del núcleo familiar	Injerencia arbitraria en la vida familiar
	Separación ilegal del niño de su familia
Igualdad fundada en la especialidad	Derecho adicional de las personas menores de edad
	Tratamiento igualitario en el acceso a la justicia

Fuente: elaboración propia

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH, el interés superior del niño es un principio fundado en la dignidad humana y en las características propias del niño; un marco rector para la elaboración y aplicación de normas en materia de niñez y adolescencia, teniendo en consideración el desarrollo —físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social— del niño y el ejercicio pleno de sus derechos; y una norma de procedimiento. Sobre este último, porque para asegurar la prevalencia del mismo se requiere de cuidados especiales, así como la participación del niño —en la medida de lo posible— en los procesos administrativos y judiciales que sus derechos se vean afectados.

Con relación a las medidas especiales de protección, que no deben ser confundidas con las medidas de protección en sentido amplio, estas se orientan a garantizar condiciones de vida digna y a asegurar la protección judicial de las personas menores de edad. Sobre la primera, esta consiste en evitar situaciones de riesgo o peligro, así como también, garantizar el acceso a los denominados Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA). En cuanto a la segunda, esta se refiere a la amplia protección de las personas menores de edad cuando estos se encuentran en conflicto con la ley penal, ya sea durante los procedimientos judiciales o administrativos en que estos participan o en las acciones adoptadas para garantizar el pleno goce de todos sus derechos durante la custodia estatal.

El tópico protección del núcleo familiar consiste en una obligación estatal para asegurar el desarrollo y la fortaleza de este vínculo primario de protección de los derechos del niño. De este modo, la protección del núcleo familiar está orientada a mantener vínculos biológicos, afectivos, culturales y de identidad, resguardando a los niños, niñas y adolescentes de situaciones o contextos provocados por el Estado.

Por último, la igualdad fundada en la especialidad se refiere a la protección de los derechos del niño en todos aquellos procedimientos en los cuales estén involucrados para que sus derechos no se vean limitados o restringidos por su condición de persona menor de edad. De esta manera, la igualdad fundada en la especialidad implica la necesidad de garantizar los derechos del niño en todos los ámbitos de sus relaciones, debido a la condición de vulnerabilidad absoluta en que estos se encuentran.

En cuanto a los límites de la metodología empleada, es importante señalar que el uso de la tópicos en esta investigación y, por tanto, las conclusiones obtenidas a partir de su estudio no tienen una pretensión apodíctica, demostrativa, o inclusive prescriptiva. Es decir, estas corresponden al análisis de los argumentos dados por la Corte IDH en una serie de casos seleccionados, dentro de un determinado ordenamiento jurídico, y a partir de un círculo de problemas específicos que afectan a una disciplina especializada del derecho<sup>9</sup>.

### 3. USO DE *TOPOI* EN EL ABORDAJE DE PROBLEMAS

Una vez determinada la orientación de los *topoi* en la jurisprudencia de la Corte IDH, se propone ahora verificar su desempeño a partir de su relación con los problemas analizados en las sentencias contenciosas del Tribunal<sup>10</sup> durante

9 De acuerdo con Viehweg (2007, p. 39), en referencia al uso de la tópicos como técnica para lo dialéctico, “el derecho se ocupa, no de la justicia general, sino de la justicia particular, de acuerdo con la cual el juez despliega su prudencia en orden a la solución de problemas concretos”.

10 RUIZ DÍAZ ARCE, 2023, p. 370.

el periodo 2002-2023. En cuanto a los tipos de problemas identificados en estas sentencias, estos fueron clasificados en cuatro grupos: 1. Situación de riesgo o peligro (violencia institucional y acceso a los DESCA); 2. Conflicto con la ley penal (procedimientos judiciales o administrativos y custodia estatal); 3. Separación familiar (adopción, guarda y custodia irregular; y violencia institucional); y 4. Discriminación (acceso a la justicia y condición particular o situación en que se encuentra).

Al examinar las decisiones de la Corte IDH se observa la flexibilidad del catálogo de tópicos al momento de su aplicación, permitiendo inclusive, inferir sus orientaciones ante determinados tipos de problemas. Ahora bien, en cada caso particular los problemas adquieren sus propios matices y por consiguiente la orientación tópica requiere siempre de una adaptación ante la situación presentada, debido que los tópicos no poseen la misma función de una premisa verdadera que se encuentra dentro de un sistema lógico formal. No obstante, la Corte IDH por medio de su jurisprudencia ha considerado apropiado colocar un cierto contenido —aproximado y provisorio— a estos tópicos para direccionar su uso, facilitar su comprensión y servir como herramienta durante la actividad argumentativa.

Esta caracterización, o bien las representaciones dadas a los *topoi* en el abordaje de problemas pueden ser llamadas de fórmulas o enunciados argumentativos que se encuentran presentes en la jurisprudencia sobre derechos del niño de la Corte IDH. Para ello, se procedió al análisis de las sentencias de los casos contenciosos, en el cual fueron halladas las siguientes fórmulas argumentativas (*fa*):

**Tabla 2. Catálogo de tópicos y fórmulas argumentativas utilizadas por la Corte IDH**

Tópico	Fórmula argumentativa ( <i>fa</i> )	Descripción
Interés Superior del Niño (ISN)	<i>fa-isn1</i>	El Estado debe asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas o cuidados especiales orientados en el principio del interés superior del niño <sup>11</sup> . A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos <sup>12</sup> .

- 11 Cfr. Corte IDH, *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 112, 2 de septiembre de 2004, párr. 160. *Ídem*, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 125, 17 de junio de 2005, párr. 172. *Ídem*, *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 152, 21 de septiembre de 2006, párr. 116. *Ídem*, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 146, 29 de marzo de 2006, párr. 177. *Ídem*, *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 212, 25 de mayo de 2010, párr. 164. *Ídem*, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 216, 31 de agosto de 2010, párr. 201. *Ídem*, *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 237, 24 de noviembre de 2011, párr. 55. *Ídem*, *Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 248, 3 de septiembre de 2012, párr. 226. *Ídem*, *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 250, 4 de septiembre de 2012, párr. 142. *Ídem*, *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Serie C No. 260, 14 de mayo de 2013, párr. 191. *Ídem*, *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 281, 27 de agosto de 2014, párr. 182. *Ídem*, *Caso Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 352, 13 de marzo de 2018, párr. 193. *Ídem*, *Caso Noguera y otra vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 401, 9 de marzo de 2020, párr. 68. *Ídem*, *Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 405, 24 de junio de 2020, párr. 116.
- 12 Cfr. Corte IDH, *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Serie C No. 260, 14 de mayo de 2013, párr. 143. *Ídem*, *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 277, 19 de mayo de 2014, párr. 133. *Ídem*, *Caso Mota Abarullo y otros vs. Venezuela*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 417, 18 de noviembre de 2020, párr. 91.



	<i>fa-isn2</i>	El aplicador del derecho sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas de la persona menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos <sup>13</sup> .
	<i>fa-isn3</i>	La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a personas menores de edad <sup>14</sup> .

- 13 Cfr. Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 239, 24 de febrero de 2012, párr. 199. *Ídem*, *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 246, 31 de agosto de 2012, párr. 230. *Ídem*, *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Serie C No. 260, 14 de mayo de 2013, párr. 143. *Ídem*, *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 351, 9 de marzo de 2018, párr. 172. *Ídem*, *Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 350, 8 de marzo de 2018, párr. 164.
- 14 Cfr. Corte IDH, *Caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 130, 8 de septiembre de 2005, párr. 134. *Ídem*, *Caso Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 211, 24 de noviembre de 2009, párr. 184. *Ídem*, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 205, 16 de noviembre de 2009, párr. 408. *Ídem*, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 214, 24 de agosto de 2010, párr. 257. *Ídem*, *Caso Fornerón e Hija vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 242, 27 de abril de 2012, párr. 49. *Ídem*, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 239, 24 de febrero de 2012, párr. 108. *Ídem*, *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 246, 31 de agosto de 2012, párr. 126. *Ídem*, *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 250, 4 de septiembre de 2012, párr. 120. *Ídem*, *Caso Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Reparaciones y Costas, Serie C No. 270, 20 de noviembre de 2013, párr. 328. *Ídem*, *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 298, 01 de septiembre de 2015, párr. 268. *Ídem*, *Caso López y otros vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 396, 25 de noviembre de 2019, párr. 172.

	fa-isn4	Cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades <sup>15</sup>
--	---------	--

- 15 Cfr. Corte IDH, *Caso Bulacio vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 100, 18 de septiembre de 2003, párr. 134. *Ídem*, *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 110, 8 de julio de 2004, párr. 163. *Ídem*, *Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 134, 15 de septiembre de 2005, párr. 152. *Ídem*, *Caso Masacres de Ituango vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 158, 1 de julio de 2006, párr. 244. *Ídem*, *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 212, 25 de mayo de 2010, párr. 164. *Ídem*, *Caso Fornerón e Hija vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 242, 27 de abril de 2012, párr. 49. *Ídem*, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 239, 24 de febrero de 2012, párr. 108. *Ídem*, *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 246, 31 de agosto de 2012, párr. 126. *Ídem*, *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 250, 4 de septiembre de 2012, párr. 142. *Ídem*, *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Serie C No. 260, 14 de mayo de 2013, párr. 142. *Ídem*, *Caso Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Reparaciones y Costas, Serie C No. 270, 20 de noviembre de 2013, párr. 328. *Ídem*, *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 272, 25 de noviembre de 2013, párr. 218. *Ídem*, *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 298, 01 de septiembre de 2015, párr. 268. *Ídem*, *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 351, 9 de marzo de 2018, párr. 152.

	fa-isn5	La obligación de proteger el interés superior de los niños y niñas durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados puede implicar, <i>inter alia</i> , lo siguiente: i) suministrar la información e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con sus necesidades; ii) asegurar especialmente en casos en los cuales niños o niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, y iii) procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño <sup>16</sup> .
	fa-isn6	Toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o una niña, debe tomar en cuenta el principio del interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia <sup>17</sup> .

16 Cfr. Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 216, 31 de agosto de 2010, párr. 201. *Ídem*, *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 237, 24 de noviembre de 2011, párr. 55. *Ídem*, *Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 350, 8 de marzo de 2018, párr. 158.

17 Cfr. Corte IDH, *Caso Fornerón e Hija vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 242, 27 de abril de 2012, párr. 48. *Ídem*, *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 246, 31 de agosto de 2012,

Medidas Especiales de Protección (MEP)	<i>fa-mep1</i>	El amplio <i>corpus juris</i> de protección de los derechos del niño permite precisar, en variadas direcciones, los alcances de las medidas de protección a que alude el artículo 19 de la CADH. Entre ellas merecen ser destacadas las referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación <sup>18</sup> . [Asimismo], las referentes a la prohibición de la tortura y a las condiciones que deben observarse en casos de privación de la libertad de niños <sup>19</sup> .
--	----------------	---

párr. 126. *Ídem*, *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Serie C No. 260, 14 de mayo de 2013, párr. 142. *Ídem*, *Caso Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Reparaciones y Costas, Serie C No. 270, 20 de noviembre de 2013, párr. 328. *Ídem*, *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 272, 25 de noviembre de 2013, párr. 218. *Ídem*, *Caso Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 282, 28 de agosto de 2014, párr. 269. *Ídem*, *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 351, 9 de marzo de 2018, párr. 152.

- 18 Cfr. Corte IDH, *Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 63, 19 de noviembre de 1999, párr. 194-196. *Ídem*, *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 152, 21 de septiembre de 2006, párr. 114. También se hizo alusión en este caso a las Directrices de Riad y a Reglas de Beijing en relación a niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal.
- 19 Cfr. Corte IDH, *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 110, 8 de julio de 2004, párr. 168. *Ídem*, *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 237, 24 de noviembre de 2011, párr. 55. *Ídem*, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 252, 25 de octubre de 2012, párr. 150. *Ídem*, *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 299, 1 de septiembre de 2015, párr. 191.

	<i>fa-mep2</i>	En materia de derecho a la vida, el Estado tiene además de las obligaciones señaladas para toda persona, una obligación adicional establecida en el artículo 19 de la CADH. [Estas incluyen]: cuando el Estado se encuentra en presencia de niños privados de libertad, y las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad, puesto que ese derecho no se ha extinguido ni restringido por su situación de detención o prisión <sup>20</sup> .
	<i>fa-mep3</i>	En materia de derecho a la vida, el Estado tiene además de las obligaciones señaladas para toda persona, una obligación adicional establecida en el artículo 19 de la CADH. [Estas incluyen]: proveer condiciones básicas orientadas a asegurar que la situación de vulnerabilidad en que se encuentran no limitará su desarrollo o destruirá sus proyectos de vida <sup>21</sup> .

20 Cfr. Corte IDH, *Caso Instituto de Reeduación del Menor vs. Paraguay*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 112, 2 de septiembre de 2004, párr. 160. *Ídem*, *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 281, 27 de agosto de 2014, párr. 182.

21 Cfr. Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 125, 17 de junio de 2005, párr. 172. *Ídem*, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 146, 29 de marzo de 2006, párr. 177.

Protección del Núcleo Familiar (PNF)	<i>fa-pnf1</i>	En principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Por ende, la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales <sup>22</sup> .
	<i>fa-pnf2</i>	El niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño <sup>23</sup> .

- 22 Cfr. Corte IDH, *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 212, 25 de mayo de 2010, párr. 157. *Ídem*, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Serie C No. 221, 24 de febrero de 2011, párr. 125. *Ídem*, *Caso Fornerón e Hija vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 242, 27 de abril de 2012, párr. 116. *Ídem*, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 239, 24 de febrero de 2012, párr. 169.
- 23 Cfr. Corte IDH, *Caso Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 211, 24 de noviembre de 2009, párr. 188. *Ídem*, *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 212, 25 de mayo de 2010, párr. 157. *Ídem*, *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 232, 31 de agosto de 2011, párr. 107. *Ídem*, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Serie C No. 221, 24 de febrero de 2011, párr. 126. *Ídem*, *Caso López y otros vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 396, 25 de noviembre de 2019, párr. 98.

Igualdad fundada en la especialidad (IFE)	fa-ife1	Los casos en los cuales las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños revisten especial gravedad, debido que sus derechos se encuentran recogidos no sólo en la CADH, sino también en numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, entre los cuales destaca la CDN, que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción <sup>24</sup> .
---	---------	--

- 24 Cfr. Corte IDH, *Caso Bulacio vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 100, 18 de septiembre de 2003, párr. 133. *Ídem*, *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 110, 8 de julio de 2004, párr. 162. *Ídem*, *Caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 130, 8 de septiembre de 2005, párr. 134. *Ídem*, *Caso Masacres de Ituango vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 158, 1 de julio de 2006, párr. 244. *Ídem*, *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Serie C No. 259, 30 de noviembre de 2012, párr. 192. *Ídem*, *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 277, 19 de mayo de 2014, párr. 133. *Ídem*, *Caso Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 282, 28 de agosto de 2014, párr. 269. *Ídem*, *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 306, 17 de noviembre de 2015, párr. 117. *Ídem*, *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 318, 20 octubre de 2016, párr. 407.

	fa-ife2	El concepto medidas de protección puede ser interpretado tomando en cuenta otras disposiciones. [Según el Tribunal] al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste, sino también el sistema dentro del cual se inscribe <sup>25</sup> . [Por tanto] esta disposición debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial <sup>26</sup> .
--	---------	--

Fuente: elaboración propia

Cabe señalar que estas denominadas fórmulas argumentativas utilizadas por la Corte IDH no deben ser confundidas con premisas verdaderas que una vez aplicadas permiten obtener una conclusión, como ocurre dentro de un procedimiento lógico-cartesiano. Sin embargo, estos enunciados constituyen una representación parcial y frecuente —en un momento histórico determinado— de los tópicos de esta disciplina especializada del derecho cuando los mismos

- 
- 25 Cfr. Corte IDH, *Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 63, 19 de noviembre de 1999, párr. 192. *Ídem*, *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 110, 8 de julio de 2004, párr. 164. *Ídem*, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Serie C No. 221, 24 de febrero de 2011, párr. 121.
- 26 Cfr. Corte IDH, *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 112, 2 de septiembre de 2004, párr. 147. *Ídem*, *Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 134, 15 de septiembre de 2005, párr. 152. *Ídem*, *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 152, 21 de septiembre de 2006, párr. 113. *Ídem*, *Caso Masacres de Ituango vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 158, 1 de julio de 2006, párr. 244. *Ídem*, *Caso Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 211, 24 de noviembre de 2009, párr. 184. *Ídem*, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 205, 16 de noviembre de 2009, párr. 408. *Ídem*, *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 212, 25 de mayo de 2010, párr. 164. *Ídem*, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 214, 24 de agosto de 2010, párr. 257. *Ídem*, *Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 248, 3 de septiembre de 2012, párr. 226. *Ídem*, *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 250, 4 de septiembre de 2012, párr. 142. *Ídem*, *Caso Noguera y otra vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 401, 9 de marzo de 2020, párr. 68. *Ídem*, *Caso Vera Rojas y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 439, 01 de octubre de 2021, párr. 104.



se deparan frente a un problema o un conjunto de problemas. Por tanto, si bien las fórmulas argumentativas aquí identificadas tampoco son definiciones o conclusiones precisas de nuestro catálogo de tópicos, el uso constante de las mismas en la jurisprudencia demuestra su utilidad cuando el Tribunal necesita referirse a dichos *topoi* en sus decisiones y ofrecer una respuesta ante el problema suscitado.

Para ello, la funcionalidad de nuestro catálogo de tópicos en las sentencias de los casos contenciosos de la Corte IDH, y con relación a un **círculo de problemas propuestos**<sup>27</sup>, fue clasificada de la siguiente forma:

**Tabla 3. Funcionalidad del catálogo de tópicos en la jurisprudencia sobre derechos del niño de la Corte IDH**

Año	Caso	Problema	Sub-problema	Tópico	Orientación	Fórmula argumentativa
1999	<i>Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala</i>	P1	P1b	MEP	Condiciones de vida digna	<i>fa-mep1</i>
			P1a	IFE	Derecho adicional	<i>fa-ife2</i>
		P2	P2a	MEP	Protección judicial	<i>fa-mep1</i>
2003	<i>Bulacio vs. Argentina</i>	P1	P1a	MEP	Protección judicial	
				IFE	Tratamiento ante la ley	<i>fa-ife2</i>
				ISN	Principio de interpretación	<i>fa-isn4</i>

27 Conforme la clasificación problemas se tiene: P1 (situación de riesgo o peligro) y a su vez P1a (violencia institucional) o P1b (acceso a los DESCAs); P2 (conflicto con la ley penal) y a su vez P2a (procedimientos judiciales o administrativos) o P2b (custodia estatal); P3 (separación familiar) y a su vez P3a (adopción, guarda y custodia irregular) o P3b (violencia institucional); P4 (discriminación) y a su vez P4a (acceso a la justicia) o P4b (condición particular o situación en que se encuentra).

2004	<i>Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú</i>	P1	P1a	MEP	Protección judicial	<i>fa-mep1</i>
				IFE	Tratamiento ante la ley	<i>fa-ife1</i>
					Derecho adicional	<i>fa-ife2</i>
				ISN	Principio de interpretación	<i>fa-isn4</i>
	<i>Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay</i>	P1	P1b	MEP	Condiciones de vida digna	<i>fa-mep2</i>
				IFE	Derecho adicional	<i>fa-ife2</i>
		P2	P2b	MEP	Protección judicial	
				ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-isn1</i>
	<i>Molina Theissen vs. Guatemala</i>	P1	P1a	MEP	Condiciones de vida digna	
				ISN	Principio de interpretación	<i>fa-isn4</i>
	<i>Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador</i>	P1	P1a	MEP	Condiciones de vida digna	
	<i>Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala</i>	P1	P1a	MEP	Condiciones de vida digna	
2005	<i>Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay</i>	P1	P1b	MEP	Condiciones de vida digna	<i>fa-mep3</i>
				ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-isn1</i>
	<i>Masacre de Mapiripán vs. Colombia</i>	P1	P1a	ISN	Principio interpretativo	<i>fa-isn4</i>
				MEP	Condiciones de vida digna	
				IFE	Derecho adicional	<i>fa-ife2</i>
	<i>Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana</i>	P4	P4b	ISN	Principio interpretativo	<i>fa-isn3</i>
				IFE	Tratamiento ante la ley	<i>fa-ife1</i>

2006	<i>Servellón García y otros vs. Honduras</i>	P1	P1a	MEP	Condiciones de vida digna	<i>fa-mep1</i>
			P1b	IFE	Derecho adicional	<i>fa-ife2</i>
				ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-isn1</i>
	<i>Comunidad Indígena Sawboyamaxa vs. Paraguay</i>	P1	P1b	MEP	Condiciones de vida digna	<i>fa-mep3</i>
				ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-isn1</i>
	<i>Vargas Areco vs. Paraguay</i>	P1	P1a	MEP	Condiciones de vida digna	
	<i>Masacres de Ituango vs. Colombia</i>	P1	P1a	MEP	Condiciones de vida digna	
				ISN	Principio interpretativo	<i>fa-isn3</i>
				IFE	Tratamiento ante la ley	<i>fa-ife1</i>
					Derecho adicional	<i>fa-ife2</i>
	<i>Tiu Tojín vs. Guatemala</i>	P1	P1a			
2009	<i>Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala</i>	P3	P3b	PNF	Contra injerencias arbitrarias	<i>fa-pnf2</i>
				IFE	Derecho adicional	<i>fa-ife2</i>
				ISN	Principio interpretativo	<i>fa-isn3</i>
	<i>González y otras (Campo Algodonero) vs. México</i>	P4	P4b	MEP	Condiciones de vida digna	
				IFE	Derecho adicional	<i>fa-ife2</i>
				ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-isn3</i>

2010	<i>Chitay Nech y otros vs. Guatemala</i>	P1	P1b	MEP	Condiciones de vida digna	
				IFE	Derecho adicional	<i>fa-ife2</i>
				ISN	Principio interpretativo	<i>fa-isn4</i>
					Derecho sustantivo	<i>fa-isn1</i>
		P3	P3b	PNF	Separación ilegal	<i>fa-pnf1</i>
					Contra injerencias arbitrarias	<i>fa-pnf2</i>
	<i>Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay</i>	P1	P1b	MEP	Condiciones de vida digna	
				IFE	Derecho adicional	<i>fa-ife2</i>
				ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-isn3</i>
	<i>Rosendo Cantú y otra vs. México</i>	P1	P1a	MEP	Condiciones de vida digna	
					Protección Judicial	
		P4	P4a	ISN	Norma de procedimiento	<i>fa-isn5</i>
			P4b		Derecho sustantivo	<i>fa-isn1</i>
2011	<i>Contreras y otros vs. El Salvador</i>	P1	P1a	MEP	Condiciones de vida digna	
		P3	P3b	PNF	Contra injerencias arbitrarias	<i>fa-pnf2</i>
				ISN	Principio de interpretación	<i>fa-isn4</i>
	<i>Gelman vs. Uruguay</i>	P3	P3b	PNF	Separación ilegal	<i>fa-pnf1</i>
					Contra injerencias arbitrarias	<i>fa-pnf2</i>
				IFE	Derecho adicional	<i>fa-ife2</i>
	<i>Familia Barrios vs. Venezuela</i>	P1	P1a	MEP	Protección judicial	<i>fa-mep1</i>
				ISN	Norma de procedimiento	<i>fa-isn5</i>
					Derecho sustantivo	<i>fa-isn1</i>

2012	<i>Fornerón e Hija vs. Argentina</i>	P3	P3a	PNF	Separación ilegal	<i>fa-pnf1</i>
				MEP	Protección judicial	
				ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-isn3</i>
					Principio interpretativo	<i>fa-isn4</i>
					Norma de procedimiento	<i>fa-isn6</i>
	<i>Atala Riffo y Niñas vs. Chile</i>	P3	P3a	PNF	Separación ilegal	<i>fa-pnf1</i>
				MEP	Protección judicial	
				ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-isn3</i> <i>fa-isn2</i>
					Principio interpretativo	<i>fa-isn4</i>
		P4	P4a			
	<i>Furlan y Familiares vs. Argentina</i>	P4	P4a	ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-isn3</i> <i>fa-isn2</i>
					Principio interpretativo	<i>fa-isn4</i>
		P1			P1b	MEP
			Protección judicial			
			IFE	Condiciones de vida digna		
				Igualdad en el tratamiento		
	<i>Masacre de Santo Domingo vs. Colombia</i>	P1	P1a	MEP	Condiciones de vida digna	
				IFE	Tratamiento ante la ley	<i>fa-ife1</i>
	<i>Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador</i>	P1	P1a	MEP	Condiciones de vida digna	<i>fa-mep1</i>
	<i>Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia</i>	P1	P1a	MEP	Condiciones de vida digna	
				IFE	Derecho adicional	<i>fa-ife2</i>
		P3	P3b	ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-isn1</i>
PNF				Contra injerencias arbitrarias		

	<i>Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala</i>	P1	P1a	MEP	Condiciones de vida digna	
				PNF	Contra injerencias arbitrarias	
	<i>Masacres de Río Negro vs. Guatemala</i>	P1	P1a	MEP	Condiciones de vida digna	
				PNF	Contra injerencias arbitrarias	
				ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-isn3</i> <i>fa-isn1</i>
			P1b		Principio interpretativo	<i>fa-isn4</i>
			IFE	Derecho adicional	<i>fa-ife2</i>	
	<i>Uzcátegui y otros vs. Venezuela</i>	P2	P2a	MEP	Protección judicial	
				ISN	Principio de interpretación	<i>fa-isn4</i>
2013	<i>Mendoza y otros vs. Argentina</i>	P2	P2a	ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-isn1</i> <i>fa-isn2</i>
					Principio interpretativo	<i>fa-isn4</i>
					Norma de procedimiento	<i>fa-isn6</i>
			P2b	MEP	Protección judicial	
				ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-isn1</i>
	<i>Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia</i>	P1	P1b	MEP	Condiciones de vida digna	
				ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-isn3</i>
					Principio interpretativo	<i>fa-isn4</i>
					Norma de procedimiento	<i>fa-isn6</i>
		P3	P3b	PNF	Contra injerencias arbitrarias	
	<i>Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia</i>	P4	P4a	MEP	Protección judicial	
				ISN	Principio interpretativo	<i>fa-isn4</i>
			P4b		Norma de procedimiento	<i>fa-isn6</i>

2014	<i>Veliz Franco y otros vs. Guatemala</i>	P1	P1a	MEP	Condiciones de vida digna	
		P4	P4a	ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-isn1</i>
			P4b	IFE	Igualdad en el tratamiento	<i>fa-ife1</i>
	<i>Rochac Hernández y otros vs. El Salvador</i>	P3	P3b	PNF	Contra injerencias arbitrarias	
	<i>Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas vs. República Dominicana</i>	P4	P4b	MEP	Protección judicial	
				IFE	Tratamiento ante la ley	<i>fa-ife1</i>
				ISN	Norma de procedimiento	<i>fa-isn6</i>
	<i>Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela</i>	P2	P2a	MEP	Protección judicial	<i>fa-mep2</i>
				ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-isn1</i>
	<i>Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala</i>	P1	P1a	MEP	Condiciones de vida digna	
2015	<i>Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador</i>	P1	P1b	MEP	Condiciones de vida digna	
				ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-isn3</i>
	<i>García Ibarra y otros vs. Ecuador</i>	P4	P4b	ISN	Principio interpretativo	<i>fa-isn4</i>
		P2	P2a	IFE	Tratamiento ante la ley	<i>fa-ife1</i>
				MEP	Condiciones de vida digna	
	<i>Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú</i>	P1	P1a	MEP	Condiciones de vida digna	<i>fa-mep1</i>
				PNF	Contra injerencias arbitrarias	

2016	<i>Yarce y otras vs. Colombia</i>	P3	P3b	PNF	Contra injerencias arbitrarias	
	<i>Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil</i>	P1	P1b	MEP	Condiciones de vida digna	
				IFE	Igualdad en el tratamiento	<i>fa-ife1</i>
2017	<i>Vereda La Esperanza vs. Colombia</i>	P1	P1a	MEP		
2018	<i>Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala</i>	P3	P3a	MEP	Protección judicial	
				ISN	Principio de interpretación	<i>fa-isn4</i>
					Norma de procedimiento	<i>fa-isn6</i>
		P4	P4a		Derecho sustantivo	<i>fa-isn2</i>
				PNF	Separación ilegal	
	<i>Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia</i>	P3	P3b	ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-isn1</i>
				PNF	Contra injerencias arbitrarias	
				IFE	Derecho adicional	
	<i>V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua</i>	P4	P4a	MEP	Protección judicial	
				ISN	Norma de procedimiento	<i>fa-isn5</i>
					Derecho sustantivo	<i>fa-isn2</i>
				PNF	Contra injerencias arbitrarias	
	<i>Coc Max y otros (Masacre de Xamán) vs. Guatemala</i>	P1	P1a	MEP	Condiciones de vida digna	
	<i>Omeara Carrascal y otros vs. Colombia</i>	P3	P3b	PNF	Contra injerencias arbitrarias	



2019	<i>López y otros vs. Argentina</i>	P3	P3a	ISN	Principio de interpretación	
				PNF	Separación ilegal	
2020	<i>Noguera y otra vs. Paraguay</i>	P1	P1a	MEP	Condiciones de vida digna	
				IFE	Derecho adicional	<i>fa-ife2</i>
				ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-isn1</i>
	<i>Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador</i>	P1	P1a	ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-isn1</i>
			P1b	MEP	Condiciones de vida digna	
		P4	P4b			
	<i>Empleados de la fábrica de fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil</i>	P1	P1b	MEP	Condiciones de vida digna	
				IFE	Derecho adicional	
	<i>Mota Abarullo y otros vs. Venezuela</i>	P2	P2b	ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-ins1</i>
				MEP	Condiciones de vida digna	
				IFE	Derecho adicional	
2021	<i>Vera Rojas y otros vs. Chile</i>	P1	P1b	ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-ins1</i>
				MEP	Condiciones de vida digna	
				IFE	Derecho adicional	<i>fa-ife2</i>
2021	<i>Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras</i>	P1	P1b	MEP	Condiciones de vida digna	
2021	<i>Masacre de la Aldea los Josefinos vs. Guatemala</i>	P1	P1a	IFE	Derecho adicional	<i>fa-ife2</i> <i>fa-isn4</i>
				MEP	Condiciones de vida digna	
				ISN	Principio interpretativo	
		P3	P3b	PNF	Contra injerencias arbitrarias	

2022	<i>Movilla Galarcio y otros vs. Colombia</i>	P3	P3b	PNF	Contra injerencias arbitrarias	<i>fa-pnf2</i>
				IFE	Derecho adicional	
2022	<i>Integrantes y Militantes de la Unión Patriótica vs. Colombia</i>	P1	P1a	IFE	Derecho adicional	<i>fa-ife1</i>
			P1b	MEP	Condiciones de vida digna	
2022	<i>Deras García y otros vs. Honduras</i>	P1	P1a			
2022	<i>Valencia Campos y otros vs. Bolivia</i>	P1	P1a	MEP	Protección judicial	<i>fa-isn1</i>
				IFE	Derecho adicional	
				ISN	Derecho sustantivo	
2022	<i>Brítez Arce y otros vs. Argentina</i>	P3	P3b	PNF	Contra injerencias arbitrarias	<i>fa-pnf1</i>
				IFE	Derecho adicional	<i>fa-ife1</i>
				ISN	Principio interpretativo	<i>fa-isn4</i>
2022	<i>Angulo Losada vs. Bolivia</i>	P4	P4b	MEP	Condiciones de vida digna	<i>fa-mep1</i> <i>fa-isn3</i> <i>fa-isn1</i> <i>fa-isn4</i> <i>fa-isn5</i>
				ISN	Derecho sustantivo	
					Principio interpretativo	
					Norma de procedimiento	
			P4a	IFE	Derecho adicional	
					Igualdad en el tratamiento	

2023	<i>María y otros vs. Argentina</i>	P3	P3a	ISN	Derecho sustantivo	<i>fa-isn3</i> <i>fa-isn1</i> <i>fa-isn4</i> <i>fa-isn2</i> <i>fa-pnf1</i> <i>fa-pnf2</i>
					Principio interpretativo	
				PNF	Separación ilegal	
				IFE	Igualdad en el tratamiento	

Fuente: elaboración propia

Conforme la descripción realizada se observa que la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH sobre derechos del niño puede ser estructurada a partir de un catálogo de tópicos especiales, a los efectos de establecer su relación con los siguientes cuatro grupos de problemas: situación de riesgo o peligro, conflicto con la ley penal, separación familiar, y discriminación. A su vez, en cada uno de estos problemas puede ser distinguido además un conjunto de sub-problemas, a fin de comprender mejor esta relación tópico-problema en la jurisprudencia contenciosa del Tribunal.

Es importante advertir que el círculo de problemas propuesto no tiene una pretensión taxativa o limitativa y que la clasificación realizada corresponde a un periodo histórico determinado a partir de un conjunto de decisiones judiciales provenientes de un Tribunal específico. Igualmente se indica, que este listado enunciativo de problemas incluye una diversidad de situaciones que afectan derechos del niño, así como también, permanece abierta a la revisión e inclusión de nuevos problemas o sub-problemas.

En cuanto a las fórmulas argumentativas señaladas, por lo general estas son citadas para luego realizar la justificación o el razonamiento sobre el problema que se tiene en el caso particular. Además, en algunas ocasiones estas fórmulas son complementadas de acuerdo con la situación particular en que se encuentran los niños, niñas y adolescentes, tales como, contexto de conflicto armado interno, migración, violencia de género, entre otras.

Si bien pueden ser identificados varios problemas en un solo caso, generalmente, cada tópico es utilizado en la argumentación de un problema específico. Tanto es así que, por ejemplo, resulta común utilizar el tópico PNF cuando se tiene problemas relativos a la separación familiar (P3), o bien, el tópico MEP ante problemas relacionados a situación de riesgo o peligro (P1), sin que esto tampoco impida el uso de otros tópicos del catálogo en los tipos de problemas citados.

En los casos *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* y *Vargas Areco vs. Paraguay*, si bien los Estados no fueron condenados por la violación del artículo 19 CADH —sobre derechos del

niño—, aun así, el Tribunal analizó el alcance de la citada norma e hizo uso de los tópicos especiales en sus respectivas sentencias. Así también, y con relación a las fórmulas argumentativas, puede ser observado que estas no necesariamente son utilizadas en todas las decisiones por lo que su uso no constituye una regla. Esto puede deberse a que en algunas sentencias los tópicos simplemente son citados o incluso mencionados mediante remisiones a otras sentencias del Tribunal o a la Opinión Consultiva OC-17, o bien, porque la Corte IDH no considera necesaria realizar una justificación sobre su uso.

De esta manera, es posible señalar que el uso diverso otorgado a los tópicos en las sentencias contenciosas en su relación con el problema constituye una constante en las argumentaciones del Tribunal. En consecuencia, la flexibilidad de su uso ante los problemas que afectan a esta disciplina especializada del derecho permite que el catálogo de tópicos se adapte a nuevos tipos de problemas o sub-problemas en situaciones que se refieren a derechos del niño.

#### **4. CONSENSOS ARGUMENTATIVOS ESTABLECIDOS A PARTIR DE LOS TÓPICOS**

A partir de la clasificación realizada en la tabla anterior, que describe cada uno de los casos que conforman nuestro listado, es posible extraer las conclusiones argumentativas del Tribunal en estas sentencias de acuerdo con el tópico utilizado y la orientación atribuida ante un determinado problema y su respectivo sub-problema. Esta actividad constituye el tercer y último criterio de análisis para determinar la funcionalidad de nuestro catálogo de tópicos. No obstante, si bien aquí no se pretende realizar un análisis exhaustivo de todas las sentencias de los casos mencionados para luego señalar las conclusiones obtenidas por el Tribunal en cada una de ellas, resulta adecuado para los fines de esta investigación identificar y representar algunas de esas conclusiones.

Con base en la última tabla que fue presentada, y a modo de ejemplo, serán citados algunos casos para su representación del siguiente modo: Problema [sub-problema] + Tópico (*fa*), indicando además la conclusión obtenida en el caso particular. Esta descripción se propone ilustrar un proceso argumentativo orientado hacia el círculo de problemas y la funcionalidad de los tópicos con relación a las mismas en algunas de las sentencias de la Corte IDH sobre cuestiones que afectan derechos del niño. Si bien aquí no se realiza un análisis de dicho proceso argumentativo, debido a los fines y límites propuestos para esta investigación, nada obsta para que el mismo pueda ser llevado adelante en cada una de las decisiones del Tribunal, considerando el círculo de problemas y el catálogo de tópicos hasta llegar a la conclusión.

Es importante señalar que, en el periodo de tiempo analizado, la Corte IDH ha desarrollado conclusiones que pasaron a constituir acuerdos argumentativos relevantes para esta disciplina especializada del derecho dentro del SIDH

y que, por tanto, son frecuentemente utilizados para el abordaje de problemas sobre derechos del niño<sup>28</sup>. A continuación, se mencionan —no de modo taxativo— algunos de estos consensos o estándares establecidos a partir de la funcionalidad de los tópicos en su relación con los problemas.

En la sentencia del caso *Bulacio vs. Argentina*, que aborda una “situación de riesgo o peligro”, relacionada a la violencia institucional (P1a), fue señalado que:

La forma en que se trata a un detenido debe estar sujeta al escrutinio más estricto, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél, función estatal de garantía que reviste de particular importancia *cuando el detenido es un menor de edad*. Esta circunstancia obliga al Estado a ejercer su función de garante adaptando todos los cuidados que reclama la debilidad, el desconocimiento y la indefensión que presentan naturalmente, en tales circunstancias, los menores de edad. (énfasis añadido)<sup>29</sup>

Esta conclusión argumentativa elaborada por el Tribunal puede ser considerada como resultado de la siguiente representación: P1a + T2 + T4 (*fa-ife2*) + T1 (*fa-isn4*). La misma descripción es observada en el caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, en la cual el Tribunal concluyó que:

*La especial vulnerabilidad por su condición de niños y niñas se hace aún más evidente en una situación de conflicto armado interno*, como en el presente caso, pues son los menos preparados para adaptarse o responder a dicha situación y, tristemente, son quienes padecen sus excesos de forma desmesurada. (énfasis añadido)<sup>30</sup>

En cuanto a problemas relacionados al acceso a los DESCAs (P1b), en los casos *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* y *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, las conclusiones del Tribunal provenientes de la siguiente representación: P1b + T2 (*fa-mep3*) + T1 (*fa-isn1*), señalan que:

[...] el Estado tiene la obligación, *inter alia*, de proveer a los niños de la Comunidad de las condiciones básicas orientadas a asegurar que la situación de vulnerabilidad en que se encuentra su Comunidad por la falta de territorio no limitará su desarrollo o destruirá sus proyectos de vida.<sup>31</sup>

[El Estado] no puede desligarse de la situación igualmente vulnerable de las mujeres embarazadas de la Comunidad. Los Estados deben prestar especial atención y cuidado a la protección de este grupo y adoptar medidas especiales

28 BOGDANDY; PIOVESAN; FERRER MAC-GREGOR; MORALES ANTONIAZZI (ed.), 2024, p. 330.

29 Corte IDH, *Caso Bulacio vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 100, 18 de septiembre de 2003, párr. 126.

30 Corte IDH, *Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 134, 15 de septiembre de 2005, párr. 156.

31 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 125, 17 de junio de 2005, párr. 172.

que garanticen a las madres, en especial durante la gestación, el parto y el período de lactancia, el acceso a servicios adecuados de atención médica.<sup>32</sup>

En el caso *Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, en una sola conclusión el Tribunal aborda los dos sub-problemas referentes a la situación de riesgo o peligro, primero sobre el acceso a los DESCA (P1b), y luego con relación a la violencia institucional (P1a), representadas del siguiente modo: P1b + T2 (*fa-mep1*) y P1a + T4 (*fa-ife2*), respectivamente. Según la Corte IDH:

Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los “niños de la calle”, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece (P1a). En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida (P1b).<sup>33</sup>

Por otro lado, en cuanto a situaciones que involucran “conflicto con la ley penal”, en el caso *Mendoza y otros vs. Argentina* acerca de los procedimientos judiciales o administrativos (P2a), el proceso argumentativo seguido por el Tribunal es representado de modo: P2a + T1 (*fa-isn1*) (*fa-isn2*) (*fa-isn4*) (*fa-isn6*), para concluir que:

Si bien los niños cuentan con los mismos derechos humanos que los adultos durante los procesos, la forma en que ejercen tales derechos varía en función de su nivel de desarrollo. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un proceso. Lo anterior corresponde al principio de trato diferenciado que, aplicado en el ámbito penal, implica que las diferencias de los niños y los adultos, tanto por lo que respecta a “su desarrollo físico y psicológico, como por sus necesidades emocionales y educativas”, sean tomadas en cuenta para *la existencia de un sistema separado de justicia penal juvenil*. (énfasis añadido)<sup>34</sup>

Así también, en el caso *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, al referirse a la custodia de personas menores de edad (P2b), el Tribunal señaló, representado de modo P2b + T2 + T1 (*fa-isn1*), que:

En el caso de privación de libertad de niños, *la regla de la prisión preventiva se debe aplicar con mayor rigurosidad, ya que la norma debe ser la aplicación*

32 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 146, 29 de marzo de 2006, párr. 177.

33 Corte IDH, *Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 63, 19 de noviembre de 1999, párr. 191.

34 Corte IDH, *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Serie C No. 260, 14 de mayo de 2013, párr. 145.

*de medidas sustitutorias de la prisión preventiva.* Dichas medidas pueden ser, *inter alia*, la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia, el traslado a un hogar o a una institución educativa, así como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, los programas de enseñanza y formación profesional, y otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones. La aplicación de estas medidas sustitutorias tiene la finalidad de asegurar que los niños sean tratados de manera adecuada y proporcional a sus circunstancias y a la infracción. (énfasis añadido)<sup>35</sup>

Con relación a problemas relativos a “separación familiar”, en la sentencia del caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, sobre adopción, guarda y custodia irregular (P3a), el proceso argumentativo fue representado del modo siguiente: P3a + T3 (*fa-pnf1*) + T2 + T1 (*fa-isn3*) (*fa-isn2*) (*fa-isn4*), para luego el Tribunal concluir que:

Una determinación a partir de *presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental* de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños. (énfasis añadido)<sup>36</sup>

Otra situación que aborda problemas de separación familiar, esta vez por causa de la violencia institucional (P3b), es la sentencia del caso *Gelman vs. Uruguay*, representado de manera: P3b + T1 (*fa-ife2*) + T3 (*fa-pnf1*) (*fa-pnf2*), en que el Tribunal señaló:

[...] la sustracción de niños y/o niñas efectuadas por agentes estatales para ser entregados ilegítimamente en crianza a otra familia, modificando su identidad y sin informar a su familia biológica sobre su paradero, tal como ocurrió en el presente caso, constituye un hecho complejo que implica una sucesión de acciones ilegales y violaciones de derechos para encubrirlo e impedir el restablecimiento del vínculo entre los menores de edad sustraídos y sus familiares.<sup>37</sup>

Por último, se mencionan los casos que involucran problemas relativos a la “discriminación”, ya sea en el acceso a la justicia (P4a), debido a la condición particular o situación en que se encuentra el niño, la niña o el adolescente (P4b). Sobre el primero, a modo de ejemplo se tiene el proceso argumentativo del Tribunal en el caso *V.R.P., V.P.C., y otros vs. Nicaragua*: T2 + T1 (*fa-isn5*) (*fa-isn2*) + T3:

35 Corte IDH, *Caso Instituto de Reeduación del Menor vs. Paraguay*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 112, 2 de septiembre de 2004, párr. 230.

36 Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 239, 24 de febrero de 2012, párr. 111.

37 Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Serie C No. 221, 24 de febrero de 2011, párr. 120.

El sistema de justicia adaptado a las niñas, niños y adolescentes importará que exista una justicia accesible y apropiada a cada uno de ellos, que tome en consideración no solo el principio del interés superior, sino también su derecho a la participación con base en sus capacidades en constante evolución, conforme a su edad, grado de madurez y nivel de comprensión, sin discriminación alguna. En definitiva, tal y como lo ha sostenido anteriormente esta Corte, si bien el debido proceso y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de las niñas, niños y adolescentes, el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de asegurar un acceso a la justicia en condiciones de igualdad, garantizar un efectivo debido proceso y velar por que el interés superior se erija en una consideración primordial en todas las decisiones administrativas o judiciales que se adopten.<sup>38</sup>

Sobre el segundo sub-problema, en la sentencia del caso *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana* la descripción argumentativa es representada del siguiente modo: T1 (*fa-isn3*) + T4 (*fa-ife1*). En esta última, el Tribunal se refirió sobre la negativa del Estado dominicano para el reconocimiento de la nacionalidad de dos niñas nacidas en dicho país, de ascendencia haitiana, durante el proceso de inscripción en el registro civil de las personas. Con relación a esta situación de discriminación por la condición de niñez migrante:

La Corte considera que la situación de extrema vulnerabilidad en que el Estado colocó a las niñas Yean y Bosico, en razón de la denegación de su derecho a la nacionalidad por razones discriminatorias, así como la imposibilidad de recibir protección del Estado y de acceder a los beneficios de que eran titulares, y finalmente por vivir bajo el temor fundado de que fuesen expulsadas del Estado del cual eran nacionales y ser separadas de su familia por la falta del acta de nacimiento, la República Dominicana incumplió con su obligación de garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana, la cual implica no sólo que el Estado debe respetarlos (obligación negativa), sino que, además, debe adoptar todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva).<sup>39</sup>

Si bien apenas fueron señaladas algunas de las conclusiones establecidas por el Tribunal en sus sentencias contenciosas, estos consensos pueden ser considerados como el resultado de la última etapa del proceso de funcionalidad de los tópicos. Asimismo, esta descripción y análisis del catálogo de tópicos permite inferir la importancia que adquiere y la utilidad que representa para el Tribunal el uso de estos lugares comunes para la resolución de problemas que afectan a los derechos del niño.

38 Corte IDH, *Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 350, 8 de marzo de 2018, párr. 158.

39 Corte IDH, *Caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 130, 8 de septiembre de 2005, párr. 173.



## 5. CONCLUSIÓN

Luego de la descripción y análisis del catálogo de tópicos se puede concluir que las medidas de protección establecidas para las niñas, los niños y adolescentes en el ordenamiento jurídico interamericano, a través del artículo 19 de la CADH, son representadas en la jurisprudencia de la Corte IDH a través *de* una serie de tópicos comúnmente utilizados para elaborar argumentaciones ante problemas que involucran derechos del niño. En consecuencia, el contenido y alcance de las medidas de protección destinadas a este grupo de personas se halla establecido por estos lugares comunes —interés superior del niño, medidas especiales de protección, protección del núcleo familiar, e igualdad fundada en la especialidad— en función del problema suscitado en cada caso concreto.

Asimismo, la indeterminación o la vaguedad de la respuesta a la protección de los derechos del niño no constituye un obstáculo o una dificultad para la efectiva realización o comprensión de estos derechos. Sino al contrario, estas características han permitido el abordaje de una amplia gama de problemas que interesan a esta disciplina especializada del derecho y, sobre todo, para que puedan ser atendidas las distintas demandas exigidas por parte de un grupo de personas altamente vulnerables, con múltiples características y que se encuentra en diversas situaciones.

Por tanto, es posible además afirmar que los derechos del niño en la jurisprudencia de la Corte IDH se hallan estructurados por un catálogo de tópicos especiales caracterizados por su funcionalidad —movilidad, constancia y actualidad— ante el problema central de la disciplina: la situación de vulnerabilidad absoluta de los niños, niñas y adolescentes<sup>40</sup>. Este catálogo de tópicos permite además establecer conclusiones —provisorias y temporales— en los casos particulares sobre un conjunto de problemas devenidos del problema central, y con relación a la respuesta del ordenamiento jurídico interamericano para nuestra disciplina —las medidas de protección—.

La importancia del catálogo de tópicos radica en su capacidad para proporcionar una base argumentativa sólida y estructurada. Esto facilita la comprensión y el estudio de los derechos del niño en la jurisprudencia de la Corte IDH. Además, permite una aplicación más efectiva y coherente de las medidas de protección, asegurando que los derechos del niño sean respetados y protegidos de manera adecuada. En cuanto a sus proyecciones, este catálogo de tópicos puede constituir una herramienta para la justificación de las argumentaciones del Tribunal. Del mismo modo, su funcionalidad y relevancia continuarán evolucionando a medida que se enfrenten nuevos desafíos y problemas en la protección de los derechos del niño. Se espera que la Corte IDH continúe utilizando este catálogo de tópicos para adaptar y mejorar sus argumentaciones y decisio-

---

40 GARZÓN VALDÉS, 1994, p. 737-738.

nes, asegurando así una protección efectiva y adecuada para los niños, niñas y adolescentes en el ámbito del SIDH.

## REFERENCIAS

ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. The Role of Antonio Augusto Cancado Trindade as an International Judge. *Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal Minas Gerais*, v. 81, p. 381-405, 2022.

ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho: teoría de la argumentación jurídica*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (ed.). *The Impact of the Inter-American Human Rights System: Transformations on the Ground*. New York: Oxford University Press, 2024.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Teorías de la tópica jurídica*. Madrid: Civitas, 1988.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Desde la modesta propuesta de “Swift” hasta las casas de engorde: algunas consideraciones respecto de los derechos del niño. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 15-16, p. 731-743, 1994.

ROESLER, Claudia. *Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: tópica, discurso, racionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes editores, 2013.

RUIZ DÍAZ ARCE, Sergio. La problemática sobre los derechos del niño en el sistema interamericano de derechos humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, n. 29, p. 353-382, 2023.

SALVIOLI, Fabián. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Instrumentos, órganos, procedimientos y jurisprudencia*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020.

STEINER, Christian; FUCHS, Marie-Christine (ed.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentarios*. 2. ed. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2019.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Jurisprudencia*. 2 ed. Traducción: Luis Díez-Picazo Ponce de León. Madrid: Civitas, 2007. Título original: *Topik und Jurisprudenz*, 1953.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*. 2. ed. Traducción: Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.

## JURISPRUDENCIA CITADA

Corte IDH, *Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 63, 19 de noviembre de 1999.

Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-17*, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Serie A No. 17, 28 de agosto de 2002.

Corte IDH, *Caso Bulacio vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 100, 18 de septiembre de 2003.

Corte IDH, *Caso Molina Theissen vs. Guatemala*, Reparaciones y Costas, Serie C No. 106, 3 de julio de 2004.

Corte IDH, *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 110, 8 de julio de 2004.

Corte IDH, *Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 112, 2 de septiembre de 2004.

Corte IDH, *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 117, 22 de noviembre de 2004.

Corte IDH, *Caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 120, 23 de noviembre de 2004.

Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 125, 17 de junio de 2005.

Corte IDH, *Caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 130, 8 de septiembre de 2005.

Corte IDH, *Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 134, 15 de septiembre de 2005.

Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 146, 29 de marzo de 2006.

Corte IDH, *Caso Masacres de Ituango vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 158, 1 de julio de 2006.

Corte IDH, *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 152, 21 de septiembre de 2006.

Corte IDH, *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 155, 26 de septiembre de 2006.

Corte IDH, *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 190, 26 de noviembre de 2008.

Corte IDH, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 205, 16 de noviembre de 2009.

Corte IDH, *Caso Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 211, 24 de noviembre de 2009.

Corte IDH, *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 212, 25 de mayo de 2010.

Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 214, 24 de agosto de 2010.

Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 216, 31 de agosto de 2010.

Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Serie C No. 221, 24 de febrero de 2011.

Corte IDH, *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 232, 31 de agosto de 2011.

Corte IDH, *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 237, 24 de noviembre de 2011.

Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 239, 24 de febrero de 2012.

Corte IDH, *Caso Fornerón e Hija vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 242, 27 de abril de 2012.

Corte IDH, *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 246, 31 de agosto de 2012.

Corte IDH, *Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 248, 3 de septiembre de 2012.

Corte IDH, *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*, Fondo y Reparaciones, Serie C No. 249, 3 de septiembre de 2012.

Corte IDH, *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 250, 4 de septiembre de 2012.

Corte IDH, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 252, 25 de octubre de 2012.

Corte IDH, *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 253, 20 de noviembre de 2012.

Corte IDH, *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Serie C No. 259, 30 de noviembre de 2012.

Corte IDH, *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Serie C No. 260, 14 de mayo de 2013.

Corte IDH, *Caso Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Reparaciones y Costas, Serie C No. 270, 20 de noviembre de 2013.

Corte IDH, *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 272, 25 de noviembre de 2013.

Corte IDH, *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 277, 19 de mayo de 2014.

Corte IDH, *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 281, 27 de agosto de 2014.

Corte IDH, *Caso Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 282, 28 de agosto de 2014.

Corte IDH, *Caso Defensor de derechos humanos y otros vs. Guatemala*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 283, 28 de agosto de 2014.

Corte IDH, *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 285, 14 de octubre de 2014.

Corte IDH, *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 298, 01 de septiembre de 2015.

Corte IDH, *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 299, 1 de septiembre de 2015.

Corte IDH, *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 306, 17 de noviembre de 2015.

Corte IDH, *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 318, 20 octubre de 2016.

Corte IDH, *Caso Yarce y otras vs. Colombia*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 325, 22 de noviembre de 2016.

Corte IDH, *Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 341, 31 agosto de 2017.

Corte IDH, *Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 350, 8 de marzo de 2018.

Corte IDH, *Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 351, 9 de marzo de 2018.

Corte IDH, *Caso Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 352, 13 de marzo de 2018.

Corte IDH, *Caso Coc Max y otros (Masacre de Xamán) vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 356, 22 de agosto de 2018.

Corte IDH, *Caso Omeara Carrascal y otros vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 368, 21 de noviembre de 2018.

Corte IDH, *Caso López y otros vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 396, 25 de noviembre de 2019.

Corte IDH, *Caso Noguera y otra vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 401, 9 de marzo de 2020.

Corte IDH, *Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 405, 24 de junio de 2020.

Corte IDH, *Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus Familiares vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 407, 15 de julio de 2020.

Corte IDH, *Caso Mota Abarullo y otros vs. Venezuela*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 417, 18 de noviembre de 2020.

Corte IDH, *Caso Vera Rojas y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 439, 01 de octubre de 2021.

Corte IDH, *Caso Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras*, Serie C No. 472, 31 de agosto de 2021.

Corte IDH, *Caso Masacre de la Aldea los Josefinos vs. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 442, 3 de noviembre de 2021.

Corte IDH, *Caso Movilla Galarcio y otros vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 454, 22 de junio de 2022.

Corte IDH, *Caso Integrantes y Militantes de la Unión Patriótica vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 455, 27 de julio de 2022.

Corte IDH, *Caso Deras García y otros vs. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 462, 25 de agosto de 2022.

Corte IDH, *Caso Valencia Campos y otros vs. Bolivia*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 469, 18 de octubre de 2022.

Corte IDH, *Caso Brítez Arce y otros vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 474, 16 de noviembre de 2022.

Corte IDH, *Caso Angulo Losada vs. Bolivia*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Serie C No. 475, 18 de noviembre de 2022.

Corte IDH, *Caso María y otros vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 494, 22 de agosto de 2023.





# I RIMEDI DEL DIRITTO DEL LAVORO DI FORNTE ALLE EMERGENZE. IL CASO SPAGNOLO

## REMÉDIOS DO DIREITO DO TRABALHO DIANTE DAS EMERGÊNCIAS. O CASO ESPANHOL

### LABOR LAW REMEDIES IN THE FACE OF EMERGENCIES. THE SPANISH CASE

SONIA FERNÁNDEZ SÁNCHEZ \*

#### RIASSUNTO

L'articolo si occupa di analizzare come la disciplina del diritto del lavoro dispone degli strumenti capaci di far fronte a delle emergenze, siano queste economiche, sanitaria, belliche, ambientali. La esperienza del Covid ha evidenziato tale capacità e ha comportato la fissazione di meccanismi che restano definitivi finalizzati alla conservazione dei livelli occupativi minacciati da qualsiasi avvenimento.

**PAROLE CHIAVE:** Emergenza. Diritto del lavoro. Crisi sanitaria. Bellica ambientale. Licenziamento.

#### RESUMO

O artigo analisa como a disciplina de direito do trabalho possui as ferramentas capazes de lidar com emergências, sejam elas econômicas, sanitárias, bélicas, ambientais. A experiência da Covid evidenciou essa capacidade e levou ao estabelecimento de mecanismos que permanecem definitivos com o objetivo de manter os níveis de emprego ameaçados por qualquer evento.

**PALAVRAS-CHAVE:** Emergência. Direito do trabalho. Crise na saúde. Guerra ambiental. Despedimento.

#### ABSTRACT

The article analyzes how the discipline of labour law has the tools capable of coping with emergencies, be they economic, health, war, environmental. The experience of Covid has highlighted this ability and has led to the establishment of mechanisms that remain definitive aimed at maintaining employment levels threatened by any event.

**KEYWORDS:** Emergency. Labour law. Health war. Environmental crisis. Dismissal.

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. — 2. La prima emergenza: la pandemia da Covid. — 3. Il diritto del lavoro spagnolo e la crisi energetica o bellica. — 3.1. Restrizione dei poteri datoriali dell'art. 44 Real decreto-legge 6/2022. — 3.2. L'incremento dei costi energetici come causa di licenziamento temporalmente illegittimo. — 3.3. Conseguenze della mancanza di rispetto della clausola di salvaguardia. — 3.3. Conseguenze della mancanza di rispetto della clausola di salvaguardia. — 3.5. Altre misure di fronte alla

\* Prof.ssa Associato di Diritto del lavoro, Università di Cagliari (Sardegna) – Italia.  
E-mail: Sfernandez@unica.it

crisi energetica o bellica. — 4. Il diritto del lavoro spagnolo e la crisi climatica. — 4.1. Cambio climatico, risparmio energetico e salute dei lavoratori. — 4.2. Il diritto della previdenza sociale e il cambio climatico. — 4.3. Il telelavoro come alternativa al cambio climatico. — 4.4. Misure di lavoro urgenti di risposta di fronte alla crisi provocata dalla DANA. — 4.4.1. Misure in materia di previdenza sociale. — 4.4.2. Misure complementari: il congedo climatico e altre misure. — 5. Conclusioni.

## 1. INTRODUZIONE

Nei tempi recenti, il mondo intero è stato attraversato da emergenze che hanno provocato conseguenze negative, anche gravi, sulle condizioni di lavoro e sui livelli occupativi di diversi Stati. Crisi determinate dall'esplosione di crisi sanitarie, da gravi eventi bellici, da fenomeni climatici, che hanno imposto al diritto del lavoro l'adozione di misure eccezionali, spesso transitorie – ma a volte mantenute in vigore anche dopo il superamento degli eventi negativi – finalizzate alla conservazione dei livelli occupativi minacciati dagli avvenimenti.

Il sistema spagnolo, a tal fine, in questi ultimi anni, ha fatto frequente ricorso a strumenti legislativi di emergenza, a cominciare da quelli finalizzati a far fronte alla pandemia da covid. A volte, tali misure sono state replicate in occasione di altre emergenze, come quella causata dall'esplosione del conflitto in Ucraina, o da intensi fenomeni climatici che hanno interessato alcuni ambiti lavorativi; altre volte ne sono stati adottati di nuovi. Questo lavoro si propone di illustrare gli adattamenti introdotti allo Statuto dei lavoratori in occasione di tali emergenze, evidenziandone le tecniche e, per quanto possibile, dar conto dei risultati.

## 2. LA PRIMA EMERGENZA: LA PANDEMIA DA COVID

La prima emergenza cui il Diritto del lavoro spagnolo ha dovuto far fronte è stata quella indotta dal diffondersi della pandemia causata dal Covid-19. Le misure sanitarie adottate per limitare il contagio hanno comportato una riduzione delle attività lavorative che, come conseguenza, ha spinto le imprese a ridurre i livelli occupativi, quindi a licenziare i lavoratori in esubero. Grave problema sociale, posto che per i lavoratori si prospetta una disoccupazione di lunga durata, se non, in certe situazioni, l'espulsione definitiva dal mercato del lavoro; per le imprese il rischio di fuoriuscita dal mercato o di un grave ridimensionamento. Lo Stato, a sua volta, dovrà far fronte a costi imprevisi per il sostegno delle imprese in crisi, per i costi derivanti dai trattamenti di disoccupazione di lunga durata, proprio mentre vengono meno le entrate derivanti dai sistemi di sicurezza sociale. In tale contesto di crisi, il diritto del lavoro si è assunto il compito di proteggere il tessuto aziendale ed allo stesso tempo di garantire il più

possibile i livelli occupativi, chiedendo in cambio, quale contributo delle parti sociali, alcuni sacrifici.

In occasione della crisi sanitaria, la principale misura adottata dal Governo è stata quella di limitare il potere di licenziamento del datore di lavoro in tutti quei casi in cui l'estinzione del rapporto di lavoro fosse motivata dalla riduzione dell'attività causata dalla pandemia. La tecnica, fondamentalmente, è stata quella di stabilire che le cause temporali o congiunturali non possono giustificare l'adozione di misure definite, quali il licenziamento.

Già a partire dal 2020, pertanto, è stato limitato il potere del datore di lavoro di licenziare nel caso di una riduzione dell'attività causata dall'emergenza sanitaria, concedendo al datore di lavoro di poter utilizzare, in alternativa, soltanto strumenti di mobilità interna. Dal 2020 si limitano le possibilità di licenziamento, potendo il datore di lavoro usare soltanto strumenti di flessibilità interna. Allo stesso tempo, tali strumenti sono stati rimodulati, per potere essere utilizzati in maniera più agile (come la semplificazione delle procedure per il ricorso a tali strumenti) e, allo stesso tempo, rendendoli meno onerosi (riducendo le quote previste per la previdenza sociale).

In alternativa al licenziamento, pertanto, sono stati facilitati il ricorso alla riduzione della giornata lavorativa o la sospensione temporanea del rapporto di lavoro con il ricorso al sistema degli ERTE. (Le imprese che adottano tale sistema, nei casi previsti dalla legge, possono sospendere temporaneamente il rapporto di lavoro e lo Stato si fa carico del pagamento degli assegni ai lavoratori sospesi).

La possibilità di ricorrere all'ERTE con modalità "facilitata" è stata introdotta solo per un periodo limitato, sino al 31 marzo 2022<sup>1</sup>. Non si è trattato, in realtà, di una alternativa al licenziamento, ma piuttosto l'unica opzione possibile in quel frangente.

Alle imprese che chiedevano di essere ammesse a questa particolare tipologia, che possiamo definire "ERTE per Covid", dovevano, in cambio, sottoscrivere la "clausola di salvaguardia dell'impiego" (prevista dalla disposizione addizionale 6 del Real decreto legge 8/2020) con la quale si impegnavano a non licenziare i lavoratori coinvolti nell'ERTE, nei primi sei mesi successivi alla scadenza dell'ERTE.<sup>2</sup>

1 C. MOLINA NAVARRETE, *La Covid-19 y el arte de lo (jurídicamente) posible: del estrés legislativo al colapso interpretativo*, in RTSS (CEF), n. 446, 2020, pp. 5-30; I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, *Covid-19 y expediente de regulación temporal de empleo por fuerza mayor*, in *Derecho de las Relaciones Laborales*, n. 4, 2020, pp. 435-449; P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Las facultades extintivas del empresario en la era Covid*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 28 e ss.

2 J. CABEZA PEREIRO, *ERTE y garantía de ocupación: incertidumbres y certezas*, in RTSS (CEF), n. 456, 2021, pp. 11 e ss.; C. MOLINA NAVARRETE, *La pretendida "prohibición de cese laboral" en tiempos de Covid-19: "vicios" de una "legalidad (administrativa) sin derecho"*, in *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n. 1, 2020, pp. 84 e ss.; F. CAVAS MARTÍNEZ, *Los expedientes de regulación temporal de empleo por Covid-19. Una apuesta*

In definitiva, si tratta di un modello mediante il quale lo Stato per far fronte ad una situazione di crisi, anche se di carattere non sono strettamente lavoristico, interviene attivamente, e con carattere di urgenza – legiferando mediante un Real decreto-legge<sup>3</sup> – al fine di limitare le conseguenze negative sui livelli occupativi, impegnando significative quote di capitale pubblico. Tali risorse vengono destinate alle imprese per garantire la sopravvivenza, in cambio di una rinuncia al potere di licenziamento che potrebbero esercitare secondo la legislazione ordinaria. Si crea, in questo modo, una sorta di diritto parallelo, o una “bolla” nella quale la legislazione ordinaria non interviene e viene sostituita da regole *ad hoc* destinate a far fronte alla situazione di emergenza<sup>4</sup>.

Quando Spagna, come altri paesi, stava superando la crisi sanitaria, è accaduta l’invasione della Russia all’Ucraina che ha generato un rischio evidente, un’altra volta, di distruzione di posti di lavoro.

### 3. IL DIRITTO DEL LAVORO E LA CRISI ENERGETICA O BELLICA

Proprio nel momento in cui la Spagna, come diversi altri paesi, usciva dalla crisi sanitaria provocata dal Covid-19, si è verificata l’invasione dell’Ucraina da parte della Russia. Tale evento, anche a causa delle sanzioni internazionali nei confronti della Russia, ha prodotto a sua volta una nuova emergenza, con conseguenze negative sui livelli occupativi, derivante dall’improvvisa impennata del costo di alcune materie prime.

A fronte di tale crisi, il Real Decreto-legge n 6/2022, del 30 marzo (misure urgenti nell’ambito del Piano Nazionale di risposta alle conseguenze economiche e sociali provocate dalla guerra in Ucraina), si concentra sugli effetti negativi sull’occupazione conseguenti all’aumento del costo delle materie prime.

Nel preambolo del provvedimento, si fa cenno al fatto che la Spagna, in realtà, è uno dei paesi membri dell’Unione europea meno esposto agli effetti diretti dell’invasione dell’Ucraina; ciò sia perché caratterizzata da un sistema di approvvigionamento di gas naturale assai diversificato, sia perché i rapporti commerciali, di investimento e finanziari che intrattiene con la Russia sono di modesta entità.

Gli effetti economici indiretti, tuttavia, sono rilevanti, sia perché si è subito registrato un notevole rincaro del prezzo del gas e del petrolio, sia per il

---

*institucional por la preservación del empleo en tiempos de pandemia*, in *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n. 1, 2020, p. 109.

3 Lo strumento del decreto-legge permette di legiferare da parte del Governo di una forma molto più veloce una situazione straordinaria che richiede di una regolamentazione urgente, grazie a che questi decreti non seguono la stessa procedura di approvazione che una legge (art. 86, comma 1, Costituzione spagnola).

4 P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN e I.A. RODRÍGUEZ CARDO, *Las “prohibiciones” de despido por la invasión de Ucrania: fines, funciones, similitudes con las medidas Covid y articulación con la legislación estructural*, in *Labos*, Vol. 3, n. 2, 2022, p. 54.

rincarare, o la scarsità, di altre materie prime agricole e minerali. L'aumento dei prezzi dell'energia colpisce particolarmente i settori che ne fanno uso intensivo, come il trasporto stradale, la pesca, l'agricoltura, l'allevamento del bestiame.

La norma, in questo caso, prevede una disciplina specifica, di carattere transitorio, per quanto riguarda il trasporto marittimo. Interviene, concretamente sulle situazioni specifiche, quindi il prolungamento, su base volontaria, dei contratti a tempo determinato e l'estensione delle autorizzazioni di residenza temporanea e di lavoro subordinato, per i dipendenti di nazionalità ucraina che prestino servizio sulle navi mercantili che battono bandiera spagnola.

La scelta di prolungare la durata dei contratti a tempo determinato deriva dal fatto che, secondo la legislazione spagnola il contratto a termine per circostanze della produzione – ipotesi nella quale rientrano i dipendenti ucraini – può avere una durata massima di sei mesi all'interno di un periodo di 12 mesi. Per tale motivo, le imprese non potrebbero rinnovare il contratto, alla scadenza dei sei mesi, neppure su richiesta del dipendente. Grazie alla deroga introdotta dall'art. 22 del Real Decreto-legge, i dipendenti ucraini di navi mercantili spagnole potranno prolungare i loro contratti di lavoro a termine sino al limite massimo previsto dal Contratto internazionale sul lavoro marittimo (2006). L'estensione del termine del permesso di residenza temporanea, a sua volta, costituisce un presupposto indispensabile per far sì che la possibilità di prolungare i contratti di lavoro sia effettiva.

Sono previste anche norme di carattere squisitamente lavoristico. Al titolo IV compaiono azioni di sostegno, destinate ai lavoratori ed ai gruppi più vulnerabili, a protezione dei posti di lavoro e delle imprese. La norma parte dalla premessa che la situazione congiunturale e straordinaria provocata dall'invasione dell'Ucraina e dal conseguente aumento dei prezzi, a partire da quelli energetici, dovrà essere affrontata “con le risorse disponibili nell'ordinamento del lavoro” spagnolo. Le risorse sono quelle degli Si riferisce allo strumento degli ERTE, di cui all'art. 47 dello Statuto dei lavoratori, già sperimentati in occasione della pandemia del Covid-19. Ai fini di una adeguata protezione dei livelli occupazionali, in presenza di una situazione che potrebbe avere effetti economici e sociali imprevedibili, il legislatore introduce “una serie di misure complementari e straordinarie idonee a scongiurare la distruzione dell'impiego e del tessuto imprenditoriale”. In aggiunta al già collaudato strumento degli ERTE, si rendono necessarie ulteriori misure complementari.

A tal fine, in primo luogo, l'art. 44, stabilisce che tutte le imprese che beneficino degli aiuti pubblici diretti disposti dalla legge per ridurre gli effetti negativi indotti dalla crisi energetica non possano disporre licenziamenti per giustificato motivo oggettivo (quelli disciplinati dall'art. 52 dello Statuto dei lavoratori spagnolo) indicando quale motivo l'aumento dei costi dell'energia. Si tratta di una disposizione transitoria, destinata a rimanere in vigore solo 30

giugno 2022, ma la sua vigenza è stata poi prorogata sino al 31 dicembre dello stesso anno dal Real decreto-legge n. 11/2022, 25 giugno). In secondo luogo, si stabilisce che le imprese che procedano alla riduzione dell'orario di lavoro o alla sospensione dei contratti di lavoro regolati dall'art. 47 Statuto dei lavoratori per cause legate alle vicende della guerra in Ucraina, e che siano beneficiarie di aiuti pubblici, non possano giustificare l'eventuale licenziamento sulla base di quelle stesse cause.

### **3.1 SULLA LIMITAZIONE DEI POTERI DATORIALI DI CUI ALL'ART. 44 DEL REAL DECRETO-LEGGE 6/2022**

Per esser più precisi, il “divieto di licenziamento” per causa del Covid, con la clausola di salvaguardia, non è proprio identico a quello introdotto, dall'art. 44 di cui si è detto, per far fronte della crisi energetica.

Il divieto di licenziare introdotto dalla legislazione introdotta per far fronte alla pandemia aveva portata generale: nessuna impresa poteva disporre legittimamente un licenziamento se giustificato da forza maggiore o da cause relative all'epidemia di covid. L'art. 44, diversamente, non introduce un divieto generalizzato, da applicarsi indifferentemente a tutte le imprese; l'ambito è circoscritto alle sole imprese che percepiscano gli aiuti pubblici introdotti dalla norma stessa. Per tanto, tutte le imprese che non facciano richiesta e non usufruiscano dei benefici economici disposti dalla norma potranno adottare, ove in possesso dei requisiti le misure che consentono la modificazione sostanziale delle condizioni di lavoro, quindi sia il trasferimento che l'estinzione del rapporto di lavoro per giustificato motivo oggettivo, anche se tale motivo sia in diretta relazione con l'aumento del prezzo dell'energia.

In definitiva, l'elemento che fa scattare il divieto di licenziamento è il fatto di percepire i finanziamenti disposti dalla legislazione speciale introdotta per far fronte all'aumento del prezzo dei beni energetici. E poiché tali benefici sono riservati soltanto ad alcuni settori merceologici, soltanto le imprese che operano all'interno di tali settori potranno accedere al finanziamento pubblico e, conseguentemente, veder limitato il proprio potere in materia di estinzione del rapporto di lavoro.

Si tratta, in concreto, del settore dell'industria con intenso consumo di gas, di alcuni servizi di trasporto, delle imprese ferroviarie private, dei produttori di latte, delle imprese che operano con navi mercantili nel settore della pesca, dei produttori nel settore agrario, della pesca e dell'acquacultura.

### 3.2 L'INCREMENTO DEI COSTI ENERGETICI COME CAUSA DI LICENZIAMENTO TEMPORALMENTE ILLEGITTIMO

Si è detto che l'incremento del costo dell'energia, per le imprese indicate nel Real Decreto, non può costituire valido motivo di licenziamento per giustificato motivo oggettivo ai sensi di quanto disposto dallo Statuto dei lavoratori. La norma, tuttavia, non specifica né la causa dell'incremento del costo e neppure quali siano fonti di energia alle quali far riferimento. Nel titolo si legge che si tratta di “misure urgenti [...] in risposta alle conseguenze economiche e sociali della guerra in Ucraina”. Poiché, secondo quanto espresso nel preambolo, è stata l'invasione dell'Ucraina a provocare un “contesto di emergenza energetica, economica, climatica e sociale”, l'incremento dei costi, dovrà essere giustificato quale conseguenza economica dell'invasione.

La seconda delle misure di sostegno indicate nell'art. 44, diversamente, dispone che l'intervento dell'ERTE potrà essere invocato richiesto non già per “l'aumento dei costi energetici”, bensì – con formula più ampia – per “cause relazionate con l'invasione dell'Ucraina”. Di conseguenza, le imprese appartenenti ai settori indicati dalla legge, non potranno licenziare in caso di incremento dei costi energetici come conseguenza della guerra. Mentre le imprese che richiedono l'ERTE si obbligano a non licenziare indicando una causa che, in qualche modo, abbia una relazione con l'invasione dell'Ucraina. Ciò significa che la seconda misura ha un ambito di applicazione più ampio rispetto alla prima.

In entrambi i casi, sia le imprese beneficiarie dei contributi economici disposti dal Real Decreto, che quelle che ricorrono all'ERTE, mantengono il potere di estinguere il rapporto di lavoro in tutte le altre ipotesi, sia che si tratti di licenziamento disciplinare ma anche in caso di giustificato motivo oggettivo per ragioni differenti da quelle indicate dalla norma.

### 3.3 CONSEGUENZE DELLA MANCANZA DI RISPETTO DELLA CLAUSOLA DI SALVAGUARDIA

Non tutte le previsioni della norma – come peraltro avvenuto anche per le misure introdotte per la pandemia – risultano sufficientemente chiare. In particolare, quanto alla qualificazione del licenziamento disposto in violazione del divieto o a cosa debba intendersi per “aiuti pubblici”.

Una risposta al primo quesito può ricavarsi da una sentenza della Corte di cassazione spagnola (n. 841/2022 del 19 ottobre) che ha stabilito che la violazione del divieto di licenziamento – il caso concreto era riferito alla norma sulla pandemia – comporta l'illegittimità del licenziamento ma non la sua nullità. Pertanto, in caso di licenziamento disposto in violazione della norma, il lavoratore avrà diritto ad un'indennità di 33 giorni di salario per ogni anno di

servizio<sup>5</sup>, ma non alla reintegrazione. L'impresa, inoltre, dovrà restituire tutti gli aiuti percepiti. La sentenza è di interesse in quanto applicabile, anche in futuro, non soltanto per la fattispecie concreta cui si riferisce, la pandemia, ma anche in presenza di altre analoghe situazioni. Con questa sentenza si afferma che il divieto di licenziamento disposto dalla norma si configura quale “una neutralizzazione di cause estintive” (fondamento giuridico 5°, ap. 2°), ma non come divieto assoluto di licenziare. Secondo la Corte, “la formulazione legislativa non vieta l'estinzione del rapporto di lavoro ma fa venir meno la copertura del licenziamento disposto per difficoltà imprenditoriali”. Effetto della norma è quindi quello di far sì che licenziamenti per giustificato motivo obiettivo, o collettivi – che in assenza della normativa eccezionale approvata come conseguenza della pandemia o della crisi bellica – sarebbero obiettivamente giustificati, non lo sono più. Tuttavia, non si osserva alcuna novità per quanto riguarda la figura e il trattamento del licenziamento illegittimo<sup>6</sup>. La Corte insiste sul fatto che la norma non contiene una vera interdizione del licenziamento, ma una temporanea restrizione della sua legittimità. Inoltre, la Corte ribadisce che il licenziamento sarebbe legittimo se l'impresa accredita l'esistenza di una situazione strutturale, e non congiunturale come sarebbe il caso della pandemia o crisi bellica<sup>7</sup>.

Quanto al sistema sanzionatorio, la norma prevede che, in caso di inadempimento dell'obbligo di non licenziare, secondo quanto disposto dalla lettera della legge, l'impresa sia tenuta alla “restituzione degli aiuti ricevuti”. Si tratta di una sanzione che richiama quella che era stata prevista nel caso della

5 Si deve tener presente che il modello di indennità spagnolo di fronte ad un licenziamento illegittimo (*improcedente*) è stabilito esclusivamente in funzione dell'anzianità del lavoratore nell'impresa, si tratta di un parametro che mette in rischio i lavoratori con meno anzianità di servizio di fronte a decisioni del datore di lavoro arbitrarie e di basso costo. L'organo giudiziale non dovrebbe attuare come mero tramite amministrativo in questi casi, ma dovrebbe necessariamente che tener conto di altre variabili come la gravità della lesione al diritto fondamentale al lavoro e anche la posizione del lavoratore licenziato (Baylos Grau, Antonio. La reforma ineludible de la indemnización por despido improcedente o despido injustificado, in <https://baylos.blogspot.com/2021/04/la-reforma-ineludible-de-la.html>). Così come ha risolto, di fronte ad una situazione simile, la Corte Costituzionale italiana con la sentenza n. 150 del 16 luglio 2020 e il Comitato europeo di diritti sociali interpretando l'art. 24 della Carta Sociale Europea. Infatti, il Comitato europeo di diritti sociali del Consiglio di Europa (CEDS) ha ammesso a tramite la reclamazione interposta dal sindacato spagnolo UGT il 24 marzo 2022 contro l'attuale sistema spagnolo di licenziamento, che è contrario al menzionato art. 24 della Carta Sociale Europea e al Convenzione 158 dell'OIL.

6 A. BAYLOS GRAU, *Las “medidas laborales” del RDL 6/2022. Continuidad de las reglas sobre el veto a los despidos de la legislación de excepción*, in *Briefs de la AEDTSS*, in <https://www.aedtss.com/las-medidas-laborales-del-rdl-6-2022-continuidad-de-las-reglas-sobre-el-veto-a-los-despidos-de-la-legislacion-de-excepcion/>

7 E. ROJO TORRECILLA, *Despido y garantías del mantenimiento del empleo. Régimen normativo e interpretación jurisprudencial. El debate judicial y doctrinal*, in *Revista Ministerio de Trabajo y Economía Social*, n. 149, 2021; F. FERNÁNDEZ PROL, *La “huella” del Covid en la jurisprudencia social: las normas de urgencia para la protección del empleo ante los tribunales*, in *Revista Ministerio de Trabajo y Economía Social*, n. 152, 2022.



pandemia, ma con un importante differenza. Perché in quel caso la violazione del divieto di licenziamento comportava l'obbligo di versare all'istituto previdenziale le quote non versate grazie all'esonero disposto dalla legge, mentre in questo caso, sembrerebbe trattarsi di tutti gli aiuti ricevuti.

Una parte della dottrina ritiene che si tratti di una sanzione sproporzionata, posto che, indipendentemente dal numero di lavoratori licenziati in violazione della clausola di salvaguardia – anche se ne licenziasse uno soltanto – l'impresa dovrà restituire la totalità dei fondi ricevuti. Peraltro, se l'impresa avrà l'accortezza di attendere la scadenza della legge (il 31.12.2022), prima di effettuare i licenziamenti, quand'anche venissero considerati illegittimi, dovrà sopportare un onere economico, comunque, inferiore all'ammontare degli aiuti pubblici percepiti.

### **3.4 IL DIVIETO DI LICENZIARE DOPO UN ERTE PER CAUSE RELAZIONATE CON L'INVASIONE DELL'UCRAINA**

Si è detto che il secondo inciso dell'art. 44 del Real decreto-legge 6/2022 stabilisce che le imprese che sollecitano un ERTE ex art. 47 Statuto dei lavoratori per cause relative all'invasione dell'Ucraina e percepisce fondi pubblici non potranno utilizzare queste cause per disporre licenziamenti. Questa misura, si differenzia dalla precedente in quanto la prima è rivolta unicamente alle imprese beneficiarie di aiuti diretti, mentre la seconda a quelle che richiedano l'applicazione dell'ERTE per ragioni vincolate con la situazione in Ucraina.

Sia in occasione della crisi determinata dalla pandemia che in quella determinata dalla crisi bellica, è quindi possibile richiedere l'applicazione dell'ERTE. Diversi, però, sono gli effetti. Nel caso della crisi bellica, il divieto di licenziare scatta solo nel caso che il datore di lavoro richiede ed ottenga il sostegno economico di cui alla norma: potrebbe, pertanto, decidere di non accedere agli aiuti pubblici e, in tal caso, adottare tutte le altre misure consentite dall'ordinamento, incluso il licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Nel caso della pandemia, per effetto delle misure sanitarie, l'impresa che avesse scelto di non ricorrere all'ERTE avrebbe messo a rischi la stessa sopravvivenza dell'impresa.

È da segnalare che la disciplina relativa all'ERTE, introdotta come misura straordinaria e transitoria per far fronte prima alla crisi sanitaria, e poi agli effetti economici derivanti dalla guerra in Ucraina, è stata successivamente stabilizzata nella legislazione "ordinaria". Non occorrerà, nel futuro far riferimento ad un ERTE motivato da ragioni sanitarie o belliche, visto che, grazie ad una modifica apportata allo Statuto dei lavoratori, sono attualmente disciplinati due tipi di ERTE: quello "ordinario", o "strutturale" che continua ad essere regolati dall'art. 47, e quello "straordinario", o "congiunturale", destinato a far fronte a crisi sistemiche o settoriali, che trova fonte nel nuovo art. 47bis, norma che è stata posteriormente sviluppata dal decreto 11 luglio 2023, n. 608. Si tratta di

un sistema, comunemente denominato “Meccanismo RED”<sup>8</sup> che, a differenza di quanto accade per il regime ordinario, richiede uno specifico provvedimento.

Sino al momento in cui scriviamo, questo secondo meccanismo è stato attivato una sola volta, per far fronte alla crisi del settore delle agenzie di viaggio e degli operatori turistici, e con una previsione di durata dal 1° aprile al 31 dicembre 2022 (Ordine PCM/250/2022, 31 marzo)<sup>9</sup>.

Il “meccanismo RED” può essere attivato dal Governo, volta per volta, in caso di ristrutturazione settoriale di settori produttivi; potrà prevedere una durata di sei mesi, prorogabili a un anno, e concedere uno sgravio contributi del 40% alle imprese che realizzino azioni formative a favore dei lavoratori interessati.

I lavoratori, dal canto loro, durante il periodo di sospensione del lavoro in applicazione del “RED”, percepiranno il trattamento di disoccupazione.

In presenza di particolari situazioni di crisi è anche possibile che il Meccanismo Red sia disposto con provvedimento del Consiglio dei ministri. In tale seconda ipotesi, la durata massima potrà essere di 12 mesi e lo sgravi contributivo sarà inizialmente del 60 per cento per poi decrescere, progressivamente, sino al 20 per cento.

Nel caso della crisi indotta dall’invasione dell’Ucraina, il Governo ha tuttavia deciso di non attivare il Red, verosimilmente perché il RED è finanziato da un fondo specifico, da poco costituito, (disposizione addizionale 5° del Real decreto-legge 4/2022, 15 marzo) ancora privo di risorse economiche sufficienti a far fronte alle esigenze necessarie per far fronte a tale crisi<sup>10</sup>.

Per fronteggiare tale crisi, il Governo, con l’art. 44 Real decreto-legge 6/2022, ha preferito ricorrere al sistema ordinario di cui all’art. 47 dello Statuto dei lavoratori. In tal caso, il divieto di licenziamento non si applica a tutte le imprese che, in conseguenza dell’invasione dell’Ucraina richiedano di beneficiare all’ERTE, ma soltanto a quelle che già applicano ERTE, beneficiando di aiuti pubblici, e soltanto se la giustificazione del licenziamento sia conseguenza dell’invasione.

Relativamente a questa fattispecie, per aiuto pubblico deve intendersi “qualunque aiuto pubblico”, quindi anche di quelli non disposti specificamente

8 M. FERNÁNDEZ RAMÍREZ, *Anatomía jurídica del mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo*, in *IUSLabor*, n. 2, 2022, p. 55 e ss.

9 Il settore delle agenzie di viaggio per aderire al meccanismo RED deve presentare un piano di riqualificazione con azioni di formazione per far possibile la ricollocazione dei lavoratori in un altro posto di lavoro della stessa azienda oppure in altre. D. MARTÍNEZ SALDAÑA, *Los ERTES RED en el sector de las agencias de viaje*, in *Revista española de derecho del trabajo*, n. 256, 2022, p. 277 e ss.

10 P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN e I.A. RODRÍGUEZ CARDO, *Las “prohibiciones” de despido por la invasión de Ucrania: fines, funciones, similitudes con las medidas Covid y articulación con la legislación estructural*, Op. cit., p. 66.

dal Real decreto-legge 6/2002. Pertanto, il divieto di licenziare scatta se le imprese sotto il regime ERTE, siano beneficiarie di qualsiasi vantaggio economico, quindi incentivi o riduzione delle quote dovute alla previdenza sociale, anche se subordinate all'attuazione di attività formative dei lavoratori sospesi.

Si tratta, quindi, di una disciplina differente da quella prevista dalla prima misura, poiché, in tal caso, la norma fa esclusivo riferimento ai benefici economici disposti dalla norma stessa.

Pertanto, la formula utilizzata dal legislatore, “cause aventi relazione con l'invasione dell'Ucraina” risulta generica e potrebbe dar luogo ad incertezze interpretative, dovendosi dimostrare il nesso di causalità tra le difficoltà economiche imprenditoriali e il conflitto bellico.

Al fine di una più precisa interpretazione della norma potrebbero giovare alcune decisioni giurisprudenziali pronunciate in occasione della pandemia. In esse si è stabilito che il divieto di licenziamento non opera nel caso che le difficoltà dell'azienda abbiano avuto inizio precedentemente all'insorgere della crisi pandemica e che siano poi divenute strutturali<sup>11</sup>. Nel caso delle crisi originata dall'insorgere del conflitto, potrebbe quindi ritenersi che il divieto di licenziamento non dovrebbe operare nel caso che l'invasione dell'Ucraina abbia sì aggravato la crisi aziendale ma non ne sia stata la causa.

### 3.5 ALTRE MISURE DI FRONTE ALLA CRISI ENERGETICA O BELLICA

Oltre a quanto sinora descritto, il Real decreto-legge 6/2022 contiene ulteriori misure destinate ad alleviare la crisi provocata dall'invasione dall'Ucraina.

In primo luogo, ha disposto, a favore di quanti ne abbiano diritto, un incremento del 15 per cento dell'importo del “reddito minimo vitale”<sup>12</sup> dovuto per i mesi di aprile, maggio e giugno del 2022.

Il reddito minimo, che non corrisponde al reddito di cittadinanza, e che quindi non viene corrisposto a tutti, è riservato ai soggetti che versino in una situazione di vulnerabilità economica. Con tale misura, il Governo intende sostenere il reddito dei soggetti che, più di altri, sono esposti alle conseguenze negative dell'aumento dell'inflazione, inevitabilmente provocato dall'aumento dei prezzi delle materie prime.

Del resto, sono state proprio le conseguenze della crisi economica provocata dall'emergenza sanitaria del 2020 ad indurre il Governo all'introduzione

11 Sent. Corte di cassazione 18 febbraio e 16 marzo 2022 (R. 229/2021 e 265/2021).

12 Il reddito básico, in realtà, non è concepito come una prestazione, ma piuttosto come un diritto. Tuttavia, si deve tener conto che gli effetti positivi di un reddito di questo tipo, come il reddito di cittadinanza italiano, il quale è percepito da tutti, ricchi e poveri, deve essere necessariamente accompagnato di un sistema di politica fiscale.

dell'ingresso minimo vitale (Real decreto-legge 20/2020). Esso consiste in una prestazione economica della previdenza sociale, nella sua modalità non contributiva (possono cioè percepirla anche quanti non abbiano mai versato contributi al sistema di previdenza sociale o li abbiano versati in misura inferiore al minimo richiesto per poter beneficiare delle prestazioni corrispondenti).

Sono state necessarie alcune successive modificazioni per giungere alla formulazione del Real decreto n. 789/2022, del 27 settembre, che in coerenza con gli obiettivi indicati dal PNRR<sup>13</sup> fissa il livello di reddito – derivante sia dal lavoro autonomo o subordinato che da altri introiti – al di sotto del quale si acquisisce il diritto a percepire l'assegno corrispondente al reddito minimo vitale.

Il provvedimento non è andato esente da critiche. Posto che tra le peculiari finalità della misura rientra quella di favorire il transito da uno stato di esclusione e povertà verso una situazione di inclusione socio-lavorativa, la critica si è appuntata sul fatto che la percezione di un reddito, minimo, indipendentemente dallo svolgimento di un'attività lavorativa o formativa, farebbe venir meno l'interesse a cercare un'occupazione – oppure a svolgerla nell'ambito dell'economia sommersa – per il timore di perdere o di veder ridotto l'importo dall'assegno minimo vitale. Si tratta della c.d. “trappola della povertà”.

Al fine di scongiurare tale rischio, e quindi incentivare la ricerca di lavoro da parte dei beneficiari, la norma ha stabilito che la percezione del reddito minimo vitale possa essere compatibile, e quindi cumulabile, entro certi limiti, con altri redditi derivanti dallo svolgimento di un'attività lavorativa subordinata o autonoma.

La norma, entrata in vigore nel gennaio 2003, stabilisce che laddove il reddito del beneficiario che inizia un'attività lavorativa, o la migliori, sino a superare l'importo che avrebbe ricevuto in assenza di attività lavorativa, possa mantenere il diritto alla percezione del reddito minimo vitale, che sarà però ridotto, in misura proporzionale all'incremento di reddito derivante dallo svolgimento dall'attività lavorativa.<sup>14</sup>

13 Il PNRR o Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza è un programma di investimento pensato come un progetto trasformativo, nel quale gli stanziamenti di risorse sono accompagnati da un corposo pacchetto di riforme necessarie per superare le barriere che storicamente hanno frenato lo sviluppo degli investimenti pubblici e privati negli scorsi decenni e le debolezze strutturali che hanno per lungo tempo rallentato la crescita e determinato livelli occupazionali insoddisfacenti, soprattutto per i giovani e le donne. Il Piano fa parte del programma dell'Unione europea: Fondo europeo per la ripresa, un fondo da 750 miliardi di euro approvato dal Consiglio europeo nel luglio 2020.

14 M. CHABANNES, *El ingreso mínimo vital y el desafío de incentivar al empleo: a propósito del RD 789/2022*, in <https://www.aedtss.com/el-ingreso-minimo-vital-y-el-desafio-de-incentivar-al-empleo-a-proposito-del-rd-789-2022/>

C. GALA DURÁN, *Los desafíos del nuevo ingreso mínimo vital*, in *IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, n. 2, 2020, pp. 1-4; A.N. ESCRIBÁ PÉREZ, *La nueva prestación o contributiva: el Ingreso mínimo vital*, in *IUSLabor*, n. 1, 2021, p. 99 e ss.

In secondo luogo, vien prevista la possibilità di differire la scadenza del termine per il versamento dei contributi dovuti al sistema della previdenza sociale. Tale opportunità è riservata alle imprese iscritte nel Regime speciale della previdenza sociale dei lavoratori del mare e ai lavoratori autonomi inclusi nello stesso regime previdenziale. Analogo meccanismo è applicabile anche alle imprese incluse nel sistema speciale della previdenza sociale per i lavoratori subordinati impiegati in agricoltura e per i lavoratori autonomi iscritti nell'elenco speciale dei lavoratori agrari.

L'art. 31 del Real Decreto 11/2022, al fine di attenuare l'effetto dell'aumento dei prezzi causato dalla crisi energetica conseguente all'invasione dell'Ucraina, prevede anche il versamento di un contributo di 200 euro, *una tantum*, a chiunque (lavoratore subordinato, autonomo o disoccupato, in situazione di vulnerabilità economica) che non abbia accesso ad altre prestazioni di carattere sociale.

#### 4. IL DIRITTO DEL LAVORO E LA CRISI CLIMATICA

Il programma di transizione energetica appare, sempre più urgente al fine di contrastare il fenomeno di cambiamento climatico che potrebbe avere conseguenze catastrofiche. La pressione dell'attività economica sugli ecosistemi ha provocato una situazione di insostenibilità ambientale che in assenza di urgenti interventi, potrebbe provocare per la società umana un collasso socio ambientale dalle imprevedibili conseguenze.

Tali conseguenze potrebbero evitarsi operando una profonda trasformazione, in termini ambientali, dell'uso delle risorse naturali e degli attuali sistemi di produzione, lavoro e consumo. Trasformazione che dovrebbe comportare la scomparsa di alcuni settori dell'economia e la loro sostituzione con altri che utilizzino tecnologie sostenibili. Tale trasformazione potrebbe generare straordinarie opportunità per uno sviluppo sostenibile e socialmente giusto e per un lavoro decente. Allo stesso tempo, tuttavia, provocherà anche effetti negativi per l'occupazione e per l'inclusione sociale di molte persone.

Per evitare tali effetti negativi sarebbe occorrerebbe gestire la trasformazione secondo criteri di giustizia sociale, attraverso la protezione sociale, la formazione professionale e nuovi impieghi, adottando misure di accompagnamento per le persone più vulnerabili.

Il Governo spagnolo, l'11 settembre del 2019 ha ufficialmente riconosciuto l'esistenza di un'emergenza climatica e, per farvi fronte, si è impegnato, innanzitutto, ad approvare una legge sul cambiamento climatico e sulla transizione energetica.

Tale provvedimento è stato poi approvato con la legge n. 7/2021, del 20 maggio. La norma ha sancito l'obbligo di riduzione delle emissioni di gas ad effetto serra, lo sviluppo di sistema elettrico rinnovabile ed un sistema agrario

neutro, l'adozione di un sistema fiscale e finanziario compatibili con il processo di decarbonizzazione dell'economia e della società; inoltre, per la parte che più direttamente ci interessa, ha previsto specifiche misure destinate ad incentivare la creazione di impieghi di qualità e con una prospettiva di genere<sup>15</sup>.

Con la Dichiarazione sull'emergenza climatica, inoltre, il Governo si è impegnato ad approvare “Contratti di transizione giusta”<sup>16</sup> e misure di accompagnamento, destinate alle industrie alle industrie, per favorire la trasformazione del modello industriale e agrario spagnolo, ma anche del terziario, e guidarlo verso un sistema di sostenibilità ambientale e di impieghi di qualità. Tra le linee di intervento prioritarie risalta l'obiettivo di individuare i collettivi che risulteranno più vulnerabili durante processo di trasformazione economica; a vantaggio di tali gruppi, per evitare le disuguaglianze, dovranno essere adottate politiche inclusive. Tra queste viene indicata l'introduzione di un “reddito di base”.

Il PNRR spagnolo, a partire dal concetto di transizione giusta – che implica l'impegno a non lasciare nessuno indietro nel processo di transizione energetica – si propone di favorire la transizione dei lavoratori e dei territori penalizzati per la distruzione di impiego in un'economia più ecologica e con bassa produzione di carbonio. Transizione da realizzarsi mediante un sistema di concertazione tra le parti sociali che miri a minimizzare gli impatti negativi sull'impiego, l'ambiente e lo spopolamento dei territori interessati. Nel preambolo della legge si legge che “la transizione ad un'economia de-carbonizzata richiede anche misure che facilitino una transizione giusta per i collettivi e aree geografiche più vulnerabili. La transizione verso un modello produttivo più ecologico e socialmente vantaggioso, in un paese con alto tasso di disoccupazione come la Spagna, si potrà raggiungere promuovendo la transizione ecologica delle imprese e delle metodologie di lavoro e del mercato in generale. Tali sfor-

15 H. ÁLVAREZ CUESTA, *La lucha contra la crisis climática en la Ley de Cambio Climático en España: ¿una verdadera apuesta por una transición justa?*, in *Revista Internacional y Comparada de Relaciones laborales y Derecho del empleo*, Vol. 10, n. 1, 2022, p. 315 e ss.

16 Questi contratti di transizione giusta devono essere sottoscritti tra il Ministero per la transizione ecologica e il reto demografico, previo rapporto del Ministero di lavoro, del Ministero di inclusione, previdenza sociale e migrazioni e del Ministero di industria, turismo e commercio, e altre Amministrazioni pubbliche, in particolare, entità locali di aree geografiche vulnerabili alla transizione verso un'economia bassa in carbonio. E' prevista anche la partecipazione di imprese, organizzazioni dei settori imprenditoriali, organizzazioni sindacali, università, centri educativi, associazioni e organizzazioni ambientali non governamentali e altre entità interessate o colpite. Tali contratti dovranno contenere (art. 28.3): a) una valutazione dello stato di vulnerabilità dell'area geografica o collettivo colpito; b) impegni delle parti partecipanti nel contratto, incluse le imprese beneficiarie di misure di appoggio per la transizione; c) misure fiscali, di appoggio all'I+D+i, di digitalizzazione, d'imprenditorialità, d'impiego, di protezione sociale e attività formative per incentivare l'adattamento dei lavoratori; d) un calendario per l'adozione delle misure, con obiettivi misurabili e meccanismi di seguimiento; e) quando sia necessario, l'accesso prioritario a una parte o alla totalità della capacità di evacuazione elettrica, nonché il diritto prioritario all'uso e volume di acqua di quelle concessioni che si estinguono dopo la chiusura di installazione di generazione di energia elettrica.

zi potranno creare opportunità di impiego decente, incrementando l'efficienza delle risorse e costruendo società sostenibili con basse emissioni di carbonio”.

#### **4.1 CAMBIO CLIMATICO, RISPARMIO ENERGETICO E SALUTE DEI LAVORATORI**

In sintonia con tali indicazioni di principio, il Regolamento sulle Installazioni termiche nei palazzi (RITE), approvato dal Real Decreto n. 1027/2007, del 20 luglio, aveva stabilito che negli edifici e locali destinati alle amministrazioni pubbliche, gli stabilimenti commerciali, i grandi magazzini, gli spazi culturali, come i cinema e centri congressuali, le infrastrutture destinate al trasporto delle persone, come le stazioni e gli aeroporti, non potranno più utilizzare l'energia convenzionale per il riscaldamento degli ambienti, per una temperatura superiore ai 21°C, né per abbassare la temperatura al di sotto dei 26°C. Ora, con il Real Decreto n. 14/2022, del 1° agosto, modificando la legislazione anteriore, ha stabilito che in tali ambienti la temperatura non potrà superare i 19 gradi nei mesi freddi né scendere al di sotto dei 27 gradi nei mesi caldi. Al proposito, ci si chiede quali potrebbero essere gli effetti della norma sulla salute dei lavoratori che prestino la loro attività in tali ambienti. Cioè: le misure adottate relative al risparmio del consumo energetico nei posti pubblici tengono conto della tutela della salute della salute dei lavoratori che vi operano?

Una parte della dottrina ha rilevato la norma non ha tenuto conto del Regolamento relativo alle disposizioni minime di sicurezza e salute nei posti lavoro disposto dal Real Decreto n. 486/1997). Tale norma stabilisce che nei locali dove si svolgono attività sedentarie, la temperatura dovrà essere compresa tra i 17°C e i 27°C e, nel caso di lavori leggeri, potrà oscillare entro i 14°C e 25°C. Non pare che possano presentarsi rischi per la salute dei lavoratori per quanto riguarda lo svolgimento di attività sedentarie ma, quanto ai lavori leggeri, il problema potrebbe presentarsi, in quanto i lavoratori sarebbero tenuti a svolgere l'attività lavorativa anche in ambienti più freddi d'inverno e più caldi d'estate.

Non si esclude un possibile intervento dei tribunali per verificare, con l'applicazione dei nuovi limiti sia garantita la salubrità degli ambienti di lavoro. Ritengo, in ogni caso che, il tema meriti attenzione, anche modulando i limiti di temperatura a seconda dell'attività svolta, tenendo anche conto della divisa da lavoro. Né si può trascurare l'esigenza di disciplinare i limiti di temperatura anche per le attività lavorative che si svolgono all'esterno, nei mesi caldi, dove, non potendosi intervenire sul livello della temperatura, si potrebbe però disciplinare l'orario di lavoro in ragione della temperatura registrata, o la sospensione dell'attività lavorativa al raggiungimento di una temperatura soglia, o la previsione di pause nel lavoro.

## 4.2 IL DIRITTO DELLA PREVIDENZA SOCIALE E IL CAMBIO CLIMATICO

Il diritto della previdenza sociale, come abbiamo visto, si è adoperato per far fronte tanto la crisi sanitaria come a quella energetica, ma possiamo già segnalare anche norme di legge che tengono conto dell'incombente crisi climatica. Il Real decreto-legge n. 4/2022, del 15 marzo, con successive proroghe, ha adottato misure urgenti di sostegno del settore agrari per i danni causati dalla siccità. La diminuzione delle precipitazioni e il concomitante aumento delle temperature, anche in Spagna, hanno provocato danni gravi e imprevedibili soprattutto per il settore agricolo. La siccità, quindi, che si aggiunge all'aumento dei costi di produzione, aggravati dal conflitto aperto in Ucraina, minaccia seriamente l'economicità, o anche la sopravvivenza, di alcuni settori agricoli. Ciò ha spinto il governo ad intervenire con misure di sostegno che, tra le altre hanno interessato anche il sistema della sicurezza sociale.

## 4.3 IL TELELAVORO COME ALTERNATIVA AL CAMBIO CLIMATICO

In principio, il telelavoro, o il lavoro a distanza, non è, di per sé, più sostenibile del lavoro in presenza<sup>17</sup>. Durante la crisi sanitaria, il lavoro a distanza ha sicuramente offerto un notevole contributo per assicurare il mantenimento dell'attività lavorativa e la prevenzione del contagio. Il telelavoro, tuttavia, non può essere considerato un "impiego verde" e il beneficio che il telelavoro potrebbe comportare per il controllo dei cambi climatici non è certo. I vantaggi del telelavoro, durante la crisi sanitaria, sono stati quelli di consentire la prosecuzione dell'attività lavorativa, oltreché una riduzione dei costi aziendali e un risparmio dei costi dovuti agli spostamenti. È per questo che il Governo si è astenuto dall'adottare misure di incentivazione del telelavoro. Non può dirsi con certezza, tuttavia, che ciò comporti un beneficio quanto al sistema delle emissioni. Alcune emissioni, come quelle conseguenti al consumo di elettricità, si spostano dall'azienda al lavoratore; dall'azienda al lavoratore, come i costi dell'elettricità. Il lavoro a distanza, grazie alla riduzione degli spostamenti, può certamente contribuire alla riduzione dell'inquinamento nelle città, oltreché favorire il ripopolamento delle aree rurali. Per altro verso, non si può dimenticare che i collegamenti via internet, consumando notevoli quantità di energia, contribuiscono, non poco, all'aumento delle emissioni globali<sup>18</sup>. Pertanto, si ritiene necessario una approfondita valutazione degli effetti prodotti dal lavoro

17 Si veda legge 10/2021, 9 luglio, sul lavoro a distanza.

18 Le tecnologie digitali sono responsabili del 4% delle emissioni di gas serra. Nel suo complesso, internet è responsabile di circa il 7% del consumo energetico globale (Report *The shift project*, Lean ICT – Towards Digital Sobriety, 2019)



a distanza in termini di inquinamento, senza dimenticare neppure altri fattori quali gli effetti che può generare in termini di prospettiva di genere. E nel caso si voglia optare per il telelavoro, occorrerà incrementare il ricorso alle energie rinnovabili e adottare misure di risparmio energetico, come la disconnessione digitale e l'utilizzo, all'interno dell'impresa di strumenti di comunicazione alternativi. Insomma, una buona "igiene digitale".

#### **4.4 MISURE DI LAVORO URGENTI DI RISPOSTA DI FRONTE ALLA CRISI PROVOCATA DALLA DANA**

##### **4.4.1 MISURE IN MATERIA DI PREVIDENZA SOCIALE**

*Tra i giorni 28 ottobre e 4 novembre 2024, una parte del territorio spagnolo - in particolare la Comunità Valenciana, Castilla-La Mancha, l'Andalusia, la Catalogna e, in minor misura, le Isole Baleari e l'Aragona - è stato investito da un fenomeno meteorologico di particolare intensità con forti piogge, inondazioni, interruzione della viabilità, crollo di ponti, che ha causato oltre 200 vittime e gravi danni nei territori interessati.*

Le inondazioni hanno provocato gravi danni alle infrastrutture stradali e ferroviarie, la chiusura dell'aeroporto di Valencia, l'interruzione di servizi essenziali, quali la somministrazione delle energia elettrica, dell'acqua e del servizio telefonico. Si ritiene che si sia trattato del "maggior disastro naturale nella storia recente della Spagna"; un'inondazione che ha causato, in tutta Europa, nel secolo presente, il secondo maggior numero di vittime. Il fenomeno è stato denominato, "*Depresión Aislada en Niveles Altos*" (d'ora in avanti DANA) ed ha spinto il governo spagnolo ad emanare un Decreto legge d'urgenza (il n. 6 del 5 novembre 2024) contenente misure urgenti per far fronte ai danni causati dal fenomeno.

Il primo intervento contenuto nel provvedimento riguarda la materia della previdenza sociale e dispone che imprese localizzate nelle aree nelle località interessate dalla DANA, possano essere esentate, su richiesta, dall'obbligo di versamento dei contributi relativi ai dipendenti la cui attività sia stata sospesa o ridotta in conseguenza dell'evento. Le imprese che abbiano chiesto l'attivazione dell'ERTE per causa maggiore – giustificata dalla DANA – potranno pertanto beneficiare di un'esenzione dal pagamento dei contributi sociali nella misura del cento per cento, per il periodo intercorrente tra il 1° novembre 2024 e il febbraio 2025. Le imprese e i lavoratori autonomi che, pur senza aver richiesto l'attivazione dell'ERTE, abbiano la sede o operino nei territori interessati dal fenomeno meteorologico potranno, dal canto loro, beneficiare di una moratoria per il versamento delle quote destinante alla previdenza sociale. Tale beneficio, coprirà, per le imprese, il periodo ottobre 2024 - gennaio 2025, e, per i lavoratori autonomi, il periodo novembre 2024 - febbraio 2025.

Inoltre, i lavoratori autonomi iscritti al regime speciale dei lavoratori autonomi, al regime speciale di previdenza sociale dei lavoratori del mare oppure al sistema speciale per lavoratori autonomi agrari, che cessino totalmente nella loro attività – per un periodo limitato di tempo, o anche definitivamente – quale diretta conseguenza della DANA, potranno sollecitare le prestazioni previste per la cessazione di attività di cui all’art. 331, comma 1, lett. b) della legge generale della previdenza sociale, senza necessità di dimostrare la sussistenza di una causa di forza maggiore.

Un’altra significativa misura tiene conto del fatto che l’evento provocato dalla DANA ha potuto comportare danni alla salute fisica e mentale dei lavoratori esposti al nubifragio. In considerazione di ciò, per il periodo intercorso tra il 29 ottobre al 30 novembre 2024, le assenze o sospensioni del lavoro potranno essere coperte dalla normativa relativa all’incapacità temporanea ed essere assimilate a quelle relative all’incidente sul lavoro, sia per i lavoratori dipendenti che per quelli autonomi, limitatamente alle prestazioni economiche previste dalla legge generale.

Inoltre, tutti i beneficiari del “reddito minimo vitale”, o di analoga prestazione non contributiva, che siano stati colpiti dalla DANA, potranno beneficiare di un assegno straordinario pari al 15 per cento del trattamento percepito per una durata di tre mesi. Pochi giorni dopo, l’11 novembre 2024, il Governo spagnolo ha emanato un ulteriore Decreto legge, il n. 7, che prevede un pacchetto di benefici tributari a favore di dei cittadini, le imprese e i lavoratori autonomi colpiti dalla DANA e introduce alcune modifiche ai provvedimenti contenuti nel precedente Decreto legge.

Per quanto ci riguarda, risultano particolarmente interessanti gli artt. 41 a 49 della norma che, per un verso dispone la possibilità di beneficiare di permessi retribuiti per i lavoratori che abbiano subito perdite in ambito familiare a causa della DANA e, per altro verso, rafforza taluni meccanismi previsti dall’ERTE per il sostegno all’impiego e introduce alcune misure protettive a favore di categorie particolarmente vulnerabili, come le lavoratrici domestiche. Si tratta di misure che, in risposta alla crisi climatica, intendono non soltanto proteggere il posto di lavoro, ma anche la dignità delle persone. Le imprese, al pari di come era stato disposto durante la pandemia, potranno disporre la sospensione totale o parziale dell’attività o la riduzione della giornata lavorativa, per cause di forza maggiore, economiche, tecniche, organizzative e di produzione causate dalla DANA. Da un’altra parte, l’art. 41 equipara la situazione eccezionale provocata dalla DANA al rischio grave e imminente: consente, di conseguenza, l’interruzione della prestazione lavorativa, alla luce di quanto disposto dalla normativa sulla tutela della salute e della sicurezza. L’assenza dal lavoro, o il suo abbandono, causato dalla DANA, sarà quindi giustificato in quanto provocato da un “rischio grave e imminente” di cui all’art. 21, comma 2, della legge sulla prevenzione dei rischi in ambiente di lavoro.

Il diritto di assentarsi del lavoro, con diritto alla retribuzione, in definitiva, è riconosciuto a quanti si trovino nell'impossibilità, per qualsiasi motivo, di raggiungere il posto di lavoro, dovendosi intendere sia l'interruzione della viabilità, le particolari condizioni del luogo di lavoro o divieti oppure raccomandazioni della protezione civile in materia di circolazione. Rientrano anche le assenze dovute alla necessità di traslocare, ripristinare o pulire il domicilio abituale del lavoratore. In caso di decesso di un familiare provocato dalla DANA si avrà diritto, inoltre, a 5 giorni di sospensione dal lavoro con diritto alla conservazione della retribuzione.

Si tratta, prevalentemente, di misure rivolte a favore di lavoratori che esercitano la propria attività o risiedono nelle zone colpite dalla DANA. Tuttavia, analogamente a quanto era stato previsto durante la pandemia, anche le imprese o i lavoratori autonomi che esercitino la loro attività al di fuori dalle aree interessate, possono beneficiare di tali misure, e quindi accedere alle misure disposte dall'ERTE, se le cause economiche, tecniche, organizzative e di produzione che giustificano la sospensione sono conseguenza della DANA.

Altro strumento è costituito dal cosiddetto "Piano *MECUIDA*" – già utilizzato in occasione della pandemia – che riconosce il diritto del prestatore di lavoro all'adattamento dell'orario di lavoro o alla sua riduzione in presenza di esigenze di cura come conseguenza della DANA. In questa situazione, il telelavoro viene considerato la forma di intervento prioritario per far fronte alle crisi causate dalle condizioni meteorologiche.

La normativa ha disposto una specifica misura a favore delle lavoratrici domestiche: nel caso che, a causa della DANA, non possano svolgere, totalmente o parzialmente, la prestazione lavorativa dovuta, avranno diritto a beneficiare del trattamento previdenziale previsto per la disoccupazione involontaria.

Infine, viene replicata una disposizione, già utilizzata in occasione della pandemia, secondo la quale tutte le imprese che beneficino di una delle misure introdotte in relazione alla DANA, non possono porre in essere licenziamenti causati dall'evento atmosferico.

#### **4.4.2 MISURE COMPLEMENTARI: IL CONGEDO CLIMATICO E ALTRE MISURE**

Si segnalano, in conclusione, quattro misure complementari adottate in risposta ai danni provocati dalla DANA.

La prima è costituita dal cosiddetto "congedo climatico". Tale misura prevede che in caso di "impossibilità di accedere al posto di lavoro o transitare per le vie di circolazione necessarie per dirigersi a tale luogo", è riconosciuto ai lavoratori interessati un permesso retribuito sino ad un massimo di 4 giorni. Tale impossibilità – contenuta nella 2° disposizione finale del D.L. 28 novembre 2024, n. 8 – deve risultare dalle "raccomandazioni, limitazione o divieti allo

spostamento” eventualmente emanate dalle autorità competenti, o in presenza di situazioni di rischio grave e imminente, tra le quali vengono indicate le catastrofi o i fenomeni metereologici estremi.

Si tratta di una misura che, quantunque ispirata dagli eventi relativi alla DANA, non si applica soltanto alle situazioni originate da tale emergenza, ma è destinata a proteggere tutti i lavoratori in qualche modo colpiti da eventi atmosferici estremi, quali potrebbero essere, ad esempio, le giornate con punte di calore estremo.

Il “congedo climatico”, pertanto, si configura come una misura permanente e si incorpora all’art. 37, comma 3°, lett. g) dello Statuto dei lavoratori.

Il permesso, come si è detto, ha una durata massimo di 4 giorni ma è suscettibile di prolungamento sino al termine dell’evento climatico che l’abbia giustificato. La norma stabilisce che, una volta superata la durata massima del congedo climatico, possa farsi ricorso alla sospensione della prestazione o alla riduzione della giornata lavorativa per causa di forza maggiore; con la precisazione, tuttavia, che tale congedo potrà essere concesso solo nel caso che non sia possibile effettuare la prestazione da remoto.

La seconda misura introduce il diritto per i lavoratori di essere informati “sull’attivazione di allerte per catastrofi e altri fenomeni metereologici avversi”, con riferimento a quanto stabilito dalla normativa relativa alla salute e sicurezza nell’ambito dei diritti di informazione, consultazione e partecipazione (art. 64, comma 4, lett. e) dello Statuto dei lavoratori). Il diritto comporta l’obbligo per i servizi di allerta, di informare i rappresentanti dei lavoratori, istituendo così un canale di informazione diretto tra i servizi di allerta e i lavoratori. L’informazione, ovviamente, è finalizzata all’esercizio del diritto dei lavoratori di interrompere l’attività lavorativa e di abbandonare il posto di lavoro ma, ancor più importante la possibilità di non recarsi nel luogo dove si svolge la prestazione. La misura è ispirata al grande dibattito che si è acceso in Spagna intorno alle responsabilità di cui è stato accusato il Governo regionale valenciano, per non aver informato per tempo la popolazione del nubifragio in arrivo.

L’introduzione di questa misura, sicuramente opportuna e positiva, consente di apprezzare come le misure di protezione dei lavoratori siano necessarie, anche quando il rischio sia estraneo al processo di produzione dell’impresa. Si può anche osservare come l’intervento sindacale, in presenza di inazione da parte dell’impresa o del potere politico, avrebbe il potere di sospendere l’attività dell’impresa per garantire la sicurezza e salute dei lavoratori.

Con la terza misura viene introdotto l’obbligo di adottare, nell’ambito della contrattazione collettiva, “protocolli di attuazione contenenti misure di prevenzione dei rischi specificamente riferite all’eventualità di catastrofi o altri fenomeni metereologici avversi” (art. 85.1 dello Statuto dei lavoratori). Tale misura comporta un maggiore protagonismo della contrattazione collettiva ed

esalta il ruolo degli agenti sociali. D'ora in avanti, i contratti collettivi devono obbligatoriamente contenere protocolli specifici di prevenzione dei rischi derivanti da catastrofi naturali. In tal modo la contrattazione collettiva, andando oltre la sua tradizionale vocazione, si fa strumento di prevenzione ambientale. La misura è sintomatica dell'evoluzione del diritto del lavoro spagnolo, chiamato a svolgere un ruolo sempre più attivo di fronte alle nuove sfide sociali e ambientali.

Si segnala, infine, un'ultima previsione: la 5° disposizione finale del Decreto legge 8/2024 che impegna il Governo ad approvare entro 12 mesi, un "Regolamento sulla protezione dei lavoratori di fronte agli effetti prodotti dal cambiamento climatico nell'ambiente di lavoro". Nulla può ancora dirsi sul contenuto ma già può rilevarsi la novità, non solo in ambito nazionale, ma anche europeo, di una norma finalizzata esclusivamente a proteggere i lavoratori dagli effetti negativi del cambiamento climatico che, se ben gestita, potrebbe rappresentare un valido strumento per affrontare i rischi emergenti, o l'aggravamento di quelli tradizionali, all'interno del luogo di lavoro. Tali rischi sono quelli relativi ai picchi di calore estremo, alle radiazioni ultraviolette, ai fenomeni meteorologici avversi, all'inquinamento dell'aria o alle malattie trasmesse da vettori (*Vector Borne Disease* – *VBD*). Quanto norme di questo tipo siano necessarie è confermato dalle più recenti appelli della comunità scientifica che avverte che i rischi per la salute e la sicurezza nei luoghi di lavoro derivanti dal cambiamento climatico sono destinati ad aumentare.

## 5. CONCLUSIONI

Il diritto del lavoro è considerato un diritto dell'opportunità, di adattamento ai cambiamenti e pertanto ogni crisi che si presenti, altro non è che "un compagno di viaggio storico del diritto del lavoro"<sup>19</sup>. Al giorno d'oggi, è possibile prevedere come potrà reagire il Diritto del lavoro per far fronte alle crisi attuali – e almeno in parte anche a quelle future – proprio perché lo stesso Diritto del lavoro, e quello della previdenza sociale, hanno sviluppato una serie di misure di carattere straordinario capaci di adattarsi alle singole contingenze, contenere gli effetti negativi delle crisi e salvaguardare, almeno sino a un certo punto, tanto la sopravvivenza delle imprese che i livelli occupativi.

Un interessante esempio è costituito dalla crisi accaduta nel territorio di Cumbre Vieja di La Palma a causa dell'eruzione vulcanica del 19 settembre 2021, che ha colpito pesantemente l'attività economica della zona provocandone la completa interruzione. Una causa diversa, ma un effetto simile a quello prodotto dalla pandemia. Anche in quel caso, seguendo lo schema previsto per gli ERTE per causa di Covid-19, è stata concessa, alle imprese e ai lavoratori col-

---

19 C. PALOMEQUE LÓPEZ, *Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica*, in *Revista de Política Social*, n. 143, 1984, p. 15 e ss.

piti dalla catastrofe naturale, la possibilità di beneficiare di misure straordinarie e della protezione contro la disoccupazione (Real Decreto-legge n. 18/2021, del 28 settembre: Misure urgenti per la protezione dell'impiego, il recupero economico e il miglioramento del mercato di lavoro, e successiva proroga di cui al Real decreto legge n. 2/2022, del 22 febbraio). Con il Real Decreto n. 11/2022, del 25 giugno, è stata disposta la proroga del ERTE disposti per causa di forza maggiore nell'area di Cumbre Vieja, sino al 31 dicembre del 2022. Alcune misure hanno riguardato anche i lavoratori autonomi. Per coloro che hanno dovuto sospendere l'attività a causa dell'eruzione vulcanica, è stata disposta la sospensione di un contributo economico per la durata della sospensione, nonché il rinvio, di tre mesi, del termine di scadenza per il versamento dei contributi per la previdenza sociale.

Il Diritto del lavoro ha dimostrato di essere un valido scudo capace di far fronte alle conseguenze di crisi che sempre di più si faranno realtà, si pensi al cambiamento climatico e il suo impatto nelle condizioni di lavoro, nella economia in generale, nelle condizioni di vita di tutta la società. Spagna ha dimostrato, in ambito lavorativo, la capacità di intervento veloce di fronte alle emergenze grazie all'esistenza e consolidazione di meccanismi permanenti come sono gli ERTES, la cui efficacia è patente dal Covid-19, ma anche la presenza di nuovi strumenti di protezione idonei a dare risposta alle tragiche situazioni personali di molti lavoratori.

# APONTAMENTOS SOBRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E REDES SOCIAIS: DESAFIOS À LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

## NOTES ON FREEDOM OF EXPRESSION AND SOCIAL MEDIA: CHALLENGES TO DEMOCRATIC LEGITIMACY

MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA \*

FRANCISCO DE CASTILHO PRATES \*\*

### RESUMO

Partindo de uma chave interpretativa crítica da Teoria da Constituição e do Direito Constitucional, o artigo objetiva abordar a tensão emergente entre o exercício da liberdade de expressão e as mais recentes diretrizes de algumas das maiores plataformas online (X e Meta), tendo como pano de fundo a exigência de legitimidade democrática das normativas propostas, tanto por entes estatais quanto corporativos. Restrições e limites nesse campo devem, sob pena de abusos ilegítimos, operar como condição de possibilidade do próprio discurso público. A hipótese levantada é que, em um mundo marcado pela ubiquidade digital, princípios democráticos precisam ser deslocados e relidos, mas não abandonados como se fossem anacrônicos. Assim, procurou-se demonstrar que qualquer saída normativa levantada aos desafios das plataformas online a concepções assentadas de liberdade de expressão deve ser confrontada com a exigência de transparência, discursividade e compreensibilidade dos processos deliberativos democráticos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Liberdade de Expressão. Redes Sociais. Legitimidade Democrática.

### ABSTRACT

*Based on a critical interpretative approach to Constitutional Theory and Constitutional Law, the article aims to address the emerging tension between the exercise of freedom of expression and the most recent guidelines of some of the largest online platforms (X and Meta), set against the backdrop of the requirement for democratic legitimacy in the norms proposed by both state and corporate entities. Restrictions and limits in this field must, to avoid illegitimate abuses, serve as a condition for the very possibility of public discourse. The hypothesis put forward is that, in a world marked by digital ubiquity, democratic principles need to be displaced and reinterpreted, but not abandoned as if they were anachronistic. Thus, the article seeks to demonstrate that any normative solution raised in response to the challenges posed by online platforms to established conceptions of freedom of expression must be confronted with the requirement for transparency, discursiveness, and comprehensibility in democratic deliberative processes.*

**KEYWORDS:** Freedom of Expression. Social Media. Democratic Legitimacy.

\* Professor Titular da Área de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFMG. Mestre e Doutor em Direito (UFMG) com Estágio Pós-doutoral em Teoria do Direito (Università degli studi di Roma III). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq (1D). E-mail: mcattoni@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2409-5804>.

\*\* Professor Adjunto da Área de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFMG. Bacharel, Mestre e Doutor em Direito (UFMG) com estágio de Pós-Doutoral em Teoria da Constituição e Direito Constitucional (Faculdade de Direito da UFMG - Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior/CAPES – 2016-2018). Coordenador do Grupo de Estudos e Pesquisa “Tópicos em Teoria e Direito Constitucional”. E-mail: fcpp2011@ufmg.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1832-8218>.

## INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, como se pode verificar diariamente nos diversos tipos de meios de comunicação social, há uma crescente tensão entre as pretensões de ampla desregulamentação levantadas por várias das maiores corporações informacionais, as denominadas *Big Techs* de alcance global, e diversos governos nacionais, os quais, pautados, ainda que com singularidades, por uma concepção de que qualquer liberdade não é incondicionada, defendem a ideia de que fronteiras e responsabilização são necessárias ao próprio operar das democracias constitucionais.

Em suma, as denominadas *plataformas de interação online*, as *redes sociais*, estão presentes, indubitavelmente, em quase todos os campos de nosso cotidiano, desafiando noções tradicionais de Estado de Direito e Democracia, em que teses assentadas sobre o sentido e incidência da liberdade de expressão têm sido continuamente *postas a prova*. Isto é, a imagem da livre expressão concretizada *face a face*, em encontros nas ruas, praças e parques públicos, em que se debatiam as *matérias do jornal do dia*, está hoje altamente defasada, pois muito da esfera pública de debates está “*nas nuvens*”, em interações através de *teclados* e outros mecanismos de comunicação virtual.

Ora, como buscaremos iluminar, nesse debate não há saídas derradeiras e imunes ao risco de serem instrumentalizadas, mas há um fato que não há como ser negado, essas *gigantes informacionais* e suas altamente complexas ferramentas tecnológicas, impõem que as análises a respeito do campo da liberdade de expressão em espaços que se afirme democráticos, em qualquer de suas dimensões, precisem ser rediscutidas, o que não significa serem abandonadas, mas sim que outras metodologias e abordagens sejam construídas, não mais pensadas para um mundo exclusivamente analógico, porém que levem a sério os desafios da *virtualidade*.

Nomes como *Google*, *Microsoft*, *Meta* e *X*, entre outras plataformas, entraram para o vocabulário cotidiano, trazendo para o debate público termos como *sociedade em rede*, *cyberspace*, *inteligência artificial*, *interações algorítmicas*, *coleta de dados* e *predictibilidade*, os quais, por sua vez, implicam que devemos problematizar os possíveis impactos desse gigantesco aparato nos processos deliberativos democráticos, o que é perceptível nas tentativas de entender o fenômeno da difusão, quase instantânea, não só de informação, mas também de *desinformação* e de *discursos de ódio*, aliado a uma incessante e crescente *coleta de dados sensíveis* à própria existência do Estado de Direito, o que tem sido fonte de inúmeras tensões entre governos e as corporações produtoras de poderosos aplicativos interativos.

Essa problematização é ainda mais importante quando assumimos que a marca da arquitetura normativa de um Estado Democrático de Direito é sua



abertura ao pluralismo, ao confronto argumentativo, em que censura é terminantemente vedada, em que à livre expressão é conferida um patamar protetivo superior, em que o controle de conteúdo é algo extremamente problemático. Isto é, o desafio maior é como normatizar, por exemplo, as chamadas *Fake News* e suas consequências nos processos eleitorais e políticos, sem que esse ato signifique silenciamento do divergente, mas ao reverso, opere como potencial ferramenta de fomento da própria democracia e do debate público.

É preciso inserir os pensamentos sobre liberdade de expressão nesses novos *espaços e temporalidades*, indo além de perspectivas assentadas sobre o tema, questionando se regular as *redes sociais* é sinônimo de censurar, ou se, em situações abusivas, o ato de responsabilizar pode se desvelar um imperativo legítimo, ainda que incidindo excepcionalmente. Isto é, levar a sério as mais recentes ferramentas de interações mediadas virtualmente não é negar o seu potencial de inclusão, mas, também, reconhecer que, simultaneamente, há subjacente a elas uma série de assimetrias que podem conduzir a seu oposto, a exclusão, assumindo que não há só um caminho para o *futuro* que pode ser trilhado nesse campo, como se fosse um *tudo* ou *nada*, pois é o *entre* que nos diz respeito, como mais uma *geração de herdeiros* de toda uma história normativa que nos antecede e que nos transcende.

Nosso eixo gravitará em torno de duas concepções de liberdade de expressão, a visão atual sobre a famosa 1ª *Emenda* à Constituição dos Estados Unidos e outra, ainda que marcada por singularidades contextuais, presente nas demais democracias ocidentais e em vários documentos do denominado Direito Internacional dos Direitos Humanos, em que *autorregulação e responsabilização* emergem de modos bem distintos, reflexo de concepções também díspares de democracia constitucional e de direitos fundamentais, sejam estes tomados em sua perspectiva vertical quanto horizontal.

Com efeito, ilustrativamente, indo ao cenário estadunidense, recuperamos, entre tantas outras imagens que poderiam aqui ser colecionadas, um argumento que, ainda que construído em 1974, no caso *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, precisa ser tematizado, principalmente em razão da contemporânea rapidez com que a *informações* são produzidas e postas a circular, qual seja: “under the First Amendment there is no such thing as a false idea. However pernicious an opinion may seem, we depend for its correction not on the conscience of judges and juries but on the competition of other ideas”.

Por sua vez, a *European Court of Human Rights*, em 2006, ao proceder o julgamento do caso denominado *Erbakan v. Turkey*, após reconhecer que “[...] tolerance and respect for the equal dignity of all human beings constitute the foundations of a democratic, pluralistic society”, assentou, logo em seguida a seguinte tese: “That being so, as a matter of principle it may be considered necessary in certain democratic societies to sanction or even prevent all forms of

expression which spread, incite, promote or justify hatred based on intolerance [...]”.

Assertivas como essa impõem uma verticalização interpretativa, haja vista que já demonstram que os contextos de aplicação são por demais distintos, em que a visão predominante nos Estados Unidos desvela ser bem diversa daquela encontrada em outros países ocidentais, ou seja, a questão do estabelecimento de limites e responsabilização judicial ao que é *dito e difundido*, atrai respostas até mesmo antagônicas nos dois lados do Atlântico, sem esquecermos que *Corte Interamericana dos Direitos Humanos*, como ainda veremos, conflui com o entendimento esposado não só na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, mas também com outros documentos internacionais que lidam com essa temática.

Além disso, é preciso não desconsideramos que as dimensões temporal e espacial, especialmente em paradigmas que se afirmam democráticos, têm sido continuamente deslocadas e reconfiguradas, em que a *livre expressão* não é mais restrita aos ambientes físicos, a *linhas traçadas nos mapas*, ampliando, exponencialmente, os impactos que porventura uma *(des)informação* possa produzir na sociedade, além de colocar em xeque tradicionais visões sobre a relação entre as esferas pública e privada. Ou seja, a abertura discursiva que marca um Estado Democrático de Direito carrega consigo sua própria ambiguidade, pois pode ser tanto mola propulsora de conhecimento compartilhado, quanto fortalecimento de persistentes estereótipos naturalizados ou origem de radicais preconceitos.

Com efeito, a qualquer análise e estudo anteriormente realizado sobre o campo de aplicação da liberdade de expressão devemos hoje acrescentar a questão do impacto das *plataformas digitais de comunicação*, haja vista que essas são meios de engajamento no debate público. Ou seja, retornando mais uma vez ao cenário estadunidense, no presente, devemos vincular à famosa máxima construída pelo *Justice Oliver Wendell Holmes*, em *Abrams v. U.S* (1919), de um “*free trade in ideas*”, os termos “*virtual e online*” e toda a carga que esse traz consigo, atingindo, profundamente, não só o plano da liberdade de expressão, mas a própria compreensão de algumas visões tradicionais de democracia constitucional, já que faz emergir *ruas e praças públicas não físicas*.

Diante de toda essa hipercomplexidade, decidimos partir de chave de análise que funda em uma concepção crítica da Teoria da Constituição e do Direito Constitucional, em que os debates são inseridos, contextualizados, em que as liberdades e igualdades constitucionais nos impõem sua recorrente tematização, não admitindo ossificações atemporais e excessivamente abstratas, confluindo e coadunando-se com a nossa concepção de democracia constitucional, qual seja, um espaço de *compromissos constituintes geracionalmente* compartilháveis, marcado pelo desafio de um plural que sempre pode surpreender, por

isso conflituoso e repleto de riscos de retrocesso, porém, concomitantemente, fonte de *outras* possibilidades emancipatórias.

Nesse sentido, assumimos, como nosso pressuposto conceitual, que democracia constitucional não é o *reino de uma maioria que tudo pode*, nem que *constitucionalismo* é reduzido a ser apenas *limite*, mas sim que ambos exigem-se mutuamente, diante de uma incontornável, constitutiva e, potencialmente produtiva, tensão. Isto é, *fronteiras normativas*, previamente estabelecidas, dialogicamente construídas, não significam, aprioristicamente, impedir que escolhas sejam realizadas, mas ao contrário, podem operar como garantias da própria abertura decisional do processo deliberativo, permitindo, por exemplo, que tematizemos os sedutores *cantos das modernas sereias virtuais*.

Por isso é central indagarmos pelo *entre* existente em propostas regulatórias e autorregulatórias, sob o impacto dessas no âmbito de incidência da liberdade de expressão, verificando se responsabilizar é ou não censurar, refletindo sobre a relação complementar entre público e privado, assumindo que nem os Estados nem as grandes plataformas midiáticas são *proprietários exclusivos* desse *entre*, o qual só é democrático enquanto possível de ser legitimamente disputado por todos *nós*. Ou seja, devemos sempre reconhecer que a defesa da liberdade de expressão é um fenômeno altamente complexo, multifacetado e repleto de riscos, já que aceita inúmeras e díspares abordagens metodológicas, algumas das quais podem, inclusive, implicar até mesmo o seu contrário, transformando-a em mero simulacro.

Com tais enfoques e premissas, conformaremos o texto a partir de três momentos: pano de fundo dos debates, propostas e contrapropostas existentes e, por fim, confrontar a temática dentro de um quadro comparativo entre as duas grandes matrizes de compreensão da liberdade de expressão, isto é, buscaremos apontar as principais características que distinguem a visão estadunidense daquela adotada, como regra, por várias das outras democracias ocidentais e pelo aparato internacional.

Aproveitamos esse momento para enfatizarmos que nossa pretensão, pelos próprios limites de um artigo e por nossos pressupostos metodológicos, não é abordar todas as inúmeras variáveis que um tema por demais complexo comporta, mas buscar apresentar notas exploratórias, abrindo possibilidades para outros aprofundamentos, partindo da noção da democracia constitucional como um espaço tensional, aberto ao diverso, mas concomitantemente portador de *promessas constituintes* que transcendem os calendários, em que estabilidade normativa e desejos majoritários caminham, conflituosamente, de modo inseparável. Isto é, entendemos que trabalhar a liberdade de expressão, na atualidade, implica muito mais levantar indagações e provocações, pois talvez a incompreensibilidade de tal fenômeno possa ser o caminho a ser trilhado, ao reverso de

nos atermos a ilusórias ideias de que somos capazes de produzir um *pronto e acabado*.

Reconhecemos, assim, que no campo das liberdades fundamentais, agora inseridas em ambientes tecnológicos altamente dinâmicos e voláteis, a saída possível, ao inverso de uma resposta “derradeira e geral”, é não pararmos de debater, de refletir sobre os impactos dessa tecnologia, em todas as suas facetas, na conformação das relações sociais, dos desafios postos à configuração do Estado de Direito.

Por conseguinte, propomo-nos a pensar, ainda que de modo introdutório, pois parte de um projeto de estudos maior, o que a liberdade de expressão, em um mundo digital, pode vir a tornar-se, e quais consequências potenciais podem advir do estabelecimento ou não de limites, regulações e responsabilizações diante de eventuais pretensões abusivas ao seu exercício através de ambientes digitais.

## 1. UMA NECESSÁRIA CONTEXTUALIZAÇÃO: O PANO DE FUNDO

Em várias partes do globo estão a emergir, com tensão crescente, embates entre governos, organizações multilaterais e as empresas detentoras das redes sociais, em que o contexto tem sido dominado por denúncias de desinformação e manipulação de um lado, e censura e silenciamento de outro. Isto é, alguns governos e organismos internacionais têm demonstrado profunda preocupação com a possibilidade de que os pleitos eleitorais sejam impactados pela forma como os *algoritmos* operam na conformação dos ambientes digitais, nos quais incontáveis interações sociais ocorrem diuturnamente, haja vista a pouca transparência sobre a metodologia empregada nesse campo.

Já as *Big Techs* têm apelado para a defesa do exercício de uma liberdade de expressão em que condicionamentos por conteúdo é traduzido como uma intervenção ilegítima no debate público, em que *discursos ofensivos e desinformação se combate* com “more speech”, não regulações e/ou responsabilização. Isto é, para tais corporações, como princípio vetor, qualquer ingerência restritiva na produção e difusão de “discurso”, com raríssimas exceções, é lida como censura, em que sobressai o campo da autorregulação em detrimento de propostas regulatórias que advenham de atores externos, sejam estatais ou fruto de documentos e entidades do Direito Internacional dos Direitos Humanos<sup>1</sup>, o que inclui, por consequência, decisões edificadas em *Cortes Nacionais e Internacionais*.

---

1 Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Nessa linha, temos o cenário australiano, no qual, nos últimos tempos, esse quadro ficou bem visível, sendo verificável, por exemplo, quando *Elon Musk*, proprietário da plataforma X, após um magistrado daquele país determinar o bloqueio de uma postagem a respeito de uma violência praticada contra um religioso quando em sua igreja, taxou a referida decisão judicial de *censura*, afrontando a liberdade de expressão, levando o Primeiro-Ministro australiano, por sua vez, a ressaltar que ninguém poderia se considerar acima da lei e da ética pública.<sup>2</sup>

Enfretamentos como esse tendem a aumentar e tornar-se mais rotineiros, haja vista que grandes plataformas sociais, como X e Meta, decidiram, nos últimos tempo, abolir ou restringir profundamente suas políticas de regulação de conteúdo, ampliando a conflituosidade entre a perspectiva de um *mercado livre de ideias* e outra, em campo oposto, em que o ato de regular e responsabilizar, ainda que excepcionalmente, é traduzido como garantia dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Esses contornos normativos são visíveis, por exemplo, nas novas diretrizes da Meta, a qual é sintetizada como *More Speech and Fewer Mistakes*, em que, após recuperar a presença, até então, na citada plataforma, de um complexo sistema de gerenciamento e moderação de conteúdo, afirmou-se que este estaria diminuindo o espaço da livre expressão que a empresa, desde sua origem, pretendeu estabelecer. Isto é, na perspectiva da corporação, esse quadro exigia uma *correção de rumos*.<sup>3</sup>

Na esteira dessa *correção*, estruturas regulatórias geridas por *terceiros*, serão substituídas pelo que foi denominado de “Community Notes model”, o qual, como seu próprio nome já explicita, é modelado pela interpretação dos próprios usuários dos serviços. Isto é, a ideia, nessa abordagem, a qual é confluente com a já presente no X, é não mais depender de “agentes externos” como

- 2 ACCORSINI, Jeanne. Elon Musk accuses Australia of censorship after court bans violent video. NBC News. April, 23 2024. Source Associated Press. Disponível em: <<https://www.nbcnews.com/news/world/elon-musk-accuses-australia-censorship-court-bans-violent-video-rcna148915>>. Acesso em: 22/01/2025. É na Austrália também que encontramos a proposta legislativa regulatória que pretende vedar, sob pena de pesadas multas, o acesso das redes sociais aos menores de 16 anos de idade. Cf. WHITEMAN, Hilary. Austrália propõe lei que proíbe uso de redes sociais para menores de 16 anos. Projeto ainda sugere multas milionárias para empresas que descumprirem o acordo. CNN Brasil – Internacional. 21/11/2024. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/australia-propoe-lei-que-proibe-uso-de-redes-sociais-para-menores-de-16-anos/>>. Acesso em 22/01/2025.
- 3 “In recent years we’ve developed increasingly complex systems to manage content across our platforms, [...] This approach has gone too far. As well-intentioned as many of these efforts have been, they have expanded over time to the point where we are making too many mistakes, frustrating our users and too often getting in the way of the free expression we set out to enable. [...] We want to fix that and return to that fundamental commitment to free expression. Today, we’re making some changes to stay true to that ideal”. KAPLAN, Joel. More Speech and Fewer Mistakes. META. January 7, 2025. Disponível em: <<https://about.fb.com/news/2025/01/meta-more-speech-fewer-mistakes/>>. Acesso em: 22/01/2025.

gestores de conteúdo, pois tal atribuição é compartilhada com a *comunidade*, o que, na visão da empresa, pode conduzir ao aumento de participação e transparência na análise do que está sendo *compartilhado* e, por consequência, diminuiria o risco de censura ao permitir mais discurso (*Allowing More Speech*).<sup>4</sup>

Todavia, essas novas regras e abordagens corporativas produziram uma série de controvérsias em relação a possibilidade de propagação de desinformação, manipulação e Fake News, além dos denominados discursos de ódio<sup>5</sup>, levando que autoridades governamentais e entidades da sociedade civil solicitassem maiores esclarecimentos e, até mesmo, providências, a respeito dos prováveis impactos negativos dessas medidas, haja vista a inegável força impulsionadora e conformadora que tais plataformas têm adquirido nos diversos campos das relações sociais.

Ilustrativamente, no Brasil, o MPF (Ministério Público Federal), através de sua Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão no Acre, pediu informações a empresa *Meta* sobre suas novas orientações de gestão de *conteúdo de ódio*, pois segundo as diretrizes, agora vigentes, “passaram a permitir a publicação de posts que associam “doenças mentais” à identidade de gênero ou à orientação sexual”. Ou seja, segundo o MPF, é preciso investigar se tais métodos não violam os direitos fundamentais das populações LGBTQIA+, potencializando preconceitos pejorativos e a violência contra as populações destinatárias dessas *falas de ódio*.<sup>6</sup>

4 Cf. KAPLAN, Joel. More Speech and Fewer Mistakes. *META*. January 7, 2025. Disponível em: <<https://about.fb.com/news/2025/01/meta-more-speech-fewer-mistakes/>>. Acesso em: 22/01/2025.

5 Aqui definido como práticas comunicativas que negam, de modo obsessivo e radical, a própria ideia de igualdade discursiva, de reconhecimento recíproco, instrumentalizando a dimensão dialógica subjacente ao exercício da liberdade de expressão, pretendo *abafar a expressão do outro*, fazendo *calar a sua voz, estigmatizá-lo*, pretendendo perpetuar segregações e exclusões estereotipadas e naturalizadas da identidade desse *outro*, sem qualquer procura por *encontro e compartilhamento*. Ou seja, “[...] o discurso do ódio refere-se a palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas”. BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano. *Direito Público*, [S. l.], v. 4, n. 15, Jan-Fev-Mar, p.117-136, 2007. [Doutrina Estrangeira] Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1418>>. Acesso em: 19/09/2024. Ver, também, para uma visão abrangente: MAITRA, Ishani (ed); MCGOWAN, Mary Kate (ed). **Speech and Harm: Controversies over Free Speech**. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012.

6 NOTÍCIA. Inquérito apura prejuízos causados a pessoas LGBTQIA+ pelas mudanças anunciadas pela Meta. Ministério Público Federal (Direitos do Cidadão). 16/01/2025. Disponível em: <<https://www.mpf.mp.br/ac/sala-de-imprensa/noticias-ac/inquerito-apura-prejuizos-causados-a-pessoas-lgbtqia-pelas-mudancas-anunciadas-pela-meta>>. Acesso em 23/01/2025. Ver, também: FALCÃO, Márcio; VIEIRA, Bianka. MPF cobra explicações da Meta sobre mudanças nas políticas de moderação de plataformas. *G1. Política*. 08/01/2025. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2025/01/08/mpf-cobra-explicacoes-da-meta-sobre-mudancas-nas-politicas-de-moderacao-em-plataformas-digitais.ghtml>>. Acesso em: 23/01/2025.

Ainda no Brasil, no mês de agosto de 2024, tivemos a decisão, tomada pelo Ministro Alexandre de Moraes, do STF, no âmbito da 1ª Turma daquela Corte, no bojo da *Petição 12.404*, de *suspender* a plataforma X<sup>7</sup>, decisão esta que, em razão de seu impacto, transcendeu as fronteiras brasileiras e foi notícia em vários meios internacionais<sup>8</sup>, já que explicitou a tensão, aqui já apontada, entre censura, responsabilização e legítima regulação.<sup>9</sup>

Com fundamento em várias normas internas, como, por exemplo, a Lei 12.965/2012 (Marco Civil da Internet), além da óbvia referência ao texto constitucional vigente e de um diálogo com entendimentos estrangeiros, o citado Ministro focou-se na garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos e usuários da plataforma e, por consequência, da responsabilidade desta diante de pretensões abusivas à livre expressão.<sup>10</sup>

Nessa linha, justificou-se a suspensão em razão do descumprimento reiterado de decisões judiciais pelo X, o que, segundo o Ministro Alexandre de Moraes, também significaria uma tentativa de *obstrução da justiça*, além de que estaria ocorrendo uma instrumentalização das *redes*, com a potencial disseminação de desinformação e de discursos extremistas antidemocráticos.<sup>11</sup>

A ênfase na dimensão da responsabilização é visível em várias passagens de sua decisão, como, por exemplo, quando recupera decisão tomada em *Petição* anterior, em que se lê:

- 
- 7 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal** (Decisão Monocrática – 1ª Turma). *Petição 12.404/DF*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. 30 de Agosto de 2024. Brasília: STF, [2024], p.49. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2024/08/PET-12404-Assinada.pdf>>. Acesso em: 25/01/2025.
  - 8 Cf. NOTÍCIA. Imprensa internacional repercute suspensão do X após determinação de Moraes. *O Globo*. Política. 30 de Agosto de 2024. Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/politica/noticia/2024/08/30/midia-internacional-repercute-suspensao-do-x-apos-determinacao-de-moraes-ultimato.ghtml>>. Acesso em: 25/01/2025.
  - 9 Registre-se que essa decisão, posteriormente, foi referendada, por unanimidade, pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Cf. NOTÍCIA. STF confirma decisão que suspendeu o X, antigo Twitter, em todo o país. **Supremo Tribunal Federal**. Mais Notícias. 02/09/2024. Disponível em: <[https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/stf-confirma-decisao-que-suspendeu-o-x-antigo-twitter-em-todo-o-pais/#:~:text=A%20Primeira%20Turma%20do%20Supremo,segunda%2Dfeira%20\(2\)>](https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/stf-confirma-decisao-que-suspendeu-o-x-antigo-twitter-em-todo-o-pais/#:~:text=A%20Primeira%20Turma%20do%20Supremo,segunda%2Dfeira%20(2)>)>. Acesso em: 25/01/2025.
  - 10 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal** (Decisão Monocrática – 1ª Turma). *Petição 12.404/DF*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. 30 de Agosto de 2024. Brasília: STF, [2024], p.7-12. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2024/08/PET-12404-Assinada.pdf>>. Acesso em: 25/01/2025. No mesmo tom, mais a frente em sua decisão, em diálogo com pensamento estadunidense, o referido Ministro do STF anota que não há que se afastar a “possibilidade de responsabilização pelo desvio de finalidade na utilização da liberdade de expressão”, haja vista que esta liberdade fundamental “não poderá ser utilizada como escudo protetivo para prática de atividades ilícitas [...]”. (p. 24-25).
  - 11 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal** (Decisão Monocrática – 1ª Turma). *Petição 12.404/DF*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. 30 de Agosto de 2024. Brasília: STF, [2024], p.16-22; p. 14-17; p. 32, entre outras passagens. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2024/08/PET-12404-Assinada.pdf>>. Acesso em: 25/01/2025.



A liberdade de expressão é consagrada constitucionalmente e balizada pelo binômio LIBERDADE E RESPONSABILIDADE, ou seja, o exercício desse direito não pode ser utilizado como verdadeiro escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas. Não se confunde liberdade de expressão com impunidade para agressão. 3. Dessa maneira, uma vez desvirtuado criminosamente o exercício da liberdade de expressão, a Constituição Federal e a legislação autorizam medidas repressivas civis e penais, tanto de natureza cautelar quanto definitivas.<sup>12</sup>

Como se verifica, a situação versou sobre o enfrentamento entre concepções díspares do âmbito protetivo da liberdade de expressão, em que a *Plataforma Privada* defende ser a mais ampla e incondicionada, ainda que diante de *discursos altamente radicais*, e uma posição normativa que assume a tese de ser livre é ser simultaneamente responsável por suas falas-condutas, sejam espaços físicos ou virtuais, já que não há liberdade fundamental para se praticar atos contrários ao nosso ordenamento jurídico-constitucional.

Em suma, na perspectiva assumida pelo Ministro Alexandre de Moraes, a

[...] realização de um efetivo controle legal e, conseqüentemente, jurisdicional, à desinformação é uma realidade mundial, especialmente em relação a conteúdos que configuram discursos nazistas, racistas, misóginos, prática de terrorismo, discurso de ódio e supressão da ordem democrática e do Estado de Direito, para garantir a defesa da eficácia dos Direitos Fundamentais, de caráter igualitário e universal.<sup>13</sup>

Por sua vez, a União Europeia, a partir de demandas apresentadas por políticos alemães que entendem estar ocorrendo uma indevida e ilegítima ingerência da Plataforma X no cenário político-eleitoral daquele país, pois essa estaria “impulsionando” conteúdos vinculados a extrema direita, determinou que o X “[...] to hand over internal documents regarding its recommendation algorithm”, além de também emitir uma “[...] “retention order” for all relevant documents relating to how the algorithm could be amended in future”.<sup>14</sup>

Percebe-se, nessas duas situações, ainda que apresentadas rapidamente, a tensão emergente entre atores governamentais, associações civis e empresas detentoras das redes sociais, diante dos contemporâneos caminhos adotados no

12 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal** (Decisão Monocrática – 1ª Turma). *Petição 12.404/DF*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. 30 de Agosto de 2024. Brasília: STF, [2024], p.18. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2024/08/PET-12404-Assinado.pdf>>. Acesso em: 25/01/2025.

13 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal** (Decisão Monocrática – 1ª Turma). *Petição 12.404/DF*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. 30 de Agosto de 2024. Brasília: STF, [2024], p.29. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2024/08/PET-12404-Assinado.pdf>>. Acesso em: 25/01/2025.

14 ESPINOZA, Javier; BOUNDS, Andy; PITEL, Laura. Brussels orders X to hand over documents on algorithm. Request follows complaints from politicians about Elon Musk’s platform boosting far-right AfD party. **Financial Times**. Article. Jan. 17, 2025. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/a6dc562c-4fa0-4ec6-9f3a-ad3be594bc7c>>. Acesso em: 21/01/2025.



que tange à moderação de discursos. Ou seja, visualiza-se que há uma tendência em se procurar entender como essas recentes alterações nas políticas dessas corporações podem estar influenciando as interações sociais e os ambientes eleitorais, em última medida, como elas podem estar atingindo, distorcendo e desequilibrando o próprio operar dos processos deliberativos democráticos.<sup>15</sup>

É também na União Europeia que encontramos o *Digital Services Act*, dispositivo regulatório proposto em 2022, entrando em pleno vigor em fevereiro de 2024, tendo como finalidade precípua a prevenção e responsabilização das plataformas digitais pela difusão de desinformação e conteúdos tidos como ilegais, nocivos e abusivos, conflitando com os direitos fundamentais dos que usam tais redes, em que *abertura* não é sinônimo de que *tudo pode*, propiciando maior *transparência algorítmica* e um “greater democratic control and oversight over systemic platforms” e a “mitigation of systemic risks, such as manipulation or disinformation”.<sup>16</sup>

O cenário mostra-se de conflito e fortes embates, *oscilando* entre *luzes e sombras*, com posições antagônicas quanto ao âmbito de aplicação da livre expressão em sociedades plurais e hoje marcadas por interações digitais, em que a *Internet* e o *Cyberspace* carregam consigo uma profunda dose de ambiguidade, pois podem ser ferramentas de inclusão democrática e, simultaneamente, meios de exclusão autocrática.

Não há como negar que a tecnologia, como em outros momentos da história, faz com que conceitos como liberdade e igualdade sejam deslocados e reinterpretados, mas essa tarefa de reconstrução não implica *terra arrasada* ou *grau zero* do conhecimento, mas ao contrário, impõe, como um imperativo, que levemos a sério a historicidade que gravita em torno das *lutas* travadas na dimensão do reconhecimento dos direitos constitucionais.

Em outras palavras, devemos nos perguntar se podemos reduzir os processos deliberativos democráticos, sua temporalidade e espacialidade, *suas liberdades e igualdades*, ao número de visualizações, a taxas de engajamentos pelo que foi *postado*, à quantidade de visualizações? Democracia constitucional *nas nuvens*, reduzida a mecanismos de busca e *(des)encontros* virtuais? Seriam as instâncias corporativas mais adequadas e legítimas do que o Estado Nacional

15 Em síntese, como ressaltou a responsável para “Tech Sovereignty, Security and Democracy” da União Europeia, *Henna Virkkunen*: “We are committed to ensuring that every platform operating in the EU respects our legislation, which aims to make the online environment fair, safe, and democratic for all European citizens”. ESPINOZA, Javier; BOUNDS, Andy; PITEL, Laura. Brussels orders X to hand over documents on algorithm. Request follows complaints from politicians about Elon Musk’s platform boosting far-right AfD party. *Financial Times*. Article. Jan. 17, 2025. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/a6dc562c-4fa0-4ec6-9f3a-ad3be594bc7c>>. Acesso em: 21/01/2025.

16 THE DIGITAL SERVICES ACT. Ensuring a safe and accountable online environment. 2022. European Commission. Disponível em: <[https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act\\_en](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act_en)>. Acesso em: 23/01/2025.

e ordens multilaterais para garantir o exercício democrático da liberdade de expressão?

Além disso, na dimensão das *Big Techs*, como fica a intrínseca relação entre transparência, publicidade e democracia diante de algoritmos demasiadamente inescrutáveis, de metodologias *privadas* de impulsionamento de conteúdo de baixa compreensibilidade? Afinal, como *os dados têm sido jogados no campo das interações virtuais*?

Nesse momento, ainda que correndo o risco de certa antecipação, não há como não recuperarmos uma célebre, e ainda muito atual, construção do Justice Louis Brandeis, o qual, em 1913, em artigo denominado “*What publicity can do*”, em que discute, entre outros pontos, a força das grandes corporações do período, enfatiza que “*sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman. And publicity has already played an important part against the Money Trust*”.<sup>17</sup>

Ora, já somos capazes de visualizar, do até aqui exposto, que há um inequívoco choque entre as posições contrárias à regulação/responsabilização das *Big Techs*, que, por estarem, em grande medida, sediadas em território estadunidense, pautam-se pelo padrão normativo vigente naquele país, consubstanciado na 1ª. *Emenda*<sup>18</sup>, no que se refere ao âmbito de incidência protetivo da liberdade de expressão e, por outro lado, diversos ordenamentos nacionais e multilaterais, os quais não afastam alternativas normativas que dispõem sobre responsabilização pelo *conteúdo postado*.<sup>19</sup> Isto é, *ao fim e ao cabo*, há uma recorrente disputa

- 
- 17 BRANDEIS, Louis D. What publicity can do. *Harper's Weekly*. December. 20, p.10-13, 1913, p. 10. Disponível em: <[http://3197d6d14b5f19f2f440-5e13d29c4c016cf96cbfbd197c579b45.r81.cf1.rackcdn.com/collection/papers/1910/1913\\_12\\_20\\_What\\_Publicity\\_Ca.pdf](http://3197d6d14b5f19f2f440-5e13d29c4c016cf96cbfbd197c579b45.r81.cf1.rackcdn.com/collection/papers/1910/1913_12_20_What_Publicity_Ca.pdf)>. Acesso em: 25/01/2025.
- 18 First Amendment. Freedom of Religion, Press, Expression. Ratified 12/15/1791. “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”.
- 19 Em um rápido, mas necessário parêntesis, devemos ressaltar que o âmbito de aplicação da 1ª *Emenda à Constituição dos EUA*, na qual se garante a liberdade de expressão, é, segundo a corrente ora dominante naquele cenário, extremamente amplo, com poucas e excepcionais vedações, o que é verificável na proteção conferida aos *hate speeches*, sendo essa uma linha bem diversa, ousaríamos dizer, quase *insular*, da adotada em outras democracias ocidentais e no direito internacional dos direitos humanos, em que, não obstante a censura ser, categoricamente combatida, a possibilidade de responsabilização jurisdicional, ainda que excepcional, não é afastada completamente. Para uma perspectiva do entendimento predominante no contexto estadunidense, entre tantos precedentes que poderíamos colecionar, citamos: *New York Times Co. v. Sullivan* (1964); *Brandenburg v. Ohio* (1969); *Gertz v. Robert Welch, Inc.* (1974); *R.A.V. v. St. Paul* (1992) e, por fim, *Snyder v. Phelps* (2011). De outro lado, indo à União Europeia, temos os seguintes julgados do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: *Jersild v. Dinamarca* (1994); *Garaudy v. França* (2003); *Norwood v. Reino Unido* (2004); *Erbakan v. Turkey*, (2006); *Féret v. Bélgica* (2009); *Vejdeland e Outros v. Suécia* (2012); *Pastörs v. Germany*, 2019. Confluindo com o cenário internacional, temos o STF, o qual, inúmeras vezes, deixou claro a possibilidade de *responsabilização posterior* por pretensões abusivas à livre expressão, em que sobressai o paradigmático *HC 82424/RS* (2003). Cf. BOYLE, Kevin.

pelos sentidos e âmbito de incidência de *Democracia Constitucional* e *Direitos Fundamentais* em espaços digitais.<sup>20</sup>

## 2. A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E O DESAFIO DO VIRTUAL

No início de 2025, dezenas de instituições de ensino superior e pesquisa na Alemanha, além de algumas austríacas, decidiram retirar-se da Plataforma Online X, alegando que essa, através de seus algoritmos, estaria difundindo notícias falsas com a finalidade de impactar o pleito eleitoral, impulsionando discursos anticientíficos e antidemocráticos. Isto é, como lemos em uma nota comum elaborada pela Universidade de Humboldt, Universidade Livre de Berlim e pela Universidade de Desporto de Colônia, “os valores da diversidade, da liberdade e da ciência já não estão presentes na plataforma [X]”.<sup>21</sup>

Esta pontual situação, quantitativamente irrelevante no universo online das redes sociais, demonstra um aspecto qualitativo e simbólico que não deve ser desconsiderado nos debates atuais sobre o estabelecimento ou não de *fronteiras* na dimensão das redes sociais, qual seja, a questão da legitimidade das mais recentes diretrizes de engajamento virtual presentes em plataformas como o X e Meta, diante de princípios centrais ao operar das democracias constitucionais. Ou seja, a amplitude conferida à livre expressão, incluindo a “proteção” de discursos de ódio e negacionistas, em que propostas de responsabilização e regramento são tidas, na visão das empresas proprietárias das plataformas, aprioristicamente, como *censura* às suas redes sociais, reflexo da posição dominante nos EUA, não é reconhecida, por parcela daquelas sociedades, como válidas e legítimas.<sup>22</sup>

---

Hate Speech – The United States versus the rest of the world? *Maine Law Review*. Vol. 53:2, 2001, p. 488-502; ROSENFELD, Michel. Hate Speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis. *Cardozo Law School* (Working Paper Series). [on line]. no. 41, April, 2001, p. 01-63. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=265939](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=265939)>. Acesso em: 15/09/2007.

- 20 Entretanto, é importante ressaltarmos, desde já, que, quando o nosso objeto é a *tecnologia* e seus impactos em nossa conformação sócio-política, uma precaução deve sempre estar presente, qual seja, a que o juiz *Kennedy*, da *Suprema Corte dos EUA*, formulou, ao redigir a “*Opinion of the Court*” no caso *Packingham v. North Carolina* (2017), em que o campo protetivo da 1ª Emenda de 1791 foi confrontado com o *Cyberspace*, isto é: “The forces and directions of the Internet are so new, so protean, and so far reaching that courts must be conscious that what they say today might be obsolete tomorrow. This case is one of the first this Court has taken to address the relationship between the First Amendment and the modern Internet. As a result, the Court must exercise extreme caution before suggesting that the First Amendment provides scant protection for access to vast networks in that medium”.
- 21 Além dessas instituições de ensino e pesquisa, também a *Corte Federal de Justiça*, alguns clubes esportivos e, até mesmo uma rede de supermercados, decidiram seguir o mesmo caminho, retirando-se da citada rede social. (NOTÍCIA. Mais de 60 universidades alemãs abandonam rede social X. *Deutsche Welle* (DW). Política. Alemanha. 11/01/2025. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-002/mais-de-60-universidades-alem%C3%AAs-abandonam-rede-social-x/a-71271889>>. Acesso em: 27/01/2025).
- 22 Nesse momento, registramos que, a partir da chave interpretativa por nós assumida, tra-

A partir de uma chave interpretativa crítica e reflexiva<sup>23</sup>, que tematiza o alcance e sentido das liberdades e igualdade fundamentais em sua historicidade, *inseridos*, não fora da sociedade, tensionais, pauta pública de debates, o sentido de *legítimo* está vinculado à possibilidade de *disputa*, de desnaturalizar alternativas que se querem inevitáveis, em que o reconhecimento normativo é construído intersubjetivamente. Ou seja, assumimos que uma decisão, democraticamente legítima, exige algum nível de reconhecimento intersubjetivo e dialogicidade, bertura à alteridade, não sendo passível termos um *legítimo autoevidente*, haja vista que, em um Estado Democrático de Direito, como aqui por nós traduzido, legitimidade impõe indagarmos sobre compartilhamento e pertença, sobre como os *consensos* são estabelecidos.

Nessa linha, gestos como os das instituições alemãs, explicitam o *não reconhecimento*, como legítimo, das mais recentes orientações sobre a gestão dos conteúdos e do papel da arquitetura algorítmica, entendendo que algum regramento e normatividade pública deve incidir no campo das redes sociais, o que, não significa, por si só, a defesa de *censura*, mas sim de responsabilidade pelo *postado e impulsionado*. Isto é, parte-se da compreensão de que *redes sociais* não são sinônimo de operar democrático, não sendo uma *relação automática*.

Com efeito, não devemos nos esquecer de uma advertência que *Benjamin Barber* expressa, ainda no ano de 1997, pois, após anotar que as *tecnologias comunicacionais* já era *idolatradas* em quase todos os lugares, escreve que era preciso não sermos ingênuos, haja vista que associar as “[...] new technologies

---

duzimos *censura* como um ato prévio, uma ilegítima restrição aprioristicamente realizada, enquanto *responsabilizar* é um ato previsto em lei anterior, aplicável com todas as garantias do *devido processo legal*, proporcional e razoável, uma restrição imposta *a posteriori*, uma incidência que só ocorre após o *ato de fala* ser enunciado, demonstrando que não há *liberdade fundamental* que seja incondicionada e absoluta. Nesse sentido, qualquer responsabilização, que, sem dúvida, é uma restrição, deve operar como *condição de possibilidade* do próprio discurso público, da própria liberdade de expressão dialogicamente tomada, ou seja, como lemos na “Opinião Consultiva 05/1985”, oriunda da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual dispõe, didaticamente, em seu parágrafo 39: “El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido. Aún en este caso, para que tal responsabilidad pueda establecerse válidamente, según la Convención, es preciso que se reúnan varios requisitos, a saber: a) La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas; b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley; c) La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y d) Que esas causales de responsabilidad sean “necesarias para asegurar ‘los mencionados fines’.” (OPINIÓN CONSULTIVA OC-5/85. La Colegiación Obligatoria de Periodistas. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 13 de Noviembre de 1985. par. 39. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_05\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf)>. Acesso em: 28/01/2025). Essa *possibilidade* de responsabilização por pretensões abusivas é visível, por exemplo, nas decisões da União Europeia e no STF, citadas na nota 17. Sobre esse tópico, ver, também: OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de Expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, p. 99-103.

23 Cf. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição*. 3ª. ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2023.

directly to democracy, is far more controversial, palpably dangerous if not entirely false”, apontando que o “[...] trouble with the zealots of technology as an instrument of democratic liberation is not their understanding of technology but their grasp of democracy”.<sup>24</sup>

Ora, como podemos reconhecer normativas que impactam, profundamente nosso cotidiano, interações sociais, nossa própria identidade e visão de mundo, gerando consequências nos próprios processos eleitorais e na afirmação dos direitos fundamentais, quando delas não podemos *divergir*? Isto é, em que lugar encontramos o legítimo nos complexos e ininteligíveis *Termos de Uso*, os quais dispõem sobre as *diretrizes das plataformas*, estabelecendo *direitos e deveres* sobre coleta de dados, privacidade e publicidade, já que só temos a opção, *para participar, de clicarmos em Aceitar*?

Nesse ponto, a problematização da legitimidade emerge como uma necessidade, pois do contrário admitiremos que somos autômatos, *meros receptores* de abrangentes normatividades oriundas de grandes corporações tecnológicas, as quais não podem, por sua amplitude, serem tidas como *contratos que dizem respeito exclusivamente aos contratantes diretos*, haja vista que, como já vimos, não há como negar os potenciais impactos, tanto positivos quando de retrocessos, em termos de conformação da sociedade.

Dito de outro modo, refletir sobre o exercício da liberdade de expressão, em suas diversas facetas, na atualidade, exige contextualização crítica, a qual demanda que se as *redes sociais* ampliaram, como nunca antes visto, a possibilidade de interações e difusão de ideias, também elas têm se mostrado como fonte de manipulação e desinformação, tornando-se um perigoso simulacro, em que os *cidadãos* são substituídos por *usuários*, plateia naturalizada para “*conteúdos pré-pagos*”.<sup>25</sup>

Além disso, não podemos desconsiderar que toda essa tecnologia interativa, que nos mantém continuamente interligados, produzindo uma dependência inegável de seus meios em nosso dia a dia, desvelando uma capacidade imensurável de predição comportamental, são *corporações* “de capital aberto”, ou seja, os espaços virtuais de tais redes, por mais atrativos que se apresentem, não são equivalentes a uma *via pública democraticamente plural*, pois, por exemplo, “embora o Facebook pareça uma moderna praça de cidade, a empresa determina, de acordo com os próprios interesses, o que vemos e aprendemos em sua rede social”.<sup>26</sup>

24 BARBER, Benjamin R. The New Telecommunications Technology: endless frontier or the end of democracy? *Constellations*. Vol. 4 (2). p. 208-228, 1997, p. 208; p.224.

25 Cf. CHOMSKY, Noam. *Media Control: the spectacular achievements of propaganda*. Second Edition. Seven Stories Press, New York (NY), 2002. (On Line)

26 O'NEIL, Cathy. *Algoritmos de destruição em massa: como o Big Data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia*. Trad. Rafael Abraham. Santo André, SP: Editora Rua do Sabão, 2020, p. 279.

Por conseguinte, ao refletirmos sobre a relação entre liberdade de expressão, poderes públicos e ambientes digitais, devemos partir da constatação que essas *novas praças digitais*, esses *espaços virtuais*, não são um *vazio normativo*, já há *regramentos*, haja vista que construídos, mantidos e hospedados *pelas e nas Big Techs*, em que os pouco transparentes sistemas algorítmicos não são neutros, vinculados e instrumentalizados que são não só aos interesses empresariais diretos, mas também a cosmovisões de mundo subjacentes a eles.<sup>27</sup> Ou seja, uma revolução tecnológica não é apenas uma questão de controle da técnica, mas também de escolhas econômicas, éticas e políticas<sup>28</sup>, com consequências imprevisíveis sobre as liberdades democráticas, sobre o sentido do *espaço comum*, tanto físico quanto digital.

Ora, em 1996, *John Perry Barlow* escreveu sua famosa *Declaration of the Independence of Cyberspace*, um manifesto utópico, em que esse *espaço* estaria para além dos governos e suas regulações, em que há uma premissa de que o *passado* impede o *futuro* de acontecer, por isso pede que *deixem o cyberspace* em paz, já que o *passado* não é bem-vindo, pois o *cyberspace* é um *espaço social global* sem tiranias que os governos tentam impor, em que os governados não são escutados nem consentem, além de que o esse mesmo espaço não resulta de um “[...] public construction Project”, haja vista que é um “[...] act of nature and it grows itself through our collective actions”.

Nesse mesmo diapasão, *Barlow* acrescenta que não há necessidade de interferências *externas* para se resolver *injustiças* que porventura venham a emergir naquele vasto território da mente, pois essas injustiças serão identificadas e resolvidas *internamente*, pelos próprios meios que o *cyberspace* possui, em que a *governança* “[...] will arise according to the conditions of our world, not yours”.<sup>29</sup>

Em suma, segundo a visão de *Perry Barlow*, o *cyberspace* como um

[...] world that all may enter without privilege or prejudice accorded by race, economic power, military force, or station of birth. We are creating a world where anyone, anywhere may express his or her beliefs, no matter how singular, without fear of being coerced into silence or conformity. Your legal

27 Dito de modo direto, na companhia de *Melvin Kranzberg*: “Technology is neither good, nor bad; nor it is neutral”. (*apud* SOARES, Pedro Silveira Campos. *Conflitos de leis e proteção de dados pessoais. Brasil e União Europeia em perspectiva*. São Paulo: Almedina, 2024, *sp*).

28 Como nos lembra *Shoshana Zuboff*, há sempre o risco de sermos seduzidos e cairmos na “[...] *armadilha da ilusão da tecnologia*”, invisibilizando o fato de que “[...] cada geração pisa em falso na areia movediça do esquecimento de que a tecnologia é uma expressão de outros interesses”. ZUBOFF, Shoshana. *A Era do Capitalismo de Vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 28.

29 BARLOW, John Perry. *A Declaration of the Independence of Cyberspace*. Feb. 8, 1996. *Duke Law & Technology Review*, 18, p. 5-7, 2019, p. 5. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1337&context=dltr>>. Acesso em: 27/01/2025.



concepts of property, expression, identity, movement, and context do not apply to us. They are all based on matter, and there is no matter here.<sup>30</sup>

Contudo, pelo caminho por nós até aqui trilhado, essas belas imagens da *técnica* desvelam possuir uma outra dimensão, uma face *distópica*, já que desinformação, negacionismo e discursos de puro ódio não estão sendo *resolvidos* tão-somente por *meios internos*, por *autorregulação*, sendo esse o centro dos debates e conflitos atualmente verificáveis, daí a questão da *legitimidade normativa*, do imperativo de problematizar a distinção entre *censura* e *responsabilização*, pois, um *Mundo Novo*, ainda que *Admirável*, para nos apropriar de *Aldous Huxley*<sup>31</sup>, não está imune a ser manipulado por *revoluções científicas* em que indagações éticas são descartadas em nome de um *futuro que se quer inevitável*.<sup>32</sup>

Essa distopia torna-se ainda visível quando pensamos que tais *plataformas* não são efetivamente abertas e configuradas, haja vista que são configuradas pelos interesses corporativos que lhe deram origem, fazendo que vislumbremos, no universo online, monopólios digitais<sup>33</sup>, não exclusivamente econômicos, mas também na produção e circulação de *ideias*, haja vista que são poucos os *atores* que detém poder normativo nesse campo das interações. Ou seja, para além das potencialidades emancipatórias que a tecnologia das redes sociais fez surgir, há também a circunstância de que é indubitável “[...] the creation of massive tech monopolies”.<sup>34</sup>

Com efeito, essa é uma preocupação recorrente em termos de democracia constitucional, já que *desconcentração*, *pluralidade* e *multiplicidade de vozes* requerem mais que a mera acessibilidade aos meios tecnológicos, sob pena de não problematizarmos as distorções oriundas, no que se refere ao exercício da liberdade de expressão, que podem emergir da *concentração comunicacional*, seja em decorrência de ilegítimas intervenções estatais, assim como de pretensões ilegítimas atribuíveis a *poderes privados*.<sup>35</sup> Ou seja, o risco de *privatização*

30 BARLOW, John Perry. A Declaration of the Independence of Cyberspace. Feb. 8, 1996. *Duke Law & Technology Review*, 18, p. 5-7, 2019, p. 6. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1337&context=dltr>>. Acesso em: 27/01/2025.

31 HUXLEY, Aldous Leonard. *Admirável Mundo Novo*. São Paulo: Biblioteca Azul, 2022.

32 Para uma visão mais abrangente das relações de tensão entre condições comunicativas da política deliberativa democrática *vs.* uma cultura midiática não regulada e dos sérios riscos para a formação democrática da opinião e da vontade, como questão constitucional e não meramente mercadológica/mercantil, ver: HABERMAS, Jürgen. *Uma Nova Mudança Estrutural da Esfera Pública e a Política Deliberativa*. São Paulo: Unesp, 2023.

33 Cf. BARTLETT, Jamie. *The People vs Tech. How the internet is killing democracy (and how we save it)*. London: Ebury Press, 2018, p. 131-159.

34 BARTLETT, Jamie. *The People vs Tech. How the internet is killing democracy (and how we save it)*. London: Ebury Press, 2018, p. 131.

35 Ora, mesmo em um contexto em que a liberdade de expressão recebe raras restrições, a preocupação com a *força* e *influências das grandes plataformas* não é descon siderada, é o que se

do público não é uma exclusividade estatal, já que a instrumentalização dos espaços democráticos também pode ocorrer sob auspícios *privatísticos*, para nos apropriar de uma imagem habermasiana.<sup>36</sup>

Verificamos, assim, que para a compreensão da *legitimidade normativa* das plataformas digitais, a *(des)concentração da propriedade importa*<sup>37</sup>, do mesmo modo que a *Separação dos Poderes* é a pedra angular de um Estado Democrático de Direito<sup>38</sup>, o que impõe, em síntese, que não mais aceitemos, passiva e ingenuamente, a tese de que o *exclusivo risco à livre expressão* advenha do Estado e suas interferências legais.<sup>39</sup>

Essa preocupação é visível em vários documentos internacionais, como, por exemplo, a denominada *Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão*, de 2000, da *Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, a qual, após recusar qualquer tipo de censura prévia, dispõe, em ponto 12, que

os monopólios ou oligopólios na propriedade e controle dos meios de comunicação devem estar sujeitos a leis antimonopólio, uma vez que conspiram

---

nota na recente situação envolvendo a presença/suspensão da plataforma chinesa *TikTok* nos EUA, em que indagações sobre *segurança nacional e proteção de dados sensíveis* levaram a aprovação e, posterior declaração de constitucionalidade pela *Supreme Court*, do chamado “*The Protecting Americans From Foreign-Adversary-Controlled Applications Act*”, o qual, grosso modo, visa alterar o controle societário do *TikTok*, passando-o para *controle estadunidense*, sendo esse um pressuposto para que a plataforma possa continuar operando naquele território. Registre-se que o Presidente Donald Trump decidiu adiar, por 75 dias, a suspensão que a lei determina, visando construir um acordo para que as atividades da plataforma não sejam atingidas diretamente. Cf. FRENCH, David. The Supreme Court’s TikTok Ruling Signals a New Age of Competition. *The New York Times*. NY. Opinion. Jan. 17, 2025. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2025/01/17/opinion/supreme-court-tiktok-ban.html>>. Acesso em: 21/01/2025;

NOTÍCIA. Trump suspende proibição ao TikTok e dá 75 dias para rede social encontrar comprador. *O Globo* (Tecnologia). Bloomberg. 21/01/2025. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2025/01/21/trump-suspende-proibicao-ao-tiktok-e-da-75-dias-para-rede-social-encontrar-comprador.ghml>>. Acesso em: 29/01/2025.

- 36 HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 165.
- 37 Ainda que sejam abordagem voltadas, em grande medida, para as *mídias tradicionais*, entendemos que é uma literatura que deve ser levada ao debate *digital*, sendo assim, ver: BAKER, C. Edwin. *Media Concentration and Democracy – Why Ownership Matters*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007; BAGDIKIAN, Ben H. *The New Media Monopoly*. Boston, Massachusetts: Beacon Press, 2004.
- 38 BAKER, C. Edwin. *Media Concentration and Democracy – Why Ownership Matters*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 19.
- 39 Como escreve Owen Fiss: “Em algumas instâncias, instrumentos do Estado tentarão inibir o debate livre e aberto [...]. Em outras instâncias, contudo, o Estado pode ter que agir para promover a robustez do debate público em circunstâncias nas quais poderes fora do Estado estão inibindo o discurso”. FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 30. Grifos Nossos.



contra a democracia ao restringirem a pluralidade e a diversidade que asseguram o pleno exercício do direito dos cidadãos à informação.<sup>40</sup>

Diante de quadro, denota-se que se “em algumas instâncias, instrumentos do Estado tentarão inibir o debate livre e aberto”, em outras

[...] contudo, o Estado pode ter que agir para promover a robustez do debate público em circunstâncias nas quais **poderes fora do Estado** estão inibindo o discurso. Ele pode ter que alocar recursos públicos – **distribuir megafones** – para aqueles cujas vozes não seriam escutadas na praça pública de outra maneira”.<sup>41</sup>

Esse tipo de *política distributiva*, vinculada a conferir legitimidade ao exercício das liberdades comunicativas, assume que algumas interferências são necessárias ao próprio operar das deliberações democráticas, desnaturalizando a noção de que o Estado só pode ser constritor das liberdades, além de não desconhecer que as *Big Techs*, em nosso caso, em virtude de seu enorme poder de influência e conformação social, são capazes de *modelar e/ou influenciar* os processos políticos-eleitorais segundo suas estratégias corporativas, sendo, potencialmente, um risco tão grande quanto o aparato estatal.<sup>42</sup>

Por conseguinte, na dimensão das liberdades comunicativas e informacionais, a inação normativa dos poderes públicos pode ser tão prejudicial ao Estado Democrático de Direito quanto uma intervenção desmedida, ou seja, assim “[...] *como ya no es posible suponer que el sector privado es todo libertad, tampoco podemos seguir suponiendo que el Estado es toda censura*”, ja

---

40 DECLARAÇÃO DE PRINCÍPIOS SOBRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 108º Período Ordinário de Sessões. 16 a 27 de Outubro de 2000. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/principiosLE.pdf>>. Acesso em: 28/01/2025. Em linha confluyente: “The private sector alone, that is, the market, cannot guarantee per se a pluralistic media landscape. In a context of increasing concentration in the media, accelerated by digital developments, the role of public service broadcasters becomes crucial, as a counter-balancing factor and to ensure social and democratic cohesion. Therefore, over and above legislative measures on media ownership in the private television sector, it is equally important to strengthen and support the role of public service broadcasting”. (EUROPEAN UNION. Advisory Panel – Media Diversity (AP-MD), § 45, p. 17-18. Council of Europe Steering Committee on the Mass Media (CDMM), Strasbourg, p. 04-31, December, 2002. Disponível em: <<https://rm.coe.int/1680483b2c>>. Acesso em: 19 ago. 2017). Indo ao nosso texto constitucional vigente, verificamos a confluência com esse tipo de normatividade, pois enquanto veda terminantemente a censura (artigo 5º, IX; artigo 220, §2º), também dispõe que “os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio” (§5º, art. 220).

41 FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 30. Grifos Nossos.

42 Há uma assimetria comunicativa, citada pela pensadora *Rae Langton*, que não deveria ser desconsiderada, qual seja: “[...] powerful people can generally do more, say more, and have their speech count for more than can the powerless. If you are powerful, there are more things you can do with your words”. LANGTON, Rae. Speech acts and unspeakable acts. *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 22(4), p. 293-330, 1993, p. 298-299.

que, como vimos, “[...] *en el mundo moderno el Estado puede tanto enriquecer, como empobrecer, el debate público*”.<sup>43</sup>

Todos essas assertivas giram, direta e indiretamente, em torno da exigência de legitimidade democrática, de demandas de pertencimento em um projeto compartilhável, de não ser reduzido a mero *objeto de predição*, a ser cidadão só enquanto *na rede*, um “*netizens*”<sup>44</sup>. Isto é, cidadão diante da tecnologia, não seu súdito, o que tem como premissa inafastável ser destinatário de direitos fundamentais, desvelando que as liberdades fundamentais, as quais implicam as *igualdades*, não se restringem a dimensão vertical, pois também devem poder incidir horizontalmente, sendo anteparos normativos de garantia diante de pretensões ilegítimas e abusivas levantadas tanto por atores governamentais quanto por *entes privados*.<sup>45</sup>

Por consequência, pensarmos o universo online, *as interações virtuais e suas plataformas*, tendo como pano de fundo indagações sobre *transparência, legitimidade e democracia*, significa que não podemos desconhecer que

a realidade digital está tomando conta e redefinindo tudo o que é familiar, antes mesmo de termos tido a chance de ponderar e decidir sobre a situação. Nós celebramos o mundo conectado por causa das muitas maneiras pelas quais ele enriquece nossas capacidades e perspectivas, mas ele gerou novos grandes territórios de ansiedade, perigo e violência conforme o senso de um futuro previsível se esvai por entre nossos dedos.<sup>46</sup>

Para ficarmos na brevidade de uma construção:

It's clear that these technologies have, on balance, made us more informed, wealthier and, in some ways, happier. After all, technology tends to expands

43 FISS, Owen M. *Libertad de Expresión y Estructura Social*. Trad. Jorge F. Malem Seña. México, D.F.: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 1997, p. 30.

44 ZUBOFF, Shoshana. *A Era do Capitalismo de Vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 69.

45 Em breves palavras, dimensão horizontal dos direitos fundamentais é que defende a tese de que a aplicação desses direitos não se volta exclusivamente como garantia contra atores governamentais-estatais (dimensão vertical), mas também pode incidir nas relações entre *particulares*, questionando visões por demais reduzidas do âmbito protetivo dos direitos fundamentais, isto é, supera-se o que foi chamado de uma “*concepção minimalista dos direitos fundamentais*” (GRIMM, Dieter. *A Função Protetiva do Estado*. Trad. Eduardo Mendonça. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Coords.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 149-165, p. 154). Saliente-se que essa *horizontalidade* não é admitida, como regra, no contexto estadunidense. Ver, entre outros: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Livraria Almedina, 2003; LOCKHART, William B.; KAMISAR, Yale; CHOPER, Jesse H.; SHIFFRIN, Steven H. *The American Constitution: cases – comments – questions*. 7ª. ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1991. (American Casebook Series), p. 1145; CHEMERINSKY, Erwin. *Rethinking State Action*. *Northwestern University Law Review*. Vol.80, no.03, fall, 1985, p. 503-557.

46 ZUBOFF, Shoshana. *A Era do Capitalismo de Vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p.14.

human capabilities, produce new opportunities, and increase productivity. But that doesn't necessarily mean that they're good for democracy.<sup>47</sup>

Nesse sentido, como *Norberto Bobbio* um dia ensinou, na democracia a regra tem que ser a mais ampla visibilidade, enquanto o segredo e as sombras encontram-se no campo das exceções justificáveis. Ou seja, democracia constitucional como o domínio do “visível” e do *inteligível*, pois, do mesmo modo que *Louis Brandeis*<sup>48</sup>, acima citado, a “*luz do sol*” é fulcral para o Estado Democrático de Direito, haja vista que “a opacidade do poder é a negação da democracia”.<sup>49</sup>

*Legitimidade*, assim, exige *escrutínio público*, em que cidadania participativa não é redutível ao *clique* ou a um “(dis)like”, ou seja, os princípios retores da democracia constitucional, historicamente construídos, não podem estar subordinados às *diretrizes das plataformas* e a suas *misteriosas operações algorítmicas*, pois a regra é sempre *transparência e compreensibilidade*, não o *segredo* e o *ininteligível*.<sup>50</sup>

Diante do até aqui exposto, verificamos que o estabelecimento de limites normativos não é, ontologicamente, antidemocrático, já que as liberdades públicas devem estar sempre sujeitas ao *controle de um público que não é propriedade do estatal*, pois, do contrário, a *força do sol* tornar-se-ia uma *perversa ilusão*, desconhecendo-se que pretensões abusivas estão sempre à *espreita*.

47 BARTLETT, Jamie. *The People vs Tech. How the internet is killing democracy (and how we save it)*. London: Ebury Press, 2018, p. 2 (Grifos Nossos). Cf. WU, TIM. How Twitter Killed the First Amendment. *The New York Times*. Opinion. Oct. 27, 2017. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/10/27/opinion/twitter-first-amendment.html>>. Acesso em: 30/07/2019.

48 Cf. Nota 16.

49 BOBBIO, Norberto. *Democracia e segredo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 2015, p.29; p. 35.

50 Essa exigência de *transparência* e *cognoscibilidade* resulta em uma tensão entre o tempo-espaço das *redes* e os procedimentos deliberativos democráticos, os quais, tradicionalmente, refletem outra temporalidade, sendo mais “*vagarosos*”, em que decisões, a princípio, resultam de procedimentos marcados por *contraditórios* não restritos a um *número máximo de caracteres*, além de espaços institucionalizados em que as interações são mais *próximas*, em que intermediações normativas operam como potencializadores do *discurso público*. Contudo, para um sistema continuamente *acelerado*, tais características inerentes ao paradigma do Estado Democrático de Direito podem ser tidos como *inconvenientes obstáculos*, demasiadamente *lentos* quando comparados com padrões conformados por *algoritmos*. Isto é, processos deliberativos democráticos, para terem o sentido de legítimo que aqui assumimos, não são redutíveis ao quantitativo de *visualizações* e *curtidas*, não obstante as vantagens informacionais que o mundo virtual abre, já que “[...] characteristics of proximity, symbolism, emotion, and solidarity are very difficult, if not impossible, to replicate in existing virtual places”. ZICK, Timothy. *Speech Out of Doors: preserving First Amendment liberties in public places*. New York, NY: Cambridge University Press, 2008, p. 4. Cf. ZUBOFF, Shoshana. *A Era do Capitalismo de Vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, páginas 70, 122, 126, 138, entre outras; BARTLETT, Jamie. *The People vs Tech. How the internet is killing democracy (and how we save it)*. London: Ebury Press, 2018, p.31-39; p. 69-101.

Ou seja, não negamos a enorme relevância das *plataformas* na construção de um debate público vigoroso, assim como não desconhecemos a centralidade da proteção da liberdade de expressão e da ilegitimidade de qualquer *censura prévia*, todavia, também assumimos que, em uma democracia constitucional, como aqui traduzida, não há zonas imunes à crítica e a potenciais responsabilizações, pois, se assim fosse, *autonomia* individual seria convertida *soberania*, conformando uma profunda contradição performativa com os próprios compromissos históricos de inclusão, presentes tanto nas Constituições das modernas democracias<sup>51</sup>, como em incontáveis documentos do Direito Internacional dos Direitos Humanos.<sup>52</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

“Se o futuro digital deve ser o nosso lar, então somos nós que devemos transformá-lo nisso”

Shoshana Zuboff

Tematizar o *espaço online* impõe que reflitamos a respeito da legitimidade dos procedimentos decisórios, de como os dados são coletados-empregados, como os fluxos informacionais são produzidos e postos a circular, o que exige

51 Nesse ponto, não há como não irmos ao STF, pois, como recupera o *Min. Celso de Mello*, há uma linha jurisprudencial definida que afirma que não há liberdade constitucional ilimitada em um Estado Democrático de Direito como conformado na Constituição de 1988. Como o citado magistrado registra, em passagem de seu voto no *HC 82424/RS*, “**não há**, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam **de caráter absoluto**, mesmo porque razões de **relevante** interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades **legitimam**, ainda que **excepcionalmente**, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, **desde que respeitadas os termos estabelecidos pela própria Constituição**”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424/RS, 17.set. 2003. Rel. Min. Moreira Alves. Relator para o acórdão Min. Presidente Maurício Corrêa. Diário de Justiça, Brasília, 19 mar. 2004, p. 18-19/629-630 (Antecipação de Voto).

52 Essa linha de pensar é que explica o porquê do *Alto Comissário da Nações Unidas para Direitos Humanos*, Volker Türk, afirmar, logo após a mais recente onda de flexibilização da gestão de conteúdo, mesmo dos mais extremistas, levada a efeito por plataformas online como o X e o Meta, que *responsabilizar excessos* é algo bem distinto de *censurar*, não sendo incompatível com os compromissos protetivos, por nós acima lembrado, pois, em sua interpretação, “*allowing hate speech and harmful content online has real world consequences. Regulating this content is not censorship*”, acrescentando, em outro momento, que denominar os “[...] efforts to create safe online spaces as ‘censorship ... ignore[s] the fact that unregulated space means some people are silenced – in particular those whose voices are often marginalized. At the same time, allowing hatred online limits free expression and may result in real world harms’”. Por fim, o referido *Alto Comissário*, ressaltou que “[...] would continue to call for ‘accountability and governance in the digital space, in line with human rights. This safeguards public discourse, builds trust, and protects the dignity of all’”. NOTÍCIA. It’s not censorship to stop hateful online content, insists UN rights chief. UN NEWS (Global Perspective Human Stories). 10/01/2025. Disponível em: <<https://news.un.org/en/story/2025/01/1158886>>. Acesso em: 29/01/2025.

transparência e compreensibilidade sobre acessibilidade algorítmica, pois sem isso não há como aferirmos o nível efetivo de democratização discursiva das redes sociais, haja vista que sem *luminosidade* o processo deliberativo ficará restrito ao decidido por *poucos atores privados*, pelos seus *especialistas*, tornando o ato de informar mais uma *commodity* dentro de um *mercado de ideias* ensimesmado, monopolizado. Ou seja, dizer que as informações são produzidas e disseminadas por *milhões e milhões*, transcendendo marcos e fronteiras físicas-nacionais, não é sinônimo de descentralização democrática, de *não-censura*, de veracidade, não havendo um vínculo inquestionável entre democracia constitucional, direitos fundamentais e as diretrizes das *Big Techs*.

O exercício da liberdade de expressão jamais exigiu tanta atenção, cuidado e crítica, de ser confrontado com toda a historicidade do constitucionalismo democrático, com sua base pluralista, dialógica e de matiz não fundamentalista, em que *aplicativo tecnológico* algum pode pretender ser o avalista do sentido e do âmbito de incidência *legítimo* das *liberdades e igualdades* constitucionais.

Dizermos que a tecnologia se tornou ubíqua e onipresente não pode ser traduzido, ingenuamente, como se exclusivamente o aparato estatal seja capaz de *vilanias*, como se o *tecnológico* estivesse fora do *mundo* e da *história*, e seus produtores e provedores *seres desinteressados*, incapazes de instrumentalizar suas próprias conquistas científicas, como se conexão virtual significasse *sempre* interação democrática, em que *cidadão* é aquele que está *online*. Isto é, precisamos não esquecermos de uma obviedade, qual seja, pessoas não são *bites*, nem suas relações sociais restringem-se ao virtual e a *algoritmos* inescrutáveis.

Desse modo, o aparato do Estado Democrático de Direito, ainda que, em grande medida, estruturado para ambiente analógicos, não deve ser abandonado, mas sim deslocado e relido, pois seus princípios não devem ser deixados fora do *jogo virtual*, já que, sem eles *para incomodar*, as promessas constituintes da *Internet* de democratizar a informação e os meios de interação correm o risco de se perderem, de serem descartadas em pró de processos decisórios pouco transparentes, dominados por velocidades crescentes, realizados em espaços inacessíveis, em que cidadãos não interagem com a tecnologia, mas curvam-se diante dela.

Tudo isso não significa, como reiteradamente exposto em nosso texto, em desconsiderar as potencialidades emancipatórias dos meios virtuais, nem os riscos de ingerências ilegítimas do Estado e seus agentes, mas também não é uma concordância passiva com o que advém das plataformas, pois essas, como qualquer avanço científico, não são *neutras*, já que dependem de escolhas éticas e políticas. Ou seja, defendermos a necessidade, ainda que excepcional e condicionada, de *fronteiras normativas externas*, não é o mesmo que desprezarmos as propostas de autorregulação, já que entendemos que essas dimensões não se excluem aprioristicamente, mas sim que se exigem tensionalmente, compar-

tilhando o *risco* de serem, a todo o tempo, instrumentalizadas, sabedores que *ilegítimas censuras* podem emergir tanto do público-estatal quanto de atores privados, não havendo, nesse campo, qualquer *exclusividade*.

Mas há um ponto que está presente, tanto explícita quanto nas entrelinhas do artigo, que nos é muito caro, que é a circunstância de que legitimidade democrática impõe *mediações jurídicas* extra plataformas, pois como qualquer *mercado*, também aqui distorções podem impactar o modo como as redes sociais operam, levando essas, ao contrário de serem lugares de encontros como prometido, a se transmutarem em *lugar nenhum*, a um *não lugar*, monopolizadas e fechadas, o que demonstra, como antes já visto na história da regulação dos mercados, a necessidade de *políticas antitruste*, ainda mais quando estamos diante de um *mercado de ideias* que se pretende *livre e desinibido*.

Em suma, toda e qualquer (*autor*)*regulação* tem que operar como *condição de possibilidade* da própria abertura do discurso público digitas, não havendo que se buscar um *jogo de soma zero*, não havendo que se pensar em saídas inevitáveis, em **um só futuro**, como se houvesse **um caminho possível a ser trilhado**, em que as escolhas já estão previamente estabelecidas, já que legitimidade exige um consentimento muito mais complexo do que o “li e aceito”.

Com efeito, como pergunta Shoshana Zuboff, como compartilharemos o *virtual* e suas ambiguidades, será como

[...] lar ou exílio? Senhor ou súdito? Amo ou escravo? Esses são temas de conhecimento, autoridade e poder que nunca podem ser resolvidos de maneira resoluta. Não existe o fim da história; cada geração precisa asseverar sua vontade e imaginação à medida que novas ameaças exijam que julguemos a situação sempre de novo em cada época.<sup>53</sup>

Vislumbra-se, assim, a *nostra* responsabilidade pelo que legaremos e partilharemos, ainda que seja um *locus virtual* que *não está em lugar algum* e, simultaneamente, *em todos*, pois seremos *nós* que decidiremos, daí o imperativo da crítica-reflexiva, que esses *loci* sejam adjetivados de *lar* ou *exílio*, o que desvela que todo o longo e árduo processo histórico de afirmação dos direitos fundamentais não pode ser deixado de fora ou à distância dos debates sobre o *tecnológico*, como se o processo deliberativo democrático fosse algo “pontual” para o *universo online*, ou seja, a compreensibilidade desse fenômeno multifacetado não é uma questão que diga respeito exclusivamente aos *experts corporativos*, haja vista que, como buscamos mostrar, as plataformas podem funcionar tanto como mola propulsora para aperfeiçoamentos democráticos, quanto como ferramentas indutoras de autocracia, o que faz emergir a necessidade de estarmos sempre atentos ao sentido de *legitimidade*, da potencial construção de espaços de reconhecimento intersubjetivo, de pertencimento, de encontro e abertura.

53 ZUBOFF, Shoshana. *A Era do Capitalismo de Vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 13-14.



Sob pena de nos alongarmos demasiadamente, ainda que o tema seja extremamente sedutor, desejamos, ao fim, registrarmos que nossa pretensão com esse texto foi a de apontar e explorar a temática, sem qualquer soberba metodológica de verticalizarmos, aqui, outras abordagens que poderiam ter sido realizadas, pois o objeto, além de instigante, é demasiadamente complexo, admitindo que muito mais fosse *dito*, ou seja, o que procuramos realizar, com as limitações que todo artigo de periódico precisa ter, foi construir os fundamentos para futuros aprofundamentos, pois, como dito acima, “*qualquer resposta produzida hoje, pode se mostrar superada amanhã*”, desvelando que há certas temáticas que a procura pelo derradeiro não é só fútil, mas contraproducente.

## REFERÊNCIAS

ACCORSINI, Jeanne. Elon Musk accuses Australia of censorship after court bans violent video. **NBC News**. April, 23 2024. Source Associated Press. Disponível em: <<https://www.nbcnews.com/news/world/elon-musk-accuses-australia-censorship-court-bans-violent-video-rcna148915>>. Acesso em: 22/01/2025.

BAGDIKIAN, Ben H. **The New Media Monopoly**. Boston, Massachusetts: Beacon Press, 2004.

BAKER, C. Edwin. **Media Concentration and Democracy – Why Ownership Matters**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BARBER, Benjamin R. The New Telecommunications Technology: endless frontier or the end of democracy? **Constellations**. Vol. 4 (2). p. 208-228, 1997.

BARLOW, John Perry. A Declaration of the Independence of Cyberspace. Feb. 8, 1996. **Duke Law & Technology Review**, 18, p. 5-7, 2019. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1337&context=dltr>>. Acesso em: 27/01/2025.

BARTLETT, Jamie. **The People vs Tech. How the internet is killing democracy (and how we save it)**. London: Ebury Press, 2018, p. 2 (Grifos Nossos).

BOBBIO, Norberto. **Democracia e segredo**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 2015.

BOYLE, Kevin. Hate Speech – The United States versus the rest of the world? **Maine Law Review**. Vol. 53:2, 2001, p. 488-502;

BRANDEIS, Louis D. What publicity can do. **Harper's Weekly**. December. 20, p.10-13,1913, p. 10. Disponível em: <[http://3197d6d14b5f19f2f440-5e13d29c4c016cf96cbbfd197c579b45.r81.cf1.rackcdn.com/collection/papers/1910/1913\\_12\\_20\\_What\\_Publicity\\_Ca.pdf](http://3197d6d14b5f19f2f440-5e13d29c4c016cf96cbbfd197c579b45.r81.cf1.rackcdn.com/collection/papers/1910/1913_12_20_What_Publicity_Ca.pdf)>. Acesso em: 25/01/2025.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal** (Decisão Monocrática – 1ª Turma). Petição 12.404/DF. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. 30 de Agosto de 2024. Brasília: STF, [2024], p.49. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2024/08/PET-12404-Assinada.pdf>>. Acesso em: 25/01/2025.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 82.424/RS, 17.set. 2003. Rel. Min. Moreira Alves. Relator para o acórdão Min. Presidente Maurício Corrêa. Diário de Justiça, Brasília, 19 mar. 2004.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano. **Direito Público**, [S. l.], v. 4, n. 15, Jan-Fev-Mar, p.117-136, 2007. [Doutrina Estrangeira] Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1418>>. Acesso em: 19/09/2024.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Livraria Almedina, 2003;

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição**. 3ª. ed. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2023.

CHEMERINSKY, Erwin. Rethinking State Action. **Northwestern University Law Review**. Vol.80, no.03, fall, 1985, p. 503-557.

CHOMSKY, Noam. **Media Control: the spectacular achievements of propaganda**. Second Edition. Seven Stories Press, New York (NY), 2002. (On Line)

DECLARAÇÃO DE PRINCÍPIOS SOBRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. 108º Período Ordinário de Sessões. 16 a 27 de Outubro de 2000. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/principiosLE.pdf>>. Acesso em: 28/01/2025.

ESPINOZA, Javier; BOUNDS, Andy; PITEL, Laura. Brussels orders X to hand over documents on algorithm. Request follows complaints from politicians about Elon Musk's platform boosting far-right AfD party. **Financial Times**. Article. Jan. 17, 2025. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/a6dc562c-4fa0-4ec6-9f3a-ad3be594bc7c>>. Acesso em: 21/01/2025.

EUROPEAN UNION. Advisory Panel – Media Diversity (AP-MD), § 45, p. 17-18. **Council of Europe Steering Committee on the Mass Media (CDMM)**, Strasbourg, p. 04-31, December, 2002. Disponível em: <<https://rm.coe.int/1680483b2c>>. Acesso em: 19 ago. 2017.

FALCÃO, Márcio; VIEIRA, Bianka. MPF cobra explicações da Meta sobre mudanças nas políticas de moderação de plataformas. **G1**. Política. 08/01/2025. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2025/01/08/mpf-cobra-explicacoes-da-meta-sobre-mudancas-nas-politicas-de-moderacao-em-plataformas-digitais.ghtml>>. Acesso em: 23/01/2025.



FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Trad. Gustavo Binimbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FISS, Owen M. **Libertad de Expresión y Estructura Social**. Trad. Jorge F. Malem Seña. México, D.F.: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 1997, p. 30.

FRENCH, David. The Supreme Court's TikTok Ruling Signals a New Age of Competition. **The New York Times**. NY. Opinion. Jan. 17, 2025. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2025/01/17/opinion/supreme-court-tiktok-ban.html>>. Acesso em: 21/01/2025;

GRIMM, Dieter. A Função Protetiva do Estado. Trad. Eduardo Mendonça. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Coords.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Uma Nova Mudança Estrutural da Esfera Pública e a Política Deliberativa**. São Paulo: Unesp, 2023.

HUXLEY, Aldous Leonard. **Admirável Mundo Novo**. São Paulo: Biblioteca Azul, 2022.

KAPLAN, Joel. More Speech and Fewer Mistakes. **META**. January 7, 2025. Disponível em: <<https://about.fb.com/news/2025/01/meta-more-speech-fewer-mistakes/>>. Acesso em: 22/01/2025.

LANGTON, Rae. Speech acts and unspeakable acts. **Philosophy and Public Affairs**, Vol. 22(4), p. 293-330, 1993.

LOCKHART, William B.; KAMISAR, Yale; CHOPER, Jesse H.; SHIFFRIN, Steven H. **The American Constitution: cases – comments – questions**. 7ª. ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1991. (American Casebook Series).

MAITRA, Ishani (ed); MCGOWAN, Mary Kate (ed). **Speech and Harm: Controversies over Free Speech**. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012.

NOTÍCIA. Imprensa internacional repercute suspensão do X após determinação de Moraes. **O Globo**. Política. 30 de Agosto de 2024. Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/politica/noticia/2024/08/30/midia-internacional-repercute-suspensao-do-x-apos-determinacao-de-moraes-ultimo.ghhtml>>. Acesso em: 25/01/2025.

NOTÍCIA. Inquérito apura prejuízos causados a pessoas LGBTQIA+ pelas mudanças anunciadas pela Meta. **Ministério Público Federal** (Direitos do Cidadão). 16/01/2025. Disponível em: <<https://www.mpf.mp.br/ac/sala-de-imprensa/noticias-ac/inquerito-apura-prejuizos-causados-a-pessoas-lgbtqia-pelas-mudancas-anunciadas-pela-meta>>. Acesso em 23/01/2025.

NOTÍCIA. It's not censorship to stop hateful online content, insists UN rights chief. **UN NEWS** (Global Perspective Human Stories). 10/01/2025. Disponível em: <<https://news.un.org/en/story/2025/01/1158886>>. Acesso em: 29/01/2025.

NOTÍCIA. Mais de 60 universidades alemãs abandonam rede social X. **Deutsche Welle** (DW). Política. Alemanha. 11/01/025. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-002/mais-de-60-universidades-alem%C3%A3s-abandonam-rede-social-x/a-71271889>>. Acesso em: 27/01/2025.

NOTÍCIA. STF confirma decisão que suspendeu o X, antigo Twitter, em todo o país. **Supremo Tribunal Federal**. Mais Notícias. 02/09/2024. Disponível em: <[https://noticias.stf.jus.br/postsnovicias/stf-confirma-decisao-que-suspendeu-o-x-antigo-twitter-em-todo-o-pais/#:~:text=A%20Primeira%20Turma%20do%20Supremo,segunda%2Dfeira%20\(2\)](https://noticias.stf.jus.br/postsnovicias/stf-confirma-decisao-que-suspendeu-o-x-antigo-twitter-em-todo-o-pais/#:~:text=A%20Primeira%20Turma%20do%20Supremo,segunda%2Dfeira%20(2))>. Acesso em: 25/01/2025.

NOTÍCIA. Trump suspende proibição ao TikTok e dá 75 dias para rede social encontrar comprador. **O Globo** (Tecnologia). Bloomberg. 21/01/2025. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2025/01/21/trump-suspende-proibicao-ao-tiktok-e-da-75-dias-para-rede-social-encontrar-comprador.ghtml>>. Acesso em: 29/01/2025.

O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa: como o Big Data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia**. Trad. Rafael Abraham. Santo André, SP: Editora Rua do Sabão, 2020, p. 279.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de Expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012, p. 99-103.

OPINIÓN CONSULTIVA OC-5/85. La Colegiación Obligatoria de Periodistas. **Corte Interamericana de Derechos Humanos**. 13 de Noviembre de 1985. par. 39. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_05\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf)>. Acesso em: 28/01/2025.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROSENFELD, Michel. Hate Speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis. **Cardozo Law School** (Working Paper Series). [on line]. no. 41, April, 2001, p. 01-63. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=265939](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=265939)>. Acesso em: 15/09/2007.

SOARES, Pedro Silveira Campos. **Conflitos de leis e proteção de dados pessoais. Brasil e União Europeia em perspectiva**. São Paulo: Almedina, 2024.

THE DIGITAL SERVICES ACT. Ensuring a safe and accountable online environment. 2022. **European Commission**. Disponível em: <[https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act\\_en](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act_en)>. Acesso em: 23/01/2025.

WHITEMAN, Hilary. Austrália propõe lei que proíbe uso de redes sociais para menores de 16 anos. Projeto ainda sugere multas milionárias para empresas que descumprirem o acordo. **CNN Brasil – Internacional**. 21/11/2024. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/australia-propoe-lei-que-proi-be-uso-de-redes-sociais-para-menores-de-16-anos/>>. Acesso em 22/01/2025.

WU, TIM. How Twitter Killed the First Amendment. **The New York Times**. Opinion. Oct. 27, 2017. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/10/27/opinion/twitter-first-amendment.html>>. Acesso em: 30/07/2019.

ZICK, Timothy. **Speech Out of Doors: preserving First Amendment liberties in public places**. New York, NY: Cambridge University Press, 2008.

ZUBOFF, Shoshana. **A Era do Capitalismo de Vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder**. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

Recebido em: 30/01/2025

Aprovado em: 16/04/2025



**MEMÓRIA HISTÓRICA /**  
*HISTORICAL MEMORY*

---



# O ESTUDANTE ZÉ PAULO NA VETUSTA CASA DE AFONSO PENA\*

## EL ESTUDIANTE ZÉ PAULO EN LA CASA VETUSTA DE AFONSO PENA

HERMES VILCHEZ GUERRERO \*\*

Algumas semanas depois de aprovado no vestibular, estive, juntamente com um amigo, na casa de um colega também aprovado nos exames para ingresso na Faculdade de Direito da UFMG, cujo pai, renomado advogado, falava-nos sobre o Curso e sobre a Faculdade na qual iríamos estudar.<sup>1</sup> Havia na sala de seu escritório um quadro de formatura com o retrato dos formandos. Discorreu sobre alguns, todos, certamente, conhecidos no mundo jurídico, mas que, para nós, que nem podíamos ainda ostentar o título de calouros, não passavam de nomes desconhecidos. Recordo que apontou um e nos disse: “este foi o colega mais brilhante que tive em toda minha vida”. Fixei o olhar no rosto e, em especial, no nome: JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE. Guardei o nome por ser diferente, não por achar que fosse me “reencontrar” com ele<sup>2</sup>.

José Paulo Sepúlveda Pertence era mineiro. Como ele próprio disse em um depoimento à *Memória* do Tribunal de Justiça do Distrito Federal: “Bem, o

\* Artigo originalmente publicado no livro De Zé Paulo a Pertence, a história do mineiro amante da democracia. Procuradoria-Geral de Justiça de Minas Gerais, BH: 2024.

\*\* Diretor da Faculdade de Direito da UFMG, advogado criminalista.

1 Estava com Márcio Idalmo Santos Miranda na casa do nosso colega Achilles Mascarenhas Diniz, quando fomos gentilmente recebidos por seu pai, o advogado José Maurício de Alvarenga Diniz.

2 Tive oportunidade de reencontrá-lo em duas ocasiões muito especiais para mim, a primeira na Faculdade de Direito da UFMG, quando lá estive para encerrar um congresso do Ministério Público estadual e federal. Sua conferência de encerramento foi “O Ministério Público e a Criminalidade Econômica” (6.9.1985). Os debatedores foram o Procurador da República e Professor Juarez Tavares e o Procurador de Justiça e Professor da Faculdade Mineira de Direito, Joaquim Cabral Neto. Os organizadores solicitaram que o Centro Acadêmico Afonso Pena (CAAP) indicasse um aluno para também ser debatedor. Talvez porque eu fosse do CAAP, porque tivesse sido estagiário do Ministério Público ou, até mesmo, por falta de opções, eu fui o indicado. A juventude nos permite alguns atrevimentos.

Alguns anos depois, em 1997, ele esteve em Belo Horizonte para uma solenidade no Tribunal de Justiça de Minas. Lá se encontrou com o Professor Ariosvaldo de Campos Pires que por alguma razão, comentou com ele, que naquela manhã, um orientando seu havia defendido sua dissertação de Mestrado. Depois da solenidade no tribunal, o Ministro foi para um restaurante, por coincidência, o mesmo no qual estávamos comemorando meu título de Mestre. Pouco depois, foi até nossa mesa e, dirigindo-se ao Professor Ariosvaldo, disse-lhe “vim cumprimentar o novo mestre em Direito Penal, quem é?” Felizmente, eu estava com minha máquina fotográfica e registrei esse importante momento para mim. Além da fotografia, guardei a gentileza do gesto.

meu nascimento, sem querer humilhar ninguém, foi em Sabará (Minas Gerais), em 1937”<sup>3</sup>. Quando ele tinha por volta de onze anos, seus pais foram morar na capital mineira. Estudou o ginásio e o clássico no tradicional Colégio Estadual (1949-1955), onde desempenhou grande atividade político-estudantil e onde conheceu aquele que foi seu melhor amigo por toda a vida: Modesto Justino de Oliveira Júnior. Ambos integraram grêmios estudantis e se tornaram grandes lideranças estudantis, ocupando cargos de direção na União dos Estudantes do Ensino Médio.

Havia, na cidade, excelentes colégios dos quais provinham muitos jovens para estudar na Faculdade de Direito, dois deles eram o Marconi e o Estadual. Os líderes do Marconi eram Segismundo Gontijo e Obregon Gonçalves e, no Estadual, Modesto Justino e José Paulo. Havia até uma competição desportiva chamada MAR-ESTA que reunia alunos dessas duas instituições de ensino. Esses quatro moços, entre outros, iriam se reencontrar na Faculdade de Direito da UFMG (atual UFMG).

No Curso de Direito, continuariam organizando competições esportivas e político-estudantis: Obregon foi presidente da Associação Atlética Acadêmica (AAA) e tesoureiro do Centro Acadêmico Afonso Pena (CAAP); Segismundo presidiu o CAAP; Modesto e Zé Paulo - como era chamado por todos e assim me referirei a ele neste texto - exerceram significativa liderança política não apenas no CAAP, mas também na União Estadual dos Estudantes (UEE) e na União Nacional dos Estudantes (UNE), da qual Zé Paulo foi vice-presidente.

A opção de Zé Paulo pelo Curso de Direito foi natural. Era o Curso que mais se adequava a seu temperamento e aos seus ideais juvenis. Além disso, seu único irmão, Pedro, formara-se em 1956, no ano em que Zé Paulo foi aprovado nos exigentes exames vestibulares. Portanto, tiveram na Faculdade pouco contato, mas fraternal convivência ao longo da vida.

Num tempo em que não havia muitas opções acadêmicas, o Curso de Direito era o destino natural daqueles que não tinham vocações definidas, de muitos servidores públicos, civis e militares, com mais de trinta, quarenta, cinquenta, e até mais idade, que precisavam do diploma para conseguir uma promoção. Muitos deles já eram casados e com filhos.

Porém, também havia o grupo dos “meninos”, como eram chamados aqueles ainda adolescentes, recém saídos do ensino médio, cheios de energia e com vontade de mudar o mundo. Esses moços, nascidos às vésperas do início da Segunda Grande Guerra e que viveram suas infâncias durante esse conflito,

---

3 Novamente, o “reencontro”, graças ao convite do Procurador Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais Jarbas Soares Júnior, para escrever sobre ele. Programa história oral. Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence. Núcleo de Apoio à Preservação da Memória Institucional. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Brasília, 2009, p. 3.



viram seus pais acompanhar pela rádio os acontecimentos e receberam muita influência desse conflito armado.

Apesar das diferenças de idade, de interesses profissionais e, até mesmo, de orientação política, não houve obstáculo para uma convivência harmônica e saudável entre todos.

Ser aprovado no vestibular não era tarefa fácil. Não somente por haver grande concorrência, mas porque os examinadores eram muito exigentes. As provas para ingresso eram escritas e orais “aferindo nosso conhecimento (ou ignorância) das línguas de Cícero, Camões e, opcionalmente, de Voltaire ou Shakespeare”.<sup>4</sup>

Conseguir fazer a matrícula era quase tão difícil quanto ser aprovado nos exames vestibulares. Sobre essa etapa recorda Raul Moraes da França:

“não sei como é hoje, mas no nosso tempo o primeiro obstáculo para o ingresso na Faculdade de Direito da UFMG era passar pelo crivo da aprovação da vasta documentação a ser apresentada.

O candidato se apresentava à Secretaria com um pacotão contendo documentos, certidões, atestados, etc. etc., examinados com lupa pelo zeloso funcionário, que vitorioso pontificava:

-Há uma divergência no prenome de sua bisavó, porque no batistério o nome está escrito com “Y” e na certidão de óbito o “Y” original foi substituído por “I”!

Não adiantava alegar reformas ortográficas estabelecidas por lei, o documento precisava ser devidamente adequado às regras da Secretaria.”<sup>5</sup>

Como ainda ocorre hoje, muitos alunos eram provenientes da capital do Estado e, como recorda Marlene Maria Mendes Pessoa, outros tantos “jovens vindos de toda parte chegaram à Faculdade de Direito. Afluíram de todos os cantões das Minas Gerais e ainda de outros Estados brasileiros. Eram jovens, quase todos, mas propiciada a enturmação, nivelaram-se na jovialidade”.<sup>6</sup>

O quadro de funcionários da Casa era reduzido. O Secretário era o dr. Tancredo Martins Júnior, na parte administrativa havia duas mulheres, Dona Idalescia Brant e Neide Lucília Gouveia Mendonça, além de Samuel Caetano, bedel e anjo da guarda da Vetusta. Havia dois outros servidores que cuidavam de tudo, o “Diniz” e o “Capitão Galdino” que não era militar, mas que recebeu essa “patente” dos alunos. Eram eles que cuidavam do bom funcionamento de nossa Faculdade.

4 Raul Moraes da França, *Faculdade de Direito*, in *Geração 60*, Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 155.

5 Faculdade de Direito, in *Geração 60*, cit. p. 155.

6 Pedacos de um tempo, in *Geração 60*, p. 119.

Eles começaram o Curso quando JK também começava seu governo na Presidência da República e Bias Fortes no Palácio da Liberdade. A vida na Faculdade era uma festa, sempre foi. Em cada época há uma, cada qual com um ritmo musical, com uma melodia sentimental, mas sempre com muito afeto, esperança, coragem e entusiasmo. Sobre essa fase, recorda Raul Moraes da França:

“Depois de passar pela angústia até ver seu nome inscrito na lista de aprovados do Vestibular, começavam as aulas e sentíamos-nos inseridos na elite das elites, tal o prestígio que gozava a Faculdade.

O renome se devia, em grande parte, ao corpo docente constituído de professores que, como membros representativos da sociedade, eram alegres ou tristes, metódicos ou dispersivos, divertidos ou casmurros, ponderados ou excêntricos, mas, inegavelmente, os mais competentes em suas respectivas áreas.”<sup>7</sup>

Ainda sobre as lições recebidas na Faculdade, rememora Marlene Maria Mendes Pessoa:

“Na segunda-feira, outra semana despontada, aulas eram seriamente encaradas. A frequência demonstrava, a um tempo, a qualidade das aulas e a responsabilidade, valor inerente àquela turma. O que furtava de prováveis gazeteiros a intenção de ausência, numa deambulação prazerosa, e os mantinha ali, atentos à preleção de professores. Transcendente à idiossincrasia e à própria didática. Trazidas por ótica diferenciada vêm a reboque lembranças restadas reveladoras de características pessoais de mestres: Pedro Aleixo, Caio Mário, José Olympio, Lydio Machado Bandeira de Melo, Washington Albino e mais e mais outros. Um corpo docente que, por duto e carismático, tornou-se insuflador da responsabilidade profissional e da ética a ser adotada em anos posteriores, quando então nos tornamos timoneiros conscientes das responsabilidades e capazes de dar rumo à embarcação – configuração de nossas vidas.”<sup>8</sup>

Ao longo dos cinco anos do curso, a turma teve excepcionais professores, foram eles: Afonso Teixeira Lages, Edgard de Godoi da Mata Machado, Orlando Magalhães Carvalho, Washington Peluso Albino de Souza, Alberto Deodato Maia Barreto, Raul Machado Horta, Lydio Machado Bandeira de Melo, Eurico Trindade, Caio Mario da Silva Pereira, Pedro Aleixo, Gerson de Brito Melo Boson, João Eunápio Borges, José Olympio de Castro Filho, Darcy Bessone de Oliveira Andrade, Washington Ferreira Pires, Amílcar Augusto de Castro, Onofre Mendes Júnior, José Geirnaert do Vale Ferreira e Pedro Aleixo, aos quais manifestaram sua profunda gratidão no quadro de formatura. As aulas começavam às 9h e terminavam às 12h, depois alguns alunos iam para o restaurante Elite, na Rua da Bahia, ao lado da Livraria Itatiaia para tomar “um chope”.

Os alunos eram chamados a entrar nas aulas e eram comunicados do término pelo tilintar do sino do Samuel, que ainda hoje se encontra na parede

---

7 Faculdade de Direito in *Geração 60*, cit. p. 155.

8 Pedacos de um tempo, in *Geração 60*, p. 119.

na entrada do prédio da Faculdade como homenagem e recordação. O bedel Samuel era o responsável por sua execução. Também cabia a ele fazer as chamadas de presença para os professores. Num tempo em que não havia mais do que cinco turmas em todo o prédio, todas no mesmo andar, isso não levava muito tempo. Sobre o sino e o que ele significou, escreveu Maria Helena Corrêa, deixando aflorar a saudade:

“Você se lembra do toque do Sino do Samuel: tenho ganas de me apossar dessa melodia; só para mim. Mas como fazê-lo sem interromper a cantata solene que entoamos em cor de vozes afinadas?”<sup>9</sup>

A respeito dos trajes que os estudantes usavam, Obregon Gonçalves recorda:

“... lembro novamente que não se entrava na faculdade sem paletó e gravata. Mas vale recordar o Samuel, um homem de quase 1,90m, um negro muito forte e que era o bedel. Ficava na porta da faculdade e, quando se chegava sem paletó e gravata, dizia:

- Olha, doutor – ele chamava todo mundo de doutor-, o senhor não pode entrar, não. Sem paletó, doutor, não pode.

- Ô, Samuca, por favor, a gente tem prova hoje.

- Doutor, eu vou lhe emprestar um paletó e uma gravata. E você me devolve depois da aula.

A gente ria e resolvia a situação com os empréstimos: ele tinha um estoque de paletós para emprestar aos alunos. A coisa era séria: você tinha o respeito na sala de aula. Não havia molecagem.”<sup>10</sup>

Formaram-se na turma de *Geração 60*, 151 bacharelandos. Desse total, 19 eram moças. Assim como acontecia com os rapazes, algumas eram do interior, vinham morar na cidade grande em pensões - havia muitas em Belo Horizonte para receber os jovens que aportavam para estudar-, outras, a maioria, morava em casa de parentes. As fotografias da turma mostram que elas sempre estavam de vestido ou saia e blusa, todas muito elegantes e levemente maquiadas. Ainda não era comum as mulheres usarem calças compridas. Também por isso, tinham que ouvir do Professor Lydio que “Direito Penal é p’rá quem usa calça!”

A Faculdade era um centro jurídico-cultural. A esse respeito, merece transcrição a observação de Emílio Gallo: “A nossa Faculdade nunca se restringiu ao aprendizado do Direito. Lá nós aprendíamos política e praticávamos a cidadania em toda a sua extensão”.

9 Em Gaia do Almécega aos 15 de abril do ano de 2010 in *Geração 60*, cit. p. 107.

10 O *magistrado*, Belo Horizonte: Armazém de Ideias, 2009, p. 82-83.

Localizada na Praça Afonso Arinos, era o centro político de todos os debates e encontros civis da capital mineira e propiciava a discussão dos temas em voga à época: viagem espacial, criação de Brasília, discussões político-partidárias, especialmente a respeito do governo estadual e federal. Talvez por Belo Horizonte ainda ser uma cidade provinciana, os acadêmicos não se interessavam muito por assuntos internacionais, um dos poucos era o da invasão do Canal de Suez. Essas discussões se travavam na própria praça, em mesas de bar, em assembleias estudantis e em festas. Sobre as festas, recorda Marlene Maria Mendes Pessoa, uma das moças da turma:

“nos intervalos das aulas, riso solto e fácil acompanhava a turma. Os estudos levados a sério não dificultavam os namoricos, as paqueras, os acertos e desacertos nos encontros e desencontros. Eram as pinceladas de cores na rotina do dia-a-dia. Alegria continuada nos finais de semana quando, então livres dos estudos, horas dançantes, fazendo parte da cultura local, eram organizadas preferencialmente, em casa de um colega casado e amante de festas. Aos goles de “Cuba Libre”, então a imprescindível e, ao som de boleros, brindava-se o “dois pra lá e dois pra cá.”<sup>11</sup>

Os rapazes frequentavam as horas-dançantes no Diretório Central dos Estudantes (DCE), o *Montanhês* e, vez ou outra, as *casas de tolerância* da cidade. Nas horas-dançantes do DCE, tocava a orquestra do Maestro Delê, que também tocava no *Montanhês*. A trilha sonora tinha muitos boleros, tangos, sambas-canção, quase sempre *cheeck to cheeck*. Muitos namoros começaram aí, depois se transformaram em noivados e casamentos.

Depois das horas dançantes no DCE, os estudantes, Zé Paulo inclusive, dirigiam-se ao *Bar do Beirão*. Chegavam por volta das 23h. Não era raro o proprietário, terminado o movimento da noite, fechar o estabelecimento e mandar todos para suas casas. Eles não o obedeciam, até porque os bondes paravam de circular à meia-noite e muitos moravam longe. Só lhes restava aguardar até as 5h, quando os bondes voltavam a funcionar. O melhor lugar para esperar era o *Montanhês*. O consagrado advogado criminalista Obregon Gonçalves rememora as idas a essa casa de diversões:

“Naquela época, você entrava no Montanhês, pegava o papelzinho e, para dançar, para cada X minutos de dança, tinha que picotar um cartão, pago à saída. Por isso muita gente ia lá só para assistir os shows. No DCE, tomávamos o samba de Berlim, que muita gente hoje não deve saber o que é (uma mistura de cachaça com Coca Cola e limão), mas no Montanhês não se servia essa bebida. Lá a gente tomava um Cuba Libre, que era quase a mesma coisa, só que com rum. Tomando-se um, poderia assistir os shows.”<sup>12</sup>

As drogas ilícitas não eram conhecidas e muito menos populares. Por outro lado, quase todos fumavam e bebiam muito. Era tempo de *Cuba libre* e

11 Pedacos de um tempo, in *Geração 60*, p. 119.

12 *O magistrado*, cit. p. 71.

*Samba em Berlim*, carro chefe no *Bar do Beirão*. Aliás, *Cuba Libre* também era a bebida preferida do jovem estudante Zé Paulo.

No dia 11 de agosto, para manter a “tradição”, um reduzido grupo de estudantes dava o *pendura*. Era sempre no mesmo lugar: o *Bar do Beirão* do comerciante português Luís Beirão, velho conhecido dos acadêmicos da Faculdade. Esse estabelecimento sempre era o escolhido porque ele não brigava e aceitava com alguma simpatia essa travessura estudantil. Nas palavras de Obregon Gonçalves: “era o único cidadão que aceitava o *pendura*”.<sup>13</sup>

Zé Paulo frequentava, como seus colegas, as poucas bibliotecas e livrarias então existentes na cidade. As preferidas eram a Itatiaia e a Livraria Francesa, localizada na loja térrea do Edifício Sul América e Sulacap, na Av. Afonso Pena, da qual se avistava a avenida Tocantins, atual Av. Assis Chateaubriand. Essa vista já não há mais.

O jornal do CAAP era o *Voz Acadêmica*, ainda existente. A turma de Zé Paulo decidiu criar uma revista de nome *Presença*. Nesse periódico, os estudantes escreviam sobre assuntos jurídicos, mas também abordavam temas políticos, literários e poesias.

Obregon recorda que foi nessa revista que Zé Paulo despertou a atenção de seus colegas e professores pela profundidade de seus textos, pela correção na escrita e pelo senso crítico dos temas abordados.

Para poder editar a referida revista, os alunos da *Geração 60*, como ficou conhecida essa turma (1956-1960), ganharam da Coca-Cola “um freezer para vender refrigerantes e, com a autorização do Diretor da Faculdade, o colocamos no corredor da velha *Casa de Afonso Pena*.”<sup>14</sup>

Sobre isso, registra Josias Alves: “Inspirados no exemplo de países europeus, onde é comum se expor os produtos e os próprios clientes se servem, pagam e pegam o troco (exemplo jornais e revistas), confiamos na honestidade dos alunos, seguimos o exemplo e deu certo.”<sup>15</sup>

Chama a atenção que mesmo com atividades políticas intensas, não apenas na Faculdade, mas também na UEE e na UNE, Zé Paulo era, nas palavras de seu colega de turma Carlos Eloy de Carvalho Guimarães, “um excepcional aluno”<sup>16</sup>. Ao se recordar dele, afirma que Zé Paulo era “leal, sincero, solidário e brilhante”. Aliás, essa é a opinião de todos seus colegas.

Na turma, também havia excelentes alunos, muitos dos quais não se interessavam por questões políticas ou sociais. A respeito desses alunos, Obregon Gonçalves rememora:

---

13 Depoimento pessoal ao autor.

14 Depoimento pessoal ao autor.

15 *Geração 60* e “*Presença*” – Reminiscências in *Geração 60*, cit., p. 93.

16 Depoimento pessoal ao autor.

“E a gente ficava na nossa: tirava um sete ou oito na prova, para passar: Não tirava um 10, não precisava. E todos estes que eram os *elinks* da vida eram muito gozados pelo resto da turma. Eles não participavam de nossos grupos. Não iam ao restaurante para comer o bandeirão, não iam para a rua protestar. Mesmo que fosse por nada. Eram uns rapazinhos bonitos, arrumadinhos, com as gravatas da moda.”<sup>17</sup>

Zé Paulo não era desportista, não era bom de bola, não jogava vôlei nem basquete. Não era exatamente um *pé-de-valsa*. Era calado, reflexivo, ouvia muito, quase sempre com as mãos nos bolsos, observando tudo, olhando em volta e ao longe... pensando.... planejando... articulando. Se não estava com as mãos no bolso era porque estava fumando. Era um aluno excepcional, especialmente em Filosofia, Processo, Direito Penal e Direito Constitucional. Nunca faltava às aulas, mesmo tendo uma intensa atividade política.

Como já foi dito, seu melhor amigo foi Modesto Justino de Oliveira Júnior, que também teve intensa atuação em organizações estudantis. Era muito raro ver Zé Paulo e não ver seu fraterno amigo. Aliás, o comum era ver antes o Modesto, que sempre vinha à frente, articulando, falando alto, conversando com todos, chamando para algum evento... Zé Paulo vinha logo em seguida, mãos para trás.

Zé Paulo era muito estimado por suas colegas. Era educado, gentil, sempre reservava tempo para ouvi-las e conversar com elas. Nas palavras de Obregon Gonçalves: “as meninas gostavam de conversar com ele”<sup>18</sup>. Zé Paulo, como todos os rapazes da turma, tinha por elas especial afeição e as tratava como irmãs, protegendo-as.

Numa publicação em homenagem ao Ministro Adhermar Ferreira Maciel, seu colega de turma, ele escreveu um ensaio intitulado: “A atualidade do pensamento de Kelsen” e, sobre o convite para tratar do tema, declarou:

“Ela há de ter sido devida a alguma confissão indiscreta de meu fascínio pelo pensamento de Kelsen na mocidade, que já vai longe, desde a leitura, por conta e risco próprio, do estudante em Belo Horizonte, quando integrante da “Geração 60” da Casa de Afonso Pena, até o aprofundamento na leitura de Hans Kelsen na pós-graduação...”<sup>19</sup>

O velho prédio da Faculdade foi inaugurado em 1898 e resistiu até o final dos anos 50. A turma *Geração 60* fez quase todo o curso ali, só no último ano foram para o quarto andar do prédio novo, o último concluído até então. Sobre essa etapa do Curso, recordou o orador da turma na solenidade de Colação de Grau, Raul Moraes da França:

---

17 Assim eram chamados em “homenagem” a Jellinek, jurista germânico que “sabia tudo”, *O magistrado*, cit. p. 82.

18 Depoimento pessoal ao autor.

19 Atualidade do pensamento de Kelsen in *Geração 60*, cit. p. 79.

“Há cinco anos, entrávamos para a Faculdade. No prédio antigo, de paredes róseas, andamos nossos passos de calouros. Pela dupla escadaria que levava ao salão nobre, subiram nossos entusiasmos quando íamos aos primeiros enteveros com Del-Vecchio e Gropalli, com Justiniano e Leon Walras.

Na voz rouca de um sino de bordas partidas, que Samuel tangia, havia a musicalidade da esperança.

Depois ergueram nova casa, posta abaixo a antiga. O prédio de Afonso Pena dava lugar ao de Villas Boas. A pintura rósea, em tom antigo, cedia ao revestimento de pastilhas e as escadarias gêmeas se transmutavam em árvores de cimento.”<sup>20</sup>

A turma de Zé Paulo, assim como as outras, protestou contra a construção do novo prédio, não suficientemente para impedir sua edificação. O velho casarão aos poucos foi sendo desocupado, cercado de tapumes e só depois demolido, quando a turma já não estava mais na Faculdade.

O prédio da Faculdade, frequentado por 90% de homens e com um só banheiro, forçava que se formassem, na hora do intervalo, longas filas para sua utilização, o que ocupava quase todo o pátio interno do prédio. Vez ou outra, algum estudante recebia a solidariedade dos colegas e lhe era permitido furar a fila diante da necessidade premente de seu uso. Essas demoradas filas permitiram que muitas amizades se solidificassem, que fossem realizadas muitas articulações políticas e que se travassem muitas discussões a respeito das aulas e de questões sociais. Para as moças, foi construído um “cubículo” para ser usado como banheiro feminino.

Como dito, muitos dos estudantes da Faculdade vieram para a capital mineira para estudar. Mesmo entre os que aqui residiam com suas famílias, alguns já trabalhavam ou faziam estágios profissionais. Por isso, era comum ‘tomarem as refeições’, como se dizia, em pensões, restaurantes baratos e na própria Faculdade, onde havia um restaurante feito especialmente para atender os alunos. O menu consistia sempre numa porção de arroz, feijão, um pedaço de carne, alguma verdura e um suco, que já naquela época era de indecifrável sabor. Mas, também havia estudantes originários de famílias abastadas que moravam em hotéis caros, especialmente no Grande Hotel.

No meio estudantil, três “partidos políticos” disputavam a preferência dos alunos: a União Democrática Universitária (UDU), que era de esquerda; a Frente Acadêmica Renovadora (FAR), de direita, e havia o partido que não tinha nenhuma filosofia ou ideologia, que era o Movimento Renovador (MR), sem nenhuma expressão política na Faculdade. Somente a UDU e a FAR tinham importância política e representatividade.

---

20 A palavra do bacharelado in *Geração 60*, cit. p. 65.

Havia na Faculdade o Centro Acadêmico Afonso Pena (CAAP), representação acadêmica e política dos alunos e controlada, por muitos anos, pela UDU.<sup>21</sup> Também existia o Centro Acadêmico Pedro Lessa (CAPL), muito mais voltado para eventos literários, artísticos e culturais. Entre os universitários, havia o Diretório Central dos Estudantes (DCE), que tinha atividades sociais, como as frequentadíssimas horas-danças, e o Diretório Estadual dos Estudantes (DEE), de cunho iminentemente político e que despertava a disputa dos mais politizados, como era o caso de Zé Paulo e Modesto, que nele ocuparam destacados postos de liderança.

As eleições para o Centro Acadêmico Afonso Pena, sempre provocaram grandes disputas eleitorais, e não foi diferente no período em que ele frequentou a Faculdade. Nesse tempo, houve especialmente uma acirrada campanha entre os representantes da UDU e da FAR. O representante da esquerda era Segismundo Gontijo e o da direita era Tainá Tupinambá. O grupo de Zé Paulo apoiou a UDU, cujo lema era “Tatu tá na luta”.

A eleição foi vencida por Segismundo que comprara, no mercado, um tatu, símbolo da UDU e que fora levado para a comemoração na *Camponesa*. Aquela estranha cena foi vista por um casal de turistas americanos: um grupo de estudantes com um exótico e simpático animal de estimação. Os americanos se ofereceram para comprar a mascote, que foi vendido pelos estudantes, que usaram o dinheiro da venda para aumentar o número de cervejas.

Aqueles moços adoravam a sala de aula, mas também gostavam muito das ruas. Tudo era motivo para realizar um protesto, uma passeata. Algumas dessas manifestações eram contra a invasão do Canal de Suez, contra o mau atendimento dos bondes e para defender a efetiva criação da Petrobras. Sobre esta última, Obregon Gonçalves recorda:

“uma vez aconteceu um fato mais sério, mais grave. Nós estávamos na campanha pela Petrobras. Naquela época, era uma luta muito difícil, havia uma resistência muito grande: não existia a Petrobras. E nós lutávamos para que ela fosse consumada: já era uma lei e a nossa luta era para que ela fosse institucionalizada. Resolvemos erigir, na Praça Afonso Arinos, uma torre de petróleo. Está lá até hoje, não sei se vocês já viram. O diretório da faculdade fez uma festa muito grande para a sua inauguração: muitos fogos, muito discurso e a polícia não nos incomodou, porque eles sabiam que estava restrito àquela área.”<sup>22</sup>

Outro alvo das frequentes manifestações dos acadêmicos era a interrupção da energia elétrica. As luzes da cidade eram desligadas às 18h e voltavam às 20h. Em protesto contra a Companhia de Força e Luz, os estudantes de Direito, por volta das 17:30h, juntamente com os da Escola de Engenharia e Medicina,

---

21 Depoimento pessoal ao autor.

22 O magistrado, cit. p. 75.



com frequência se reuniam na *esquina da sinuca* (Rua Tupinambás com Av. Amazonas) e acendiam velas. Ao grupo de jovens estudantes, juntavam-se muitos trabalhadores, que, naquele horário, deixavam o trabalho, e muitos outros populares. A “procissão das velas”, como ficou conhecida, saía pela rua gritando palavras de ordem até chegar às escadarias da Igreja São José, onde ficava concentrada. Nessas procissões, pelo menos nessas, sempre estavam Modesto e Zé Paulo. Como a maioria dos jovens de todas as épocas, eram contrários aos governos, estadual (Bias Fortes) e federal (governo JK).

Os bondes também não escapavam da fúria dos estudantes, os quais prestavam um serviço muito insatisfatório, pela má qualidade dos veículos e não funcionamento depois das 23h. Isso obrigava a muitos estudantes a passarem as noites em casas noturnas esperando o amanhecer para poderem ir para casa. Zé Paulo não tinha esse problema porque morava com seus pais na Rua Sergipe, próximo à Rua Guajajaras, a pouco mais de um quarteirão da Faculdade. Em protesto, não era raro danificarem esses bondes. Também não era incomum atacarem as fachadas dos cinemas, especialmente a do Cine MetrÓpole, nas vizinhanças da Faculdade. De todos esses protestos e manifestações, Zé Paulo sempre participava, principalmente na articulação, planejamento e organização. Por sua vez, Modesto estava sempre à frente da execução desses eventos.

Certamente uma das campanhas que mais agitou e mobilizou os acadêmicos de toda a Universidade foram os protestos contra a USAID, agência norte-americana que pretendia modificar e influenciar o ensino médio em toda a América Latina, inclusive no Brasil. Para os estudantes politizados, não passava de tentativa de “lavagem cerebral”, o que evidentemente não era aceito por eles.

Zé Paulo viveu intensamente a vida acadêmica, participou ativamente dos debates que se travavam na Faculdade, participou do Centro Acadêmico Afonso Pena (CAAP), do qual foi vice-presidente, das visitas às penitenciárias, das disputas políticas e foi vice-presidente da União Nacional de Estudantes (UNE) e ocupou sua presidência a maior parte do mandato (1959-1960), razão pela qual a UNE o homenageou.

Ao examinar sua ficha elaborada pelo sistema de informações do governo militar constata-se que ele era classificado como “conhecido elemento de extrema esquerda”. Aqui, vou me limitar às referências existentes ao estudante de Direito:

“PRONTUÁRIO DE JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE, existente na 2ª Seção desta Região Militar:

- Teve atividades estudantis no ciclo universitário de Belo Horizonte, onde teve a condição de líder que o levou a exercer cargos eletivos nas diversas entidades dos estudantes mineiros.

- Fez a defesa de Fidel Castro em um JURÍ SIMULADO, junto à opinião pública pro-receptividade da revolução Cubana.

- Compareceu como representante da UNE em Congressos internacionais de estudantes na Cortina de Ferro.”

Sendo um líder estudantil e com enorme preocupação política, empenhou-se nas candidaturas do General Lott para presidente da República e de Tancredo Neves para o governo mineiro em 1960.

Quando estudante, um dos livros que mais o marcou foi o do jurista Victor Nunes Leal, que conheceu pessoalmente em Brasília e do qual foi assessor no STF. Mas, como ele mesmo conta: “Eu o conhecia muito de citações na Universidade, particularmente do professor Orlando de Carvalho, nosso professor de Teoria Geral do Estado, pela sua obra clássica de Ciência Política, Coronelismo, Enxada e Voto”<sup>23</sup>.

Aproximando-se o final do Curso, os formandos tiveram a ideia de mandar fazer um quadro de formatura com a fotografia de cada um. Só faltava uma coisa: dinheiro. Esse problema, imaginaram, seria superado com a venda do *freezer*. Segundo Josias Alves<sup>24</sup>, o dinheiro não dava para pagar nem a metade do quadro. Como costuma ocorrer, os alunos procuraram o então diretor, Professor Alberto Deodato, ao qual solicitaram ajuda financeira para complementar o pagamento.

Não era raro, naquela época, que, ao final do Curso, os alunos fizessem uma viagem à Europa. Não foi diferente com a turma *Geração 60*. A essa comissão deram o nome de CODEX (Comissão de Excursão). Um grupo de 21 estudantes embarcou no transatlântico *Giullio Cesare*, visitou dez países em três meses de viagem e foi acompanhado pelo querido Professor Washington Albino. Entre eles, não estava Zé Paulo, que já havia viajado à Europa, mas para países de orientação socialista, em congressos estudantis, representando a UNE.

Para juntar dinheiro, os integrantes faziam contribuições mensais e vendiam rifas. Para tanto, foi feita uma de um aparelho de televisão, que começava a dar seus primeiros sinais na cidade com a TV Itacolomi (Canal 4), e uma de um belo automóvel Plymouth 1958, cujo bilhete premiado ficou encalhado e, assim, ficou para a própria comissão, o que possibilitou que a viagem fosse realizada<sup>25</sup>.

---

23 *Programa história oral*, cit. p. 16. Sobre o Professor Orlando, recorda seu colega de turma José Octávio Capanema: “Lembro-me, saudoso, que a primeira aula, de nosso primeiro dia, foi com o professor Orlando de Carvalho, um mestre brilhantíssimo, respeitabilíssimo, impecavelmente trajado e de voz compassada e grave, o qual, iniciando a aula, sério e compenetrado, desde logo tirava de seu bolso um relógio de algiebeira, que punha sobre a mesa. A aula começava, o Professor dissertava, e ninguém tinha coragem de perguntar alguma coisa, tal o garbo londrino do docente, que a encerrava, pontualmente quando chegava a hora.” (*Geração 60*, cit., p. 77)

24 *Geração 60 e Presença – reminiscências*, in *Geração 60*, cit. p. 93.

25 *Geração 60 e Presença – reminiscências* in *Geração 60*, cit. p. 93.

Uma das visitas mais importantes para os estudantes nessa viagem foi no Cemitério Militar Brasileiro de Pistoia, na Itália. Sobre esse acontecimento, o bacharelado Alan Viggiano enviou uma correspondência, datada de 16 de fevereiro de 1960, à Revista *Presença*, na qual narra:

“O Professor Washington Albino disse ligeiras palavras, procurando não prolongar muito a solenidade, para evitar que a emoção causada em nós, por vermos aquelas fileiras de cruzeiras brancas, como soldados camuflados na neve, em uma última formação, retaguardando o pavilhão da Pátria, no panorama cinzento da Itália, nos levasse às lágrimas.”<sup>26</sup>

Como sói acontecer em todas as turmas que se formam em Direito, nem todos seguiram as convencionais carreiras jurídicas. Nas palavras de Aulus Saffar: “É, eu e outros colegas, descarrilamos, por opção ou pelos encontrões da vida, sempre tendo o caminho aberto pela cultura, a estrutura e o ferramental que nos foram oferecidos pela Faculdade.”<sup>27</sup>

Também sobre o percurso que cada um seguiria, o orador da turma, Rubens dos Santos, na Colação de grau, observou: “nossos caminhos se dividirão. Uns advogaremos no foro. Outros nos encaminharemos para o magistério ou a magistratura. Outros, para o Ministério Público; outros ainda, administraremos empresas ou seremos parlamentares.”<sup>28</sup> Foi exatamente isso que ocorreu. A turma *Geração 60* viu surgir advogados, escritores, poetas, artistas plásticos, magistrados, ministros do STF e do STJ, professores, empresários, servidores públicos civis e militares.

O paraninfo de sua turma foi um estimado docente, responsável pela criação do Departamento de Assistência Judiciária (DAJ), pelo qual muitas gerações aprenderam a dar os primeiros passos na arte de advogar. Sobre o paraninfo, no discurso de formatura, declarou o orador Rubens dos Santos<sup>29</sup>:

“O Prof. José Olympio de Castro Filho é um atormentado de febre de ensinar. Jamais se limitou ao cumprimento do dever.

Suas preleções, pelo número e pela qualidade, foram muito além do que lhe impunham os regulamentos.”

Os professores homenageados foram: José Olympio de Castro Filho (paraninfo), Amílcar de Castro (homenagem especial) Washington Albino, Lydio Bandeira de Mello, Caio Mário, Darcy Bessone, Onofre Mendes Júnior. A servidora Neide Lucília Gouveia Mendonça foi escolhida para receber a homenagem administrativa.

26 Geração 60 e Presença – Reminiscências, in *Geração 60*, cit. p. 93-94.

27 Lucros e perdas, in *Geração 60*, cit., p. 37.

28 A palavra do bacharelado, in *Geração 60*, cit. p. 166.

29 A palavra do bacharelado in *Geração 60*, cit. p. 166.

Zé Paulo não foi somente um excelente estudante durante todo o curso. Foi o melhor de sua turma, o que deve ser mais destacado ainda quando se sabe que teve uma intensa vida político-estudantil. Estudava muito, lia até de madrugada, sempre com um cigarro na mão. Ninguém se surpreendeu, portanto, que no dia 10 de dezembro de 1960, no auditório da Secretaria Estadual de Saúde, fosse ele a receber a *Medalha Rio Branco*, destinada ao aluno que obtivera as melhores notas e que mais se destacara ao longo do bacharelado. Na mesma solenidade recebeu também o *Prêmio Francisco Brant* destinado ao acadêmico que obtivera melhores notas em Direito Judiciário Penal.

José Paulo Sepúlveda Pertence foi um excepcional estudante, um colega leal e um exímio articulador político. Coube-me a feliz tarefa de escrever sobre seu período de estudante. Outros escreverão, neste livro, sobre outras facetas de sua rica vida. Sobre sua profícua existência, destacaria que ele foi democrata, otimista e coerente.

Sempre foi fervoroso defensor da democracia e deu inúmeras demonstrações disso ao longo de sua vida. Ele sabia que a frase dita por seu colega e orador de turma na solenidade de Colação de Grau era verdadeira: “Porque um bacharel da Casa de Afonso Pena só vive e cresce na plena atmosfera de democracia.”<sup>30</sup>

Sempre manteve seu espírito estudantil que se manifesta quando, ao final de seu depoimento à *Memória*, afirmou: “Sou otimista inveterado e, por isso, já não tendo muito a dar depois de uma vida sempre disposta à luta, resta confiar nas novas gerações.”<sup>31</sup>

A Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais se orgulha de haver tido entre seus alunos o jovem estudante Zé Paulo que caminharia, a passos largos, para se tornar o notável Ministro Sepúlveda Pertence. Por essa razão, concedeu a ele a *Medalha Afonso Pena* no ano de 2022, destinada a ex-alunos que se destacaram “nas letras jurídicas, ou em atividades culturais no campo do Direito, ou em outras atividades na defesa da pessoa humana.”<sup>32</sup>

Por toda sua vida, entre os muitos títulos, medalhas, diplomas e tantas outras condecorações que recebeu, guardou um pequeno documento datado de 16 de março de 1956, portanto, quando iniciava o Curso: sua carteira do CAAP, que ainda é guardado por seus filhos. Arriscaria a dizer que há na conservação

30 A palavra do bacharelado, in *Geração 60*, p. 168.

31 *Programa história oral*, cit. p. 21.

32 Todas as citações foram retiradas de depoimentos escritos e publicados por bacharelados da Turma *Geração 60*, na qual José Paulo Sepúlveda Pertence se formou. Agradeço especialmente a seus colegas Obregon Gonçalves e Carlos Eloy Carvalho Guimarães que gentilmente me receberam em suas casas para recordar suas mocidades na Faculdade. Também agradeço à magistrada Moema Carvalho Balbino que doou para a Faculdade de Direito o quadro de formatura da turma *Geração 60* na qual se formou seu pai Nicolau Balbino Filho. Esse quadro já está devidamente colocado na parede.

desse pequeno grande documento um significado e uma mensagem, como a nos dizer que ele não mudou: que, por toda a vida, sempre foi isso, o estudante Zé Paulo, com seus sonhos, angustias, inconformismo com as injustiças e se esforçando para “mudar os tempos”.

~~~~~//~~~~~



**DISCURSO PROFERIDO PELA ORADORA DA TURMA 180, TURNO DIURNO, DE FORMANDOS DO 2º SEMESTRE DE 2024 DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO DA FACULDADE DE DIREITO DA UFMG, EM SESSÃO DE COLAÇÃO DE GRAU REALIZADA NO DIA 17 DE FEVEREIRO DE 2025**

*SPEECH GIVEN BY THE SPEAKER OF CLASS 180, DAY SHIFT, GRADUATES OF THE SECOND SEMESTER OF 2024 OF THE UNDERGRADUATE LAW COURSE AT THE UFMG LAW SCHOOL, AT THE GRADUATION SESSION HELD ON 02/17/2025*

ROBERTA PUCCINI GONTIJO \*

Excelentíssimo Senhor Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Professor Hermes Vilchez Guerrero, e Excelentíssima Senhora Vice-Diretora da Faculdade de Direito da UFMG, Professora Mônica Sette Lopes, nas pessoas de quem cumprimento as demais autoridades e os demais professores aqui presentes,

Caros colegas, caros pais, caros familiares e caros amigos que nos prestigiam nesta noite festiva,

Em nosso trajeto por esta Casa, foi-nos negada a ocupação de alguns andares. Mal pisamos no 14º, tivemos de abandoná-lo e nem sequer pudemos espiar aquilo que o 13º, o 12º e o 11º nos reservavam. A realidade, de repente, apareceu-nos numa muda imobilidade; a pandemia nos anunciava um mundo petrificado e emudecido. Mas a aridez daqueles tempos não minou os idealismos que carregávamos conosco, idealismos tão peculiares a jovens bacharelados que se sentem potenciais agentes transformadores da realidade que os escolta.

Em 2022, enquanto certa calma parecia apontar no horizonte, o 10º andar desta Casa nos esperava. Estávamos então sedentos de calor humano, da convivência cotidiana e de diálogos táteis. Sentíamos-nos desconcertados; dentro de nós, mesclavam-se as angústias pretéritas e as inquietações futuras, as curiosidades do calouro e as responsabilidades do veterano, os sonhos da mocidade e a realidade cá fora, que nos amedronta e nos desafia. Se nos sentíamos perdidos, o tempo se certificou de nos revelar que não estávamos desamparados: para além do repouso que encontrávamos na espiritualidade, em nossos pais, familiares e amigos, o retorno à rotina presencial brindou-nos

---

\* Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: robertapuccini12@gmail.com.

com a companhia de Professores acolhedores, cujos ensinamentos em muito extrapolaram a esfera jurídica. Entre tantos outros, Carlos Henrique Borlido Haddad e Felipe Martins Pinto, nossos padrinhos, receberam-nos com carinho e nos prepararam para a travessia das turvas veredas do Direito.

À medida que nossa formação se completava, à medida que descíamos os andares e migrávamos do alto para o térreo, experimentávamos uma fixação doutrinária, legislativa e jurisprudencial. Abandonávamos o encantamento dos primeiros anos para nos concentrarmos nas miudezas que entrecortam a operação jurídica. Jamais esqueçamos, porém, que somos legatários de uma Escola emancipadora, livre, cuja produção intelectual instiga os rumos trilhados pelo Direito brasileiro. Lembremos que o Direito não se restringe a dogmatismos e ao legalismo. O Direito é vivo; não uma arquitetura fixa, mas um perene e coletivo ato de criação; está sempre por definir-se, por se constituir. O Direito é filosófico, histórico, cultural. Vale mais pelas virtualidades que possibilita do que pelos conteúdos enrijecidos de que já dispõem<sup>1</sup>. Sujeitos históricos que somos, está ao nosso alcance semear no amanhã as estruturas concebidas pela força de nosso intelecto; está ao nosso alcance transitar entre a leveza do imaginado e o peso do dado. Por meio de nossa atuação, tenhamos a ousadia de romper as fronteiras do posto, depositemos esperanças no porvir. São os sonhos, as imaginações, que transmutam o real.

Preservemos e professemos nossa esperança no Direito futuro, mas não neguemos a realidade que nos confronta; não vivamos o sonho como se já fosse realizado<sup>2</sup>. Não sejamos juristas inertes ou conformistas – abandonemos nossas vestes rotineiras e nos encorajemos para encarar o indefinido, o novo e o diverso; não nos refugiemos na clausura de escritórios, de tribunais ou da academia. Também não sejamos escapistas, embaraçados pelas mazelas factuais que nos assombram. Se o direito pulsa na vida de toda a gente, estejamos atentos aos anseios daqueles que estarão sob nossa tutela. Tenhamos a consciência de que o Direito deve dar conta do caso concreto, nunca o contrário. Se o ofício jurídico demanda o exercício criativo, ousemos imaginar; se demanda um ouvido aguçado, ouçamos; se demanda uma observação arguta, observemos; se demanda coragem, encorajemo-nos. Em tudo, valhamo-nos da probidade, da justiça e da sensibilidade.

Saibamos nossas responsabilidades enquanto filhos da Casa de Afonso Pena, que tanto fez por cada um de nós. Façamos jus à educação pública e de excelência que nos foi ofertada: uma educação não apenas jurídica; antes, humanista; uma educação formadora de juristas críticos, não de tecnocratas. Por isso, sigamos a recomendação a que Fernando Pessoa nos exorta: sejamos

---

1 OST, 2005.

2 WARAT, 1988.



todo em cada coisa; ponhamos quanto somos no mínimo que fazemos<sup>3</sup>. E assim nossa Casa rejubilará.

## REFERÊNCIAS

OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

PESSOA, Fernando. **Antologia poética**. Org. Walmir Ayala. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017, p. 45.

WARAT, Luis Alberto. **Manifesto do surrealismo jurídico**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.

---

3 Refiro-me ao poema *Para ser grande, sê inteiro*, de Ricardo Reis, heterônimo de Fernando Pessoa. Em seus versos, o eu lírico enuncia: “Para ser grande, sê inteiro: nada/ Teu exagera ou exclui./ Sê todo em cada coisa. Põe quanto és / No mínimo que fazes./ Assim em cada lago a lua toda/ Brilha, porque alta vive.” PESSOA, 2017, p. 45.



**TRADUÇÕES /**  
*TRANSLATIONS*

---



## O USO POLÍTICO DO JUIZ INTERNACIONAL\*

## L'UTILISATION POLITIQUE DU JUGE INTERNATIONAL

GUILLAUME LE FLOCH\*\*

## RESUMO

É muito raro que um Estado recorra a uma jurisdição internacional guiado exclusivamente por considerações jurídicas. Dada a singularidade da ordem jurídica internacional, qualquer recurso interestatal sempre responde, de uma forma ou de outra, a considerações políticas. Em algumas hipóteses, no entanto, estas podem suplantar todas as demais. Em outras palavras, ocorre, de maneira paradoxal, que o requerente acione o juiz internacional sem, no entanto, esperar uma solução judicial para o litígio. Por razões diversas e variadas, busca obter alguma outra vantagem. Embora esse fenômeno seja antigo, ele se ampliou significativamente nas últimas décadas. Os Estados encontram-se cada vez mais instrumentalizando o tribunal do juiz internacional para fins políticos. Trata-se de uma tendência forte, explicada, em particular, pelo contexto geopolítico atual e pela multipolarização do mundo. Devido a profundas divisões internas entre seus membros, vários órgãos políticos internacionais não conseguem mais desempenhar suas funções de maneira satisfatória. Diante dessa situação preocupante, os Estados, às vezes, não têm outra alternativa senão recorrer ao juiz internacional. Essa tendência, que se revela difícil de conter, levanta certas inquietações quanto ao futuro.

Em 29 de dezembro de 2023, a África do Sul apresentou à Corte Internacional de Justiça (CIJ) uma petição de instauração de procedimentos contra Israel<sup>1</sup>. A petição alegava supostas violações por parte do Estado hebreu das obrigações que lhe incumbem em virtude da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, no que diz respeito aos palestinos na Faixa de Gaza. O pedido foi acompanhado de uma solicitação de medidas provisórias<sup>2</sup>. Ao apresentar tal pedido perante o principal órgão judicial das Nações Unidas, a África do Sul certamente não esperava pôr fim, ainda que temporariamente, às hostilidades na Faixa de Gaza. Com raríssimas exceções, as decisões da CIJ para a indicação de medidas provisórias em conflitos armados nunca levam ao cessar dos combates<sup>3</sup>. Mas esse provavelmente não era o objetivo principal da

\* Publicado originalmente em língua francesa no *Annuaire Français De Droit International*, Vol. 69, 2023, pp. 247-286, e foi traduzido para a língua portuguesa por Camilla Freitas Amaral (E-mail: camillaframa@gmail.com) e Lucas Carlos Lima (E-mail: lclima@ufmg.br).

\*\* Professor na Universidade de Rennes (Institut du Droit Public et de la Science Politique - IDPSP).

1 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ). *The Republic of South Africa institutes proceedings against the State of Israel and requests the Court to indicate provisional measures*. Comunicado de imprensa 2023/77, 29 de dezembro de 2023.

2 O pedido de instauração de procedimento foi registrado na Secretaria da CIJ em 29 de dezembro de 2023.

3 A execução das medidas provisórias depende, na realidade, muito das circunstâncias do caso concreto. No caso *Disputa Fronteiriça (Burkina Faso/República do Mali)* (decisão, 10 de janeiro de 1986, Rec. CIJ, 1986, pp. 11-12), “a decisão, que instava ambas as Partes a respeitar

parte requerente. Como uma estrategista astuta, a África do Sul pretendia, antes de tudo, atrair Israel para uma armadilha judicial e, assim, realizar um golpe político. Nesse aspecto, é forçoso reconhecer que o sucesso foi total. A submissão do caso à Corte e o processo de indicação de medidas provisórias tiveram uma repercussão midiática bastante incomum. Desde a instauração dos procedimentos, a acusação contra Israel na Corte Mundial por genocídio tornou-se manchete de diversos meios de comunicação<sup>4</sup>. Durante a fase oral da análise da solicitação de medidas provisórias, várias figuras políticas de alto escalão correram para Haia para assistir à audiência<sup>5</sup> e apoiar a causa palestina, mas também para ver Israel – cujo passado e o tratamento sofrido pelo povo judeu durante a Segunda Guerra Mundial<sup>6</sup> são amplamente conhecidos – defender-se da acusação de cometer qualquer ato de genocídio. A decisão sobre a indicação de medidas provisórias da Corte foi proferida na presença de um público de jornalistas vindo de todas as partes do mundo, que divulgaram amplamente

---

estritamente o cessar-fogo, produziu efeitos” (BEDJAOU, M. La place de la Cour internationale de Justice dans le système général de maintien de la paix institué par la Charte des Nations Unies. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International (RCADI)*, v. 257, 1996, p. 541-548). No entanto, deve-se notar que Burkina Faso e Mali haviam ambos solicitado medidas provisórias. No caso do *Pedido de Interpretação da Sentença sobre o Templo de Préah Vihear*, as partes também cumpriram a medida que estabelecia uma zona desmilitarizada (*Pedido de Interpretação da Sentença de 15 de junho de 1962 no caso do Templo de Préah Vihear (Camboja v. Tailândia)*, decisão, 18 de julho de 2011, Rec. CIJ, p. 555, §69 B). Nenhum confronto posterior foi registrado após a indicação das medidas provisórias. Os casos da *Disputa Fronteiriça* e do *Pedido de Interpretação da Sentença sobre o Templo de Préah Vihear* são os únicos, em um contexto de conflito armado, nos quais as medidas provisórias indicadas pela Corte foram respeitadas. Em outras palavras, se as medidas provisórias podem, de fato, ter algum impacto na interrupção de confrontos pontuais, parecem, no entanto, estar fadadas ao fracasso quando o tribunal é instado a decidir sobre um conflito de grande escala, como o que opõe Israel e o Hamas. Cf. LE FLOCH, G. Le rôle des juridictions internationales dans la préservation de la paix. *Revue Belge de Droit International (RBDI)*, 2020, p. 101-130.

- 4 Ver, por exemplo: DE SMONE, D.; DAVE, A. South Africa files ICJ case accusing Israel of ‘genocidal acts’. *BBC*, 29 dez. 2023; MAUPA, S. Guerre Israël-Hamas: l’Afrique du Sud saisit la justice internationale pour ‘génocide’. *Le Monde*, 30 dez. 2023; L’AFRIQUE DU SUD accuse Israël de ‘génocide’ devant la Cour internationale de Justice. *Courrier International*, 30 dez. 2023; WHAT IS the ICJ and what is South Africa’s claim against Israel? *The Guardian*, 9 jan. 2024.
- 5 Devido ao espaço limitado no tribunal, apenas quinze lugares foram reservados ao público. Uma longa fila começou a se formar ainda de madrugada em frente ao Palácio da Paz. Entre os poucos privilegiados que puderam assistir à audiência estavam Jean-Luc Mélenchon, líder do partido francês *La France Insoumise*, Jeremy Corbyn, ex-líder do Partido Trabalhista britânico, e Craig Murray, ex-embaixador britânico. Cf. MURRAY, C. Your Man in the Hague (in a Good Way). *Craig Murray Blog*, 11 jan. 2023.
- 6 O co-agente de Israel, Sr. Tal Becker, não deixou de fazer alusão a isso logo na segunda frase de sua argumentação: “O Estado de Israel está singularmente ciente das razões pelas quais a Convenção sobre o Genocídio, que foi invocada nestes procedimentos, foi adotada. Gravado em nossa memória coletiva está o assassinato sistemático de seis milhões de judeus como parte de um programa premeditado e hediondo para sua aniquilação total” (CIJ. *Aplicação da Convenção para a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio na Faixa de Gaza (África do Sul v. Israel)*, Verbatim Record 2024/2, 12 de janeiro de 2024, p. 12, § 1).

seu conteúdo,<sup>7</sup> assim como, posteriormente, as violações de que ela possa ter sido objeto por parte do Estado réu<sup>8</sup>. Enquanto sua imagem já estava bastante deteriorada no cenário internacional, a ação contenciosa iniciada pela África do Sul e o desprezo demonstrado pelo réu em relação à ordem judicial tiveram o efeito de manchar ainda mais a reputação de Israel. Dessa forma, a África do Sul alcançou seus objetivos<sup>9</sup>. Este caso é um exemplo emblemático da instrumentalização política<sup>10</sup> a que o tribunal de um juiz internacional pode ser submetido.

A escolha entre um meio pacífico de resolução de disputas em vez de outro sempre foi e continua sendo “o resultado de uma decisão eminentemente política, que envolve motivações tão variadas quanto complexas”<sup>11</sup>. A decisão de recorrer à CIJ, por exemplo, é indiscutivelmente “a consequência de uma escolha política”<sup>12</sup>. O direito e a política, no contexto das jurisdições interna-

7 Ver, entre outros: EDWARD, C. Top UN court says Israel must take ‘all measures’ to prevent genocide in Gaza but stops short of calling for ceasefire. CNN, 26 jan. 2024; LEMONE, C. La CIJ reconnaît un risque de génocide à Gaza. *La Tribune de Genève*, 26 jan. 2024; LA COUR internationale de Justice appelle Israël à empêcher tout acte de ‘génocide’ à Gaza et à faciliter l’aide humanitaire. *Franceinfo*, 26 jan. 2024; GUERRE Israël-Hamas: la CIJ ordonne à Israël d’autoriser l’accès humanitaire à Gaza et lui demande d’empêcher tout éventuel acte de ‘génocide’. *Le Monde*, 26 jan. 2024.

8 ISRAEL isn’t complying with the International Court of Justice ruling – what happens next?. *The Conversation*, 6 fev. 2024; HOURDEAUX, J. Accusations de génocide: Israël piétine la décision de la Cour internationale de Justice. *Médiapart*, 26 fev. 2024.

9 Ver também, na mesma perspectiva, a petição apresentada pelo Nicarágua em 1º de março de 2024 contra a Alemanha por cumplicidade em genocídio: *Alegadas violações de certas obrigações internacionais relativas ao Território Palestino Ocupado (Nicarágua v. Alemanha)*. Contudo, essa petição não alcançou plenamente seu objetivo (ver *infra* II-B).

10 Aqui é possível retomar uma das definições do termo “política” consagrada pelo *Dictionnaire Salmon*: “qualifica uma situação baseada em considerações de oportunidade que tendem a modificar um estado de fato ou de direito: assim, uma disputa, uma controvérsia, um assunto político” (SALMON, J. (dir.). *Dictionnaire de droit international public*. Bruxelles: Bruylant, 2001. 1198 p., p. 843).

11 “Assim, qualquer Estado parte de um litígio inevitavelmente buscará encontrar a solução, no sentido mais amplo, que lhe seja mais ‘vantajosa’. Evidentemente, a avaliação comparativa dos ‘benefícios’ e ‘desvantagens’ oferecidos por cada caminho disponível exigirá a consideração de diversos fatores de oportunidade, tanto de política externa quanto de política interna, no curto e no longo prazo, etc.

Além disso, quando for necessário recorrer a um terceiro, a preferência dos Estados normalmente será por um mecanismo que lhes proporcione uma margem de manobra adequada e certo nível de supervisão, ou até mesmo controle considerado suficiente, sobre o processo. Esse mecanismo deverá garantir da melhor maneira possível a proteção de seus direitos e interesses, ser equitativo e eficaz, e levar a uma decisão razoavelmente previsível, tão duradoura quanto possível.” (COUVREUR, Ph. La confiance dans la Cour internationale de Justice et ses procédures. In: TROLO-FERRAND, J. (dir.). *La confiance dans les procédures devant les juridictions internationales*. Paris: Pedone, 2022. 250 p., p. 61.

12 “A decisão de submeter o caso à Corte é também, em cada caso, consequência de uma escolha política, motivada, conforme o caso, por fatores fluidos de natureza diplomática, econômica, histórica, política ou até psicológica. Isso explica por que, no passado, diversos diferendos tradicionalmente reconhecidos como passíveis de serem tratados pela Corte não lhe foram submetidos” (BEDJAOU, M. *L’humanité en quête de paix et de développement* (II). *Recueil*

cionais, são inseparáveis.<sup>13</sup> Qualquer que seja a disputa interestatal, ela sempre conterá uma dimensão política irreprimível<sup>14</sup>. Como já afirmou Lauterpacht em sua época, “um Estado é uma instituição política, e todas as questões que o afetam como um todo, especialmente em suas relações com outros Estados, são, portanto, políticas”<sup>15</sup>. Essa é uma evidência que não se pode negar<sup>16</sup>.

Considerações tanto políticas quanto jurídicas necessariamente guiam o requerente quando este se volta para o juiz internacional. No entanto, ocorre que as primeiras prevalecem completamente sobre as segundas. Em outras palavras, e de maneira paradoxal, em certas hipóteses, o requerente aciona o juiz sem, no entanto, esperar, de alguma forma, qualquer solução judicial para o litígio. Por razões diversas e variadas, ele busca obter outra vantagem. Esse é, por exemplo, o caso quando um Estado submete uma petição à CIJ sem qualquer base de competência. Essa estratégia foi particularmente empregada pelos Estados

---

des Cours de l'Académie de Droit International (RCADI), v. 325, 2006, p. 1-542. p. 92). Ver também nesse sentido: KEOHANE, R. O.; MORAVCK, A.; SLAUGHTER, A. M. Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational. *International Organization*, 2000, v. 54, p. 457-488. p. 473. Para Terry Gill, “tanto considerações políticas quanto jurídicas estão intrinsecamente ligadas no processo de resolução judicial de disputas entre Estados, e ambas desempenham um papel essencial – embora distinto – na determinação e execução da estratégia litigiosa” (GILL, T. D. *Litigation Strategy at the International Court. A Case Study of the Nicaragua v. United States Dispute*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1989. 362 p., p. 56.). Para uma ilustração sobre a Austrália, veja: CAMPBELL, B. Australia's engagement with the International Court of Justice: practical and political factors. *Melbourne Journal of International Law*, 2021, v. 21, p. 596-619. Ver também: BODE, Th. J. *Politics and the Emergence of an Activist International Court of Justice*. Westport: Praeger, 1995. 112 p.

- 13 Como destaca Jean-Marc Sorel, “[o] direito e a política estão evidentemente entrelaçados no nível das jurisdições internacionais, mas de forma mais geral no âmbito do direito internacional, e ainda mais amplamente no direito como um todo” (SOREL, J. M. Les tribunaux pénaux internationaux. Ombre et lumière d'une récente grande ambition. *Revue du Tiers Monde*, 2011, p. 29-46. p. 31-32.). Ele também lembra que “a criação de um tribunal internacional, qualquer que seja, é sempre um ato político” (*ibid.*, p. 31).
- 14 “São poucas as disputas internacionais – para não dizer nenhuma – que não possuem simultaneamente um aspecto jurídico e político” (KOL, R. *La Cour internationale de Justice*. Paris: Pedone, 2013. 1356 p., p. 345.).
- 15 LAUERPACH, H. *The Function of Law in the International Community*. Oxford: OUP, 2011 (reedição). 528 p. p. 161. Ver também: UGALDE, S.; QUINTANA, J. J. Managing Litigation before the International Court of Justice. *JIDS*, 2018, p. 1-34. p. 33., segundo os quais “todas as questões em jogo entre Estados soberanos tendem a se tornar altamente políticas”.
- 16 Segundo uma câmara do Tribunal Penal Internacional (TPI), “[n]ão é necessário reafirmar que a visão que insiste que o direito internacional é capaz de operar em um ambiente politicamente estéril implica uma ingenuidade impressionante sobre como a vida realmente funciona” (TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. *Le Procureur c. Uhuru Muigai Kenyatta*, Ch. Pré. V, Decision on Defence Request for Conditional Excusal from Continuous Presence at Trial, 18 de outubro de 2013. ICC-01/09-02/11-830, § 100.). Sobre os vínculos entre política e direito internacional: GRAUD, E. Le droit international public et la politique. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International (RCADI)*, 1960, v. 110, p. 419-810; DUÉ, G. Le rapport entre la politique et le droit dans l'ordre international. *Les Cahiers de Droit*, 1963, p. 47-56. É bem conhecido que todos os Estados possuem uma política jurídica externa: DE LACHARRÈRE, G. *La politique juridique extérieure*. Bruxelles: Bruylant, 2023 (reedição). 236 p.



Unidos nos anos 1950, em diversos litígios relacionados a incidentes aéreos que os opunham à Estados do bloco do Leste<sup>17</sup>. A menos que se imaginasse um consentimento *ad hoc* altamente improvável por parte dos réus, os Estados Unidos não podiam esperar que seus recursos prosperassem no mérito<sup>18</sup>. Como era previsível, esse consentimento não foi concedido, e todas as ações foram removidas do rol por meio de decisão da Corte<sup>19</sup>. Embora não tenham obtido nenhuma decisão sobre o mérito, os Estados Unidos colheram uma vantagem política. Eles puderam demonstrar ao mundo que estavam dispostos a resolver os litígios por meio judicial, ao contrário dos Estados do bloco do Leste,<sup>20</sup> que mais uma vez manifestavam já de princípio sua hostilidade à justiça internacional.<sup>21</sup> Em outras palavras, eles utilizaram a Corte para fins políticos.<sup>22</sup>

17 Ver, por exemplo, os casos do *Incidente Aéreo de 10 de março de 1953 (Estados Unidos da América v. Tchecoslováquia)*, do *Tratamento na Hungria de uma aeronave dos Estados Unidos da América e sua tripulação (Estados Unidos da América v. República Popular da Hungria)*, do *Incidente Aéreo de 7 de outubro de 1952 (Estados Unidos da América v. União das Repúblicas Socialistas Soviéticas)*, do *Incidente Aéreo de 4 de setembro de 1954 (Estados Unidos da América v. União das Repúblicas Socialistas Soviéticas)* e do *Incidente Aéreo de 7 de novembro de 1954 (Estados Unidos da América v. União das Repúblicas Socialistas Soviéticas)*.

18 BLDER, R. International Dispute Settlement and the Role of International Adjudication. *Emory Journal of International Dispute Resolution*, 1987, v. 1, p. 131-173. p. 160.

19 Ver: CIJ. *Tratamento na Hungria de um avião dos Estados Unidos e de sua tripulação (Estados Unidos da América v. Hungria)*, Decisão, 12 jul. 1954. Recueil des Arrêts et Avis (Rec. CIJ), 1954, p. 99; CIJ. *Tratamento na Hungria de um avião dos Estados Unidos e de sua tripulação (Estados Unidos da América v. Hungria)*, Decisão, 12 jul. 1954. Recueil des Arrêts et Avis (Rec. CIJ), 1954, p. 103; CIJ. *Incidente aéreo de 7 de outubro de 1952 (Estados Unidos da América v. União das Repúblicas Socialistas Soviéticas)*, Decisão, 14 mar. 1956. Recueil des Arrêts et Avis (Rec. CIJ), 1956, p. 6; CIJ. *Incidente aéreo de 10 de março de 1953 (Estados Unidos da América v. Tchecoslováquia)*. Recueil des Arrêts et Avis (Rec. CIJ), 1956, p. 9; CIJ. *Incidente aéreo de 4 de setembro de 1954 (Estados Unidos da América v. União das Repúblicas Socialistas Soviéticas)*, Decisão, 9 dez. 1958. Recueil des Arrêts et Avis (Rec. CIJ), 1958, p. 158; CIJ. *Incidente aéreo de 7 de novembro de 1954 (Estados Unidos da América v. União das Repúblicas Socialistas Soviéticas)*, Decisão, 7 out. 1959. Recueil des Arrêts et Avis (Rec. CIJ), 1959, p. 276.

20 Para Gary L. Scott e Karen D. Csajko, “[e]m submissões simbólicas, um Estado tenta mobilizar o simbolismo da Corte e da resolução jurídica de disputas contra outro Estado. Nesses casos, a Corte é livre para negar jurisdição, caso o Estado requerido se recuse a participar, pois não há consentimento prévio do Estado à jurisdição da Corte. No entanto, o Estado requerente obteve um ganho político, pois demonstrou desejar uma solução legal para o problema. Em outras palavras, o Estado requerente se posicionou como um Estado cumpridor da lei, enquanto o Estado requerido se apresenta como um Estado que não respeita a lei” (SCOTT, G. L.; CSAJKO, K. D. Compulsory Jurisdiction and Defiance in the World Court: A Comparison of the PCIJ and the ICJ. *Denver Journal of International Law & Policy*, 1988, v. 16, p. 377-392. p. 389).

21 Ver, nesse sentido, CAFLCH, L. Le règlement pacifique des différends internationaux à la lumière des bouleversements intervenus en Europe centrale et en Europe de l’est. *Anuario de Derecho Internacional*, 1993, v. 9, p. 17-39. p. 26-29.

22 Para Gary L. Scott e Karen D. Csajko, foram os Estados Unidos que, por meio dessas diversas ações, iniciaram esse fenômeno de utilização política da CIJ (SCOTT; CSAJKO, *op. cit.*, p. 388).

Tendo em vista as singularidades da ordem jurídica internacional, essa utilização política do juiz é principalmente feita pelos Estados<sup>23</sup>. São, portanto, as jurisdições internacionais que podem ser acionadas por estes que estão mais expostas a esse fenômeno. A Corte Internacional de Justiça é, sem surpresa, o tribunal que mais frequentemente é instrumentalizado para fins políticos, e isso já há bastante tempo<sup>24</sup>. Em diferentes graus, outras jurisdições internacionais também podem ser alvo de instrumentalização política, como o Tribunal Penal Internacional (TPI)<sup>25</sup> ou ainda a Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH)<sup>26</sup>. Essa utilização política do juiz internacional pelos Estados ocorre com

- 23 A fim de evitar o uso do peticionamento individual para fins políticos, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos consagrou a noção de abuso de direito. Ver: TRECHEL, S. Article 27. In: PE, L. E.; DECAUX, E.; IMER, P. H. (org.). *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*. 2. éd. Paris: Economica, 1999. p. 621-647. p. 637. O objetivo era tranquilizar alguns representantes de governos que temiam que o peticionamento individual fosse “utilizado por pessoas excêntricas ou mal-intencionadas, ou com fins de propaganda subversiva” (MONCONDU, F. L'abus du droit de recours individuel devant la Commission européenne des droits de l'homme. *Annuaire de droit international*, 1971, p. 347-363. p. 349). Na prática, “[e]ste receio revelou-se infundado, e a sanção pelo abuso do direito de peticionamento individual raramente foi aplicada de forma autônoma, salvo raras exceções muito específicas, demonstrando um uso ‘litigioso’ ou ‘frívolo’ do direito de peticionamento” (LAMER-ADELGAWAD, E. La saisine de la Cour européenne des droits de l'homme. In: RUZ FAR, H.; SOREL, J.-M. (org.). *La saisine des juridictions internationales*. Paris: Pedone, 2006. p. 307-317. p. 242). Dada a amplitude do tema e a prática bem menos frequente da utilização política do tribunal por particulares, a presente contribuição limita-se principalmente ao estudo dos Estados. No entanto, indivíduos também utilizam diversas estratégias judiciais. Sobre essa questão, ver, em especial, DUFFY, H. *Strategic Human Rights Litigation*. Oxford: Hart, 2018. 308 p.
- 24 Em 1972, já se podia afirmar que “a CPJI e, ainda mais, a CIJ não foram tão apolíticos quanto alguns poderiam ter esperado na criação das instituições. Todos os casos da CIJ envolvendo membros de alianças opostas podem ser atribuídos ao atrito entre os Estados Unidos ou o Reino Unido e os países do Pacto de Varsóvia, e a implicação desses casos é que a Corte tem sido frequentemente utilizada pelas partes para fins de propaganda ou de legitimação, em vez de com a expectativa de uma resolução” (COPLIN, W. D.; ROCHEER, J. M. The Permanent Court of International Justice, the International Court of Justice, the League of Nations, and the United Nations: A Comparative Empirical Survey. *American Political Science Review*, 1972, v. 66, p. 529-550. p. 538).
- 25 Segundo Alana Tiemessen, o TPI pode ser utilizado como um instrumento para alcançar objetivos políticos por meio de meios judiciais (TEMEEN, A. The International Criminal Court and the lawfare of judicial intervention. *International Relations*, 2015, p. 1-23. p. 4.).
- 26 Para Frédéric Sudre, “[o]s recursos interestatais visam, na maioria dos casos, submeter à Corte um litígio político, inserido em um contexto de conflito armado» (SUDRE, F. Conclusions. In: ANDRANMAZOVNA, J.; BURGORGUE-LAREN, L.; TOUZE, S. (org.). *La protection des droits de l'homme par les cours supranationales*. Paris: Pedone, 2016. p. 245-268. p. 264.). Elisabeth Lambert-Abdelgawad considera que o peticionamento estatal tem “servido a interesses puramente egoístas e políticos” (LAMER-ADELGAWAD, *op. cit.*, p. 232). Ver também MACHOWCZ, R.; TAAZEWK, R. The Inter-State Application to the European Court of Human Rights in Strasbourg – Potential Revival. *Przegląd Sejmowy*, 2023, p. 175-197. p. 192. As demais jurisdições internacionais de proteção dos direitos humanos não são afetadas, pois quase nunca são acionadas pelos Estados. Ver, em especial, LARCHÉ, M. Les affaires interétatiques : un angle-mort dans la surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. In: GANNOPOULO, C. (org.). *L'exécution des arrêts de la Cour euro-*

mais frequência no âmbito da função contenciosa, mas também pode ocorrer no âmbito da função consultiva. Ela geralmente acontece em casos de tensões muito fortes entre as partes.

Embora o fenômeno seja antigo, ele se amplificou consideravelmente ao longo das últimas décadas. De fato, os Estados encontram-se cada vez mais frequentemente instrumentalizando os tribunais do juiz internacional para fins políticos<sup>27</sup>. Trata-se de uma tendência marcante, que pode ser explicada por diversas razões, algumas das quais certamente próprias a cada jurisdição e a cada caso específico. No entanto, é necessário reconhecer que essa tendência geral também não está dissociada do contexto geopolítico atual e da multipolarização do mundo. Devido a fortes divisões internas entre seus membros, vários órgãos políticos internacionais já não conseguem mais exercer suas funções de maneira satisfatória. A paralisia atualmente enfrentada pelo Conselho de Segurança é, sem dúvida, a ilustração mais emblemática disso. Enquanto as violações do direito internacional se multiplicam, esse órgão revela-se incapaz de cumprir a missão que lhe foi atribuída pela Carta das Nações Unidas: garantir a manutenção da paz e da segurança internacionais<sup>28</sup>. Diante dessa situação extremamente preocupante, os Estados às vezes não encontram outra saída senão recorrer ao juiz internacional. Assim, por exemplo, durante a audiência sobre a indicação de medidas provisórias, a Gâmbia justificou sua ação contra Mianmar perante a CIJ devido à resposta insuficiente da comunidade internacional diante do drama vivido pelos *rohingyas*<sup>29</sup>. O juiz internacional torna-se, então, um elemento central em uma estratégia de *lawfare*<sup>30</sup>. As motivações políticas prevalecem amplamente sobre as jurídicas, chegando mesmo a substituí-las, no recurso às jurisdições internacionais. Essa utilização política multifacetada do juiz internacional (I) revela-se difícil de conter (II).

---

pécenne des droits de l'homme. Paris: Pedone, 2022. p. 103-122. p. 104.

27 Ver, nesse sentido, LEFEER, R. To Rule or not to Rule. *IJIL*, 1995, v. 8, p. 243-244.

28 Ver artigo 24, parágrafo 1, da Carta das Nações Unidas.

29 CIJ. *Aplicação da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (Gâmbia v. Myanmar: 7 Estados intervenientes)*. Verbatim Record 2019/18, 10 dez. 2019, P. Reichler, §31. Esse argumento visava, em particular, compensar a inação do Conselho de Segurança. Ver: RAMDEN, M. Strategic Litigation before the International Court of Justice: Evaluating Impact in the Campaign for Rohingya Rights. *EJIL*, 2022, v. 33, p. 441-472. p. 480.

30 A expressão *lawfare* pode aqui ser entendida como: “o uso estratégico do direito e de uma instituição jurídica para objetivos políticos” (TIEMESSEN, *op. cit.*, p. 12). De maneira geral, ver: KITTIRE, F. *Lawfare: Law as a Weapon of War*. Oxford: OUP, 2016. 481 p. Ver também: GUILFOYLE, D. The Rule of Law and Maritime Security: Understanding Lawfare in the South China Sea. *International Affairs*, 2019, v. 95, p. 999-1017.

## I. UM USO POLÍTICO MULTIFORME DO JUIZ INTERNACIONAL

Em certas situações, o requerente, embora tenha plena consciência de que, devido a diversos fatores, o litígio que o opõe ao réu não pode ser resolvido judicialmente, ainda assim recorrerá ao juiz internacional, muitas vezes de maneira bastante ostensiva. Essa escolha se justifica pelo fato de que acionar uma jurisdição internacional é sempre um ato simbólico forte<sup>31</sup> (A), cujo efeito pode ser amplificado pelo acionamento de certos procedimentos incidentais (B).

### A. A submissão ao juiz internacional: um ato simbólico forte

A submissão de uma petição é um ato jurídico<sup>32</sup> que, em certas ocasiões, pode também assumir o significado de um ato político. O requerente pode, de fato, utilizar a petição de instauração de procedimentos como uma arma em um combate político<sup>33</sup>. Ao acionar o juiz nessa perspectiva, o requerente busca atrair a atenção da opinião pública para uma situação que o afeta diretamente (1), ou até mesmo para uma questão de interesse da comunidade internacional como um todo (2).

#### 1. A vontade de atrair a atenção da opinião pública para uma situação específica que afeta diretamente o requerente

Independentemente das circunstâncias próprias a cada caso, recorrer ao juiz implica, implicitamente, que o requerente deseja fazer prevalecer o direito para resolver o conflito com a parte demandada<sup>34</sup>. Sua reputação só pode sair fortalecida com isso (a). Além disso, recorrer ao juiz pode servir como uma estratégia para desviar a atenção de determinada situação e criar um contra-ataque (b).

---

31 Essa situação, sem dúvida, é menos relevante hoje para a CEDH, considerando o número de ações individuais apresentadas anualmente. No entanto, ainda se aplica aos recursos interestatais, que continuam relativamente raros – apesar do aumento significativo nos últimos anos.

32 Ver, em especial, JOUANNET, E. La saisine en droit international ou la simplicité dans la diversité. In: RUIZ FABRI, H.; SOREL, J. M. (org.). *op. cit.* p. 307-317, p. 310-315.

33 Para retomar os termos de Tullio Treves, “torna-se possível usar uma petição unilateral a um tribunal internacional como uma arma em uma luta política” (TREVES, T. The Political Use of Unilateral Applications and Provisional Measures Proceedings. In: *Negotiating for Peace. Liber Amicorum Tono Eitel*. Berlin: Springer, 2003. p. 463-481, p. 466.).

34 Ver, nesse sentido, LEFEBER, *op. cit.*, p. 246, segundo o qual “a provocação da Corte é uma demonstração da convicção do requerente de que a lei está ao seu lado”.

## a) Um recurso ao juiz visando fortalecer a reputação do requerente

A submissão do caso ao juiz pode ser objeto de instrumentalização política por parte do requerente, inclusive na ausência de qualquer base de competência. Naturalmente, se ele dispuser de um título válido, poderá tirar ainda mais proveito da situação.

Desde a revisão do Regulamento de 1978, os casos submetidos à CIJ, sem qualquer base de competência, não são mais inscritos automaticamente no rol da Corte. Para isso, é necessário que o Estado contra o qual a petição é dirigida aceite a competência da Alta jurisdição para o caso específico<sup>35</sup>. Essa evolução nas regras do *forum prorogatum* não impediu os Estados de recorrerem a esse caminho jurídico de forma episódica. Por um lado, apesar da mudança nas regras, o caráter simbólico da submissão do caso permanece<sup>36</sup>. Dependendo dos temas em questão, o simples protocolo da petição pode receber uma cobertura midiática mais ou menos ampla<sup>37</sup>. A título de ilustração, em 19 de abril de 2007, o jornal *Le Monde* destacou em sua manchete a submissão de um caso pela Ruanda à Corte Internacional de Justiça “contra a França e o juiz Bruguière”<sup>38</sup>. O artigo menciona que a França precisa dar seu consentimento para que o caso possa ter desdobramentos judiciais. No entanto, ao fazer isso, é possível deduzir que, se a França não der seu consentimento, é porque desconfia da CIJ e não tem necessariamente o direito a seu favor. Dessa forma, o Ruanda consegue reverter a situação a seu favor. Da mesma maneira, embora em um contexto diferente, a ofensiva judicial promovida pelas Ilhas Marshall perante a Corte Internacional contra os nove Estados detentores de armas nucleares<sup>39</sup> não passou despercebida<sup>40</sup>. Esse Estado surgiu como um porta-voz da luta antinuclear, e

35 Ver artigo 38, parágrafo 5, do Regulamento da CIJ.

36 Pelo menos resulta na publicação de um comunicado de imprensa pelo registro da Corte.

37 Ver, nesse sentido, YEE, S. Forum Prorogatum Returns to the International Court of Justice. *Leiden Journal of International Law*, v. 16, 2003, p. 701-713, p. 706-707. “[A] aplicação do *forum prorogatum* parece abrir a porta para o abuso do processo judicial por alguns Estados para obter ganhos políticos. Um Estado requerente pode saber que não há nenhuma chance de que o réu aceite seu convite para comparecer perante a Corte, mas, mesmo assim, pode apresentar uma petição unilateral para obter publicidade indevida decorrente da cobertura midiática [...]. Tal publicidade pode ter o efeito de retratar o réu como o vilão”.

38 MAUPAS, S. Rwanda: Kigali saisit la Cour internationale de justice contre Paris et le juge Bruguière. *Le Monde*, 19 abr. 2007. Ver também: AYAD, C. Le Rwanda traîne la France devant la justice internationale. *Libération*, 19 abr. 2007; PLAINTÉ contre la France devant la CIJ. *L'Humanité*, 19 abr. 2007.

39 Das nove petições submetidas à Corte em 24 de abril de 2014 pelas Ilhas Marshall, apenas seis foram fundamentadas no artigo 38, parágrafo 5, do Regulamento da Corte (ver petições contra a China, os Estados Unidos, a Rússia, a França, Israel e a Coreia do Norte). As petições contra a Índia, o Paquistão e o Reino Unido basearam-se em declarações facultativas de aceitação da jurisdição obrigatória.

40 Ver, por exemplo: LES Îles Marshall s'attaquent aux puissances nucléaires. *AFP*, 25 abr. 2014; LES Îles Marshall à l'assaut des grandes puissances nucléaires. *La Tribune de Genève*, 25 abr.

mais ainda, enfrentando algumas das maiores potências mundiais. Como consequência, mesmo que esse artifício esteja longe de ser uma solução definitiva, ele permite, ainda que por um breve momento, direcionar os holofotes para uma determinada situação<sup>41</sup>. Por outro lado, ainda que a probabilidade seja muito baixa, nada impede que o Estado requerido responda à proposta do requerente. Foi o que fez a França nos casos *Certas Procedimentos Penais Iniciados na França*<sup>42</sup> e *Certas questões relativas à cooperação judiciária em matéria penal*<sup>43</sup>. Assim, mesmo na ausência de competência, os Estados podem buscar obter uma vantagem política ao submeter um caso à CIJ<sup>44</sup>. No entanto, trata-se de uma vantagem que não é de forma alguma comparável à hipótese em que o requerente se baseia em um autêntico título de competência.

No que diz respeito a esse cenário, duas hipóteses devem ser isoladas. A primeira é aquela em que o Estado dispõe do título de competência adequado, que permitirá ao juiz conhecer plenamente e inteiramente o litígio que o opõe

---

2014; MARSHALL Islands sues nuclear-armed states, says they're not disarming. *South China Morning Post*, 25 abr. 2014.

- 41 Além dos casos mencionados, o artigo 38, parágrafo 5, do Regulamento da Corte foi invocado pela Hungria em 23 de outubro de 1992 contra a República Federativa Tcheca e Eslovaca, pela República Federativa da Iugoslávia em 16 de março de 1994 contra os Estados membros da Organização do Tratado do Atlântico Norte, pela Eritreia em 16 de fevereiro de 1999 contra a Etiópia, pela Libéria em 4 de agosto de 2003 contra Serra Leoa, pela Guiné Equatorial contra a França em 25 de setembro de 2012 e pela Argentina em 7 de agosto de 2014 contra os Estados Unidos da América. Esse mecanismo, no entanto, não tem sido acionado nos últimos dez anos.
- 42 CIJ. *Certas Procedimentos Penais Iniciados na França (República do Congo v. França)*, Decisão, 16 de junho de 2003. Rec. CIJ, 2003, p. 103, § 6.
- 43 CIJ. *Certas questões relativas à cooperação judiciária em matéria penal (Djibuti v. França)*, Julgamento, 4 de junho de 2008. Rec. CIJ, 2008, p. 181, § 4. Nesses dois casos, não seria exagero considerar que o réu também instrumentalizou o tribunal para fins políticos. A França parece ter dado seu consentimento, com base no artigo 38, parágrafo 5, do Regulamento da Corte, “para esclarecer (de uma forma que ainda precisa ser determinada, mas que se assemelha fortemente a uma vontade de punir seus próprios juízes e de se livrar do caso por meio da CIJ) a questão da competência universal e da imunidade dos chefes de Estado» (SOREL, J. M. *La France et les juridictions internationales ou la dialectique de l'audace, des réticences et de la soumission*. In: CAHIN, G.; POIRAT, F.; SZUREK, S. (org.). *La France et le droit international*. Paris: Pedone, 2007. 389 p. pp. 279-337, p. 326.). Em outras palavras, esses casos têm a característica “até então inédita de um réu que se encaminha deliberadamente para uma derrota judicial, apesar de poder evitá-la ao recusar a jurisdição [...] Ainda que se saiba que a França desejava voltar à CIJ, da qual havia saído abruptamente no início dos anos 1970 devido ao caso dos Ensaios Nucleares, é difícil não sentir certa perplexidade diante de tamanha boa vontade” (RUIZ FABRI, H.; SOREL, J. M. *Chronique de jurisprudence de la Cour internationale de Justice* (2008). *Revue générale de droit international public*, 2009, pp. 1303-1353, p. 1321).
- 44 Alguns Estados limitam-se, por vezes, aos efeitos de anúncio. A título de exemplo, Tuvalu ameaçou acionar a CIJ contra os Estados Unidos, com fundamento no artigo 38, parágrafo 5, do Regulamento, pelo fato de este país não ter ratificado o Protocolo de Kyoto. No entanto, nenhuma petição formal foi apresentada. Ver sobre esse caso: JACOBS, R. E. *Treading Deep Waters: Substantive Law Issues in Tuvalu's Threat to Sue the United States in the International Court of Justice*. *Pacific Rim Law & Policy Journal*, 2005, vol. 14, pp. 103-128.

ao réu. Nesse caso, tudo indica que o requerente recorre ao juiz para obter uma decisão de mérito que acolha suas pretensões e resolva a disputa. No entanto, mesmo nessa configuração, pode acontecer de o requerente tentar explorar o caso no plano político. O recurso ao juiz pode, primeiramente, ser um meio de exercer forte pressão política sobre o réu. Foi o que ocorreu, por exemplo, em um caso que opôs a Lituânia à Dinamarca perante a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), a respeito da extradição de uma cidadã letã para a África do Sul. Esse caso, que “teve grande repercussão midiática e atraiu fortemente a atenção da *Saeima*”<sup>45</sup>, terminou em um acordo amigável menos de um mês após a Dinamarca ter tomado conhecimento do depósito da petição<sup>46</sup>. A submissão do caso ao juiz, por outro lado, pode demonstrar a vontade do requerente de expor publicamente sua posição sobre uma questão jurídica, tanto para o réu quanto para a opinião pública internacional. Essa foi, em particular, uma das razões que levaram a República Federal da Alemanha e o Reino Unido a recorrerem à Corte Internacional de Justiça no caso das *Pesca islandesa*<sup>47</sup>. A petição ao juiz torna-se, então, um meio para o requerente mobilizar a opinião pública internacional em favor de sua causa. Isso ocorreu especialmente em todas as etapas do processo da *Caso de atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua*, no qual o Nicarágua recebeu forte apoio de vários Estados<sup>48</sup>. Por fim, mesmo que o réu não tenha a menor intenção de cumprir a decisão, o requerente ainda poderá invocá-la para fins políticos, caso esta lhe seja favorável<sup>49</sup>. A título de ilustração, não há dúvidas de que, quando os Estados Unidos

---

45 LARCHÉ, *op. cit.*, p. 106.

46 Ver CEDH, *Lituânia v. Dinamarca*, 9 de julho de 2020, n.º 9717/20.

47 “A Grã-Bretanha decidiu que um processo era uma maneira de fazer a Islândia levar a posição britânica a sério e concordou com a Alemanha que recorrer à Corte era a forma mais fácil de evitar a aparência de dois grandes Estados ‘intimidando’ um pequeno” (FISCHER, D. D. Decisions to Use the International Court of Justice. *International Studies Quarterly*, 1982, vol. 26, pp. 251-277, p. 258.).

48 PERLA Jr., H. *Sandinista Nicaragua’s Resistance to US Coercion. Revolutionary Deterrence in Asymmetric Conflict*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. 241 p., p. 174.. Essa provocação teve um impacto político muito significativo, tanto do ponto de vista da política interna das partes no litígio quanto no nível internacional. Segundo Paul Reichler: “A apresentação do processo teve um impacto muito maior do que ousamos imaginar em nossas avaliações mais otimistas. A administração Reagan ficou completamente na defensiva, e membros democratas do Congresso (e até alguns republicanos) manifestaram-se pela primeira vez contra o apoio dos EUA à guerra na Nicarágua. Em Manágua, os sandinistas acompanhavam de perto as notícias de Washington e apreciavam plenamente o fato de que sua ousada manobra havia lançado Washington no caos. [...] Ao redor do mundo, nações não alinhadas, grande parte da América Latina e mais do que alguns aliados da OTAN dos Estados Unidos saudaram a Nicarágua por levar seu caso à Corte Internacional de Justiça e promover o respeito pela ordem jurídica internacional” (REICHLER, P. S. Holding America to Its Own Best Standards: Abe Chayes and Nicaragua in the World Court. *Harvard International Law Journal*, 2001, vol. 42, pp. 15-46, p. 32).

49 Como destaca Christine Gray, no caso de um litígio envolvendo o uso da força: “Mesmo quando a conformidade pode ser improvável, há uma clara vantagem política para o Estado



recorreram à CIJ após a invasão de sua embaixada em Teerã e a tomada de reféns de seu pessoal diplomático e consular, eles não imaginavam que o Irã cumpriria uma decisão de mérito favorável a eles. No entanto, obter tal decisão só poderia contribuir para fortalecer sua posição no plano político e jurídico<sup>50</sup>.

A segunda hipótese é aquela em que o requerente dispõe de uma base de competência para acionar o juiz, mas apenas sobre um aspecto muito limitado, ou até secundário, do litígio que o opõe ao réu. Diversas disputas no contexto de um conflito armado internacional foram recentemente levadas à CIJ e à CEDH com fundamento em convenções relativas aos direitos humanos (*Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio*<sup>51</sup>, *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*<sup>52</sup> *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*<sup>53</sup>). Se o requerente tem, evidentemente, interesse em vencer no mérito, a submissão do caso, no curto prazo, tem como objetivo atrair a atenção da opinião pública internacional para a situação crítica à qual está exposto devido às múltiplas violações do

---

requerente se conseguir estabelecer que foi vítima do uso ilegal da força. Tal julgamento pode fortalecer o apoio interno à posição do governo na condução do conflito; também pode gerar pressão interna no Estado réu para que abandone o uso da força. No cenário internacional, o Estado vítima fortalecerá sua posição na ONU, que tem o papel principal na manutenção da paz e segurança internacionais. Pode ainda garantir apoio político, e possivelmente financeiro e militar, de outros Estados, caso seja reconhecido como estando com a razão” (GRAY, C. Why states resort to litigation in cases concerning the use of force. In: KLEIN, N. (org.). *Litigating International Law Disputes. Weighing the Options*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 305-329, p. 313.).

50 Ver: CARSWELL, R. Economic sanctions and the Iran experience. *Foreign Affairs*, 1981, vol. 60, p. 247-265, p. 248.

51 Ver os casos: *Aplicação da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (Gâmbia v. Mianmar)*, *Alegações de genocídio nos termos da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (Ucrânia v. Rússia)*, *Aplicação da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio na Faixa de Gaza (África do Sul v. Israel)* e *Violação alegada de certas obrigações internacionais relativas ao Território Palestino Ocupado (Nicarágua v. Alemanha)*.

52 Ver os casos: *Aplicação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Geórgia v. Rússia)*, *Aplicação da Convenção Internacional para a Repressão do Financiamento do Terrorismo e da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Ucrânia v. Rússia)*, *Aplicação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Armênia v. Azerbaijão)* e *Aplicação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Azerbaijão v. Armênia)*. Também é possível mencionar a ação do Catar contra os Emirados Árabes Unidos, ainda que não tenha havido um conflito armado. No entanto, a situação era extremamente tensa: *Aplicação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Catar v. Emirados Árabes Unidos)*.

53 Ver os diferentes casos: *Geórgia v. Rússia* (I (nº 13255/07), II (nº 38263/08), III (nº 61186/09) e IV (nº 39611/18)), *Ucrânia v. Rússia (Crimeia)* (nº 20958/14 e 38334/18), *Ucrânia v. Rússia (IX)* (nº 10691/21), *Armênia v. Azerbaijão* (I (nº 42521/20), II (nº 33412/21), III (nº 42445/21), IV (nº 15389/22)), *Ucrânia e Países Baixos v. Rússia* (nº 8019/16, 43800/14 e 28525/20), *Azerbaijão v. Armênia* (I (nº 47319/20) e II (nº 39912/22)) e *Rússia v. Ucrânia* (nº 36958/21).



direito internacional pelo réu<sup>54</sup>. Ao se posicionar como vítima, ele busca atrair a compaixão da comunidade internacional e contrabalançar uma situação muito delicada no terreno. O peticionamento ao juiz tem como propósito lançar o descrédito sobre o réu<sup>55</sup>. Essa foi, naturalmente, a estratégia adotada pela Geórgia e pela Ucrânia contra a Rússia, assim como pela Armênia contra o Azerbaijão, tanto perante a Corte Internacional de Justiça quanto perante a Corte Europeia dos Direitos Humanos.

Quando, por questões de competência, um Estado não pode submeter a um único tribunal juiz a integralidade de um litígio, ele pode recorrer a uma estratégia astuciosa, introduzindo ações – mais ou menos distantes da verdadeira controvérsia – perante várias jurisdições internacionais contra o mesmo Estado. Isso permite aumentar os efeitos políticos da submissão do caso<sup>56</sup> e multiplicar as chances de obter uma decisão favorável no mérito. Essa estratégia foi adotada de forma emblemática pela Ucrânia, que acionou a CIJ<sup>57</sup>, a CEDH<sup>58</sup>, o Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio<sup>59</sup> e o Tribunal Internacional do Direito do Mar (TIDM)<sup>60</sup> contra a Rússia<sup>61</sup>.

54 Ver, nesse sentido, OKAWA, P. The International Court of Justice and the Georgia/Russia Dispute. *Human Rights Law Review*, 2011, vol. 11, p. 739-757, p. 740.

55 Essa estratégia é “particularmente atraente para pequenos Estados que enfrentam um oponente mais poderoso. Dessa forma, os Estados podem explorar uma função civilizadora do direito internacional de uma maneira diferente: a igualdade processual de todos os Estados perante um tribunal internacional nivela as diferenças de poder no campo da diplomacia” (MONDRÉ, A. Studying the Increase in Inter-State Applications. In: *Affaires interétatiques en vertu de la Convention européenne des droits de l’homme. Expériences et défis actuels*. Estrasburgo: Conselho da Europa, 2021. p. 47-49, p. 49.). Ver, de maneira geral: GUILFOYLE, D. Litigation as Statecraft: Small States and the Law of the Sea. *British Yearbook of International Law*, 2023, p. 1-36.

56 Para MONDRÉ, *op. cit.*, p. 49: “A importância que alguns Estados atribuem à obtenção de visibilidade internacional é ainda mais evidenciada pelo número de fóruns aos quais recorrem. O forum shopping não é apenas uma estratégia para selecionar o tribunal mais favorável em termos de questões processuais e de direito substantivo, mas também uma forma de apresentar uma posição ao público internacional”.

57 Ver os casos *Aplicação da Convenção Internacional para a Repressão do Financiamento do Terrorismo e da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e Alegações de Genocídio nos termos da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio*.

58 Ver os casos *Ucrânia v. Rússia (Crimeia)* (nº 20958/14 e 38334/18), *Ucrânia v. Rússia (IX)* (nº 10691/21), *Ucrânia e Países Baixos v. Rússia* (nº 8019/16, 43800/14 e 28525/20).

59 Ver o caso *Rússia – Medidas relativas ao trânsito de mercadorias*, DS512 e *Rússia – Medidas relativas à importação e trânsito de certos produtos ucranianos*, DS532.

60 Ver o caso *Detenção de três navios militares ucranianos (Ucrânia v. Federação Russa)*, medidas provisórias.

61 A Ucrânia também recorreu a tribunais arbitrais. Ver, de maneira geral, sobre essa questão: HILL-CAWTHORNE, L. International Litigation and the Disaggregation of Disputes: Ukraine/Russia as a Case Study. *International & Comparative Law Quarterly*, 2019, p. 779-815; LAVAL, P. F. À propos de quelques stratégies contentieuses. Le différend Ukraine/Russie devant les juridictions internationales. *Annuaire Français de Droit International*, 2022, p. 319-344. Da mesma forma, o Catar, no contexto do conflito com seus vizinhos, iniciou “mais de

Qualquer que seja a hipótese considerada, não se pode excluir a influência de considerações de política interna na decisão de um Estado de recorrer ao juiz internacional. A submissão do caso é um meio de demonstrar à sua opinião pública que ele está agindo no plano internacional<sup>62</sup>. Essa foi, em particular, uma das razões que levaram a administração Carter a acionar o juiz no caso do *Pessoal Diplomático e Consular em Teerã*. Também ocorre que o recurso ao juiz internacional permita às partes sair de um impasse político sem, no entanto, perder prestígio perante sua opinião pública, independentemente do desfecho. De fato, as críticas são provavelmente mais fáceis de serem dirigidas a um acordo negociado pelas instâncias políticas do que a uma decisão proferida por um terceiro imparcial dotado de forte autoridade moral<sup>63</sup>. Dessa forma, recorrer ao juiz pode permitir ao Estado livrar-se com elegância de uma questão delicada. Esse foi, sem dúvida, o caso quando a Líbia e o Chade assinaram um compromisso arbitral para submeter à CIJ a disputa relativa à faixa de Aouzou – um vasto território desprovido de recursos exploráveis comprovados. A partir do momento em que a tese líbia era claramente insustentável do ponto de vista ju-

---

uma dezena de ações perante órgãos internacionais de diferentes naturezas” (PAIOLA, L. *Les affaires nées de la ‘crise du Golfe’ opposant le Qatar aux États voisins: approche croisée. Annuaire Français de Droit International*, 2021, p. 243-261, p. 247). Segundo Tullio Treves: “Ambas essas campanhas jurídicas, para as quais a denominação ‘lawfare’ parece apropriada, derivam de disputas mais amplas, com implicações políticas substanciais que não podem ser submetidas diretamente ao juiz por falta de jurisdição. A oposição de posturas nos conflitos do Oriente Médio e nas esferas de influência, incluindo os vínculos com o Irã ou os Estados Unidos, constitui o pano de fundo da campanha legal do Catar. Já a anexação da Crimeia pela Federação Russa é a controvérsia subjacente à campanha da Ucrânia” (TREVES, T. *Litigating Global Crises. Setting the Scene: Legal and Political Hurdles for State-to-State Disputes*. QIL, 2021, p. 5-15, p. 10).

- 62 GUZMAN, A. T. *The Cost of Credibility: Explaining Resistance to Interstate Dispute Resolution Mechanisms*. *J. Legal Stud.*, 2002, vol. 31, p. 303-326, p. 324.. No caso dos *Ensaioes Nucleares (Austrália v. França)*, “[o] peticionamento à Corte pareceu ao governo australiano o melhor método para controlar os elementos mais agressivos da opinião pública” (FISCHER, *op. cit.*, p. 258). *Mutatis mutandis*, essa consideração também deve ser levada em conta no contexto da função consultiva. Ver, por exemplo, o pedido de opinião consultiva à CPJI no caso *Competência da OIT para regulamentação internacional das condições de trabalho das pessoas empregadas na agricultura*. Foram considerações de política interna que levaram a França a iniciar um pedido de opinião consultiva por meio do Conselho da Liga das Nações à Corte Permanente de Justiça Internacional. Sobre essa questão, ver: MOUTON, M. R. “Les huit heures’ en agriculture? Un conflit entre la France et l’OIT.” *Relations Internationales*, 1975, n° 4, p. 53-79.
- 63 Para retomar os termos de Rafâa Ben Achour: “O recurso à jurisdição internacional frequentemente permite encontrar uma solução aceitável, ao mesmo tempo em que libera as instâncias políticas do Estado de sua responsabilidade e das suas consequências” (BEN ACHOUR, R. “Quel rôle pour la justice internationale?” In: BEN ACHOUR, R.; LAGHMANI, S. (org.), *Justice et juridictions internationales*. Paris: Pedone, 2000, p. 17-32, p. 23.). Ver também: ALLEE, T. L.; HUTH, P. K. “Legitimizing Dispute Settlement: International Legal Rulings as Domestic Political Cover”. *American Political Science Review*, 2006, pp. 219-234, p. 219; SCOTT, S. V. “Litigation versus dispute resolution through political processes.” In: KLEIN, N. (org.), *op. cit.*, pp. 24-41, p. 37.

rídico e essa disputa envenenava as relações entre os dois Estados, levar o caso ao principal órgão judicial das Nações Unidas foi, para o coronel Kadhafi, ao mesmo tempo um meio de pôr fim a um litígio custoso e de projetar a imagem de um líder respeitador da legalidade internacional<sup>64</sup>.

*Mutatis mutandis*, o uso da função consultiva também pode destacar uma situação particular. Se os Estados não podem acionar a Corte Internacional de Justiça nesse contexto, eles podem, no entanto, estar na origem do pedido de parecer. A Sérvia, por exemplo, empenhou-se fortemente para que a Assembleia Geral das Nações Unidas solicitasse um parecer à Corte sobre a declaração unilateral de independência do Kosovo<sup>65</sup>. Esse encaminhamento à CIJ não estava, evidentemente, isento de segundas intenções políticas<sup>66</sup>. Esse exemplo está longe de ser isolado. Vários pedidos de opinião consultiva, de fato, têm como pano de fundo disputas bilaterais<sup>67</sup>.

Ao acionar o juiz internacional, o requerente nem sempre deseja chamar a atenção para uma determinada situação. Em certas hipóteses, pelo contrário, ele busca desviá-la.

## **b) Um recurso ao juiz visando desviar a atenção de uma situação específica**

Ao acionar o juiz, o requerente inevitavelmente atrai os holofotes para o tribunal. No entanto, pode ocorrer que o depósito de uma petição inicial seja motivado pela intenção de criar uma distração. O caso *Lockerbie* é bastante

64 PELLET, A.; BARSAC, T. "Litigation Strategy." *Max Planck Encyclopedia of International Law*, OUP, 2019, § 15. Ver também, nesse sentido, CONDORELLI, L. "La Cour internationale de Justice: 50 ans et (pour l'heure) pas une ride." *EJIL*, 1995, pp. 388-400, p. 390, segundo o qual: "Pode-se até suspeitar que, desde o início, a provocação da Corte (por meio de um compromisso, é importante lembrar!) tenha respondido ao desejo de se livrar, da maneira mais indolor possível, de um dossiê pesado que havia se tornado excessivamente incômodo".

65 CIJ. *Cumprimento do direito internacional da declaração unilateral de independência do Kosovo*, Opinião Consultiva, 22 de julho de 2010, Rec. CIJ, 2010, p. 403.

66 O Reino Unido, por exemplo, considerou que o pedido de opinião consultiva apresentado pela Sérvia era mais "um ato político do que jurídico" (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS (AGNU). *Backing Request By Serbia, General Assembly Decides To Seek International Court Of Justice Ruling On Legality Of Kosovo's Independence*, Press Release, GA/10764. Nova Iorque: Organização das Nações Unidas, 8 out. 2008).

67 Ver, em especial, CIJ. *Consequências jurídicas para os Estados da presença contínua da África do Sul na Namíbia (Sudoeste Africano)*, não obstante a Resolução 276 (1970) do Conselho de Segurança, Opinião Consultiva, 21 de junho de 1971, Rec. CIJ, 1971, p. 16; CIJ. *Saara Ocidental*, Opinião Consultiva, 16 de outubro de 1975, Rec. CIJ, 1975, p. 12; CIJ. *Consequências jurídicas da construção de um muro no território palestino ocupado*, Opinião Consultiva, 9 de julho de 2004, Rec. CIJ, 2004, p. 136; CIJ. *Efeitos jurídicos da separação do arquipélago de Chagos de Maurício em 1965*, Opinião Consultiva, 25 de fevereiro de 2019, Rec. CIJ, 2019, p. 95; CIJ. *Consequências jurídicas decorrentes das políticas e práticas de Israel no Território Palestino Ocupado, incluindo Jerusalém Oriental*, Opinião Consultiva, 19 de julho de 2024, ec. CIJ, 2024. Ver, nesse sentido, LANDO, M. *Three Goals of States as They Seek Advisory Opinions from ITLOS*. *AJIL Unbound*, 2023, pp. 282-286, p. 285..

revelador a esse respeito. A Líbia recorreu à CIJ no momento em que o Conselho de Segurança ameaçava adotar uma resolução contra ela no âmbito do Capítulo VII da Carta, caso continuasse se recusando a entregar dois de seus nacionais suspeitos de serem os autores do atentado de Lockerbie. Acusada de incentivar o terrorismo, a Líbia enfrentava “toda a ‘comunidade internacional’, representada pelo Conselho de Segurança”<sup>68</sup>. Por conseguinte, encontrava-se em uma posição politicamente desastrosa. Ao recorrer ao principal órgão judicial das Nações Unidas, a Líbia conseguiu projetar uma nova imagem e deslocar a discussão para outro terreno, suscitando, em particular, um debate sobre a legalidade dos atos do Conselho de Segurança<sup>69</sup>. Da mesma forma, as petições apresentadas pela Sérvia contra dez Estados membros da OTAN no caso da *Legalidade do uso da força* visavam, antes de tudo, desviar a atenção da opinião pública internacional da situação dramática que então assolava o Kosovo<sup>70</sup>. Também é possível questionar se a insistência atual da Nicarágua<sup>71</sup> em defender a causa palestina perante a CIJ não é, para ela, um meio de desviar a atenção do público do fato de que graves violações e abusos dos direitos humanos foram cometidos, e continuam a ser, nesse país da América Central<sup>72</sup>.

Na mesma perspectiva, é possível mencionar a prática designada pela expressão “auto-encaminhamento”<sup>73</sup> perante o Tribunal Penal Internacional.

68 CORTEN, O. La maîtrise et l'utilisation du temps juridique dans la société internationale : l'exemple des ordonnances en indication de mesures conservatoires rendues par la Cour internationale de Justice. In: GÉRARD, Ph. et al. (org.). *L'accélération du temps juridique*. Bruxelas: Presses Universitaires Saint-Louis, 2000, pp. 255-280, p. 274.

69 Ver, em especial, SOREL, J. M. Les ordonnances de la Cour internationale de Justice du 14 avril 1992 dans l'affaire relative à des questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Libye c. Royaume-Uni et Libye c. États-Unis). *RGDIP*, 1993, pp. 689-726.

70 Durante as audiências, o agente da Espanha denunciou a postura da Sérvia, que, segundo ele, não passava de um pretexto para desviar a atenção da opinião pública mundial do “desrespeito ostensivo do requerente pelas normas mais elementares do direito internacional” (CIJ. *Legalidade do Uso da Força (Iugoslávia v. Espanha)*, Audiência de 11 de maio de 1999, *Verbatim Record* 99/22, p. 8, § 1.).

71 Sobre essa insistência do caso *Nicarágua*, ver *infra* II-B.

72 Sobre a situação dos direitos humanos na Nicarágua, ver, em especial, CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. *Report of the Group of Human Rights Experts on Nicaragua*. A/HRC/55/27. Genebra: Organização das Nações Unidas, 28 fev. 2024.

73 *Stricto sensu*, o encaminhamento e o peticionamento à Corte não devem ser confundidos. “O encaminhamento não aciona a Corte (o órgão judicial), mas remete ao Procurador uma situação, cabendo a este último investigá-la” e processá-la (FROUVILLE, O. Article 14. Renvoi d'une situation par un État partie. In: FERNANDEZ, J.; PACREAU, X.; UBEDA-SAILLARD, M. (org.). *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*. 2. ed. Paris: Pedone, 2019. 2944 p. v. 1, pp. 797-820, p. 797). No entanto, eles produzem efeitos semelhantes. Isso explica por que, nesta contribuição, o encaminhamento é examinado no contexto do peticionamento à Corte – embora seja importante ter em mente a diferença entre os dois conceitos. Sobre a noção de peticionamento à Corte perante o Tribunal Penal Internacional, ver: KERBRAT, Y. La saisine des juridictions pénales internationales. In: RUIZ FABRI, H.; SOREL, J. M. (org.). *op. cit.*, pp. 265-290.

Embora tenham conferido, sobretudo, aos Estados a prerrogativa de acionar a justiça penal internacional, os redatores do Estatuto de Roma não haviam realmente previsto que esses mesmos Estados pudessem encaminhar ao Procurador do TPI uma situação ocorrida em seu próprio território<sup>74</sup>. No entanto, essa prática surgiu já em dezembro de 2003, quando Uganda realizou a primeira submissão de uma situação. Outros Estados seguiram o mesmo caminho posteriormente, como a República Democrática do Congo, a República Centro-Africana, o Mali, o Gabão e a Palestina<sup>75</sup>. O primeiro procurador do Tribunal Penal Internacional, aliás, incentivou essa prática<sup>76</sup>, pois ela lhe permitia, entre outras coisas, obter a cooperação dos Estados e apoio no terreno<sup>77</sup>.

O Estado que realiza o encaminhamento pode se beneficiar amplamente dessa situação. Por um lado, no plano externo, sua decisão pode ser percebida como um gesto político significativo. Ela demonstra sua intenção de combater a impunidade, ao confiar à justiça penal internacional a responsabilidade de julgar os autores dos crimes mais graves. Assim, ele pode se apresentar como um Estado virtuoso aos olhos da opinião pública internacional. Por outro lado, no plano interno, o auto-encaminhamento lhe permite combater grupos rebeldes de oposição<sup>78</sup>. Uganda compreendeu isso perfeitamente desde o início<sup>79</sup>. Isso explica por que se limitou a encaminhar apenas a situação relativa ao Exército

74 Ver, nesse sentido, LAFONTAINE, F.; BOUSQUET, F. Article 13. Exercice de la compétence. In: FERNANDEZ, J.; PACREAU, X.; UBEDA-SAILLARD, M. (org.). *op. cit.* t. 1, pp. 775-796, p. 783.

75 Ver FROUVILLE, *op. cit.*, p. 805.

76 Alguns afirmam que essa prática teve origem no próprio Gabinete do Procurador. Para William Schabas, o auto-encaminhamento “foi uma invenção do Gabinete do Procurador, em vez de resultar de uma interpretação criativa do Estatuto de Roma dentro do Ministério das Relações Exteriores de Uganda” (SCHABAS, W. A. *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*. Oxford: OUP, 2010. 1259 p., p. 309.). Ver também: MÜLLER, A. T.; STEGMILLER, I. Self-Referrals on Trial. From Panacea to Patient. *Journal of International Criminal Justice*, 2010, vol. 8, pp. 1267-1294, p. 1269.. Em sentido contrário: ROBINSON, D. The Controversy over Territorial State Referrals and Reflections on ICL Discourse. *Journal of International Criminal Justice*, 2011, vol. 9, pp. 355-384.

77 Ver: GABINETE DO PROCURADOR. Relatório sobre as atividades implementadas durante os três primeiros anos (junho de 2003 – junho de 2006). 12 set. 2006, p. 7.: “O Procurador adotou uma política de incentivo e apoio aos encaminhamentos voluntários por parte dos Estados territoriais como primeiro passo na implementação da jurisdição da Corte. Essa política resultou nos encaminhamentos que viriam a se tornar as duas primeiras situações examinadas pela Corte: o norte de Uganda e a República Democrática do Congo. O método de abertura de investigações após encaminhamentos voluntários aumentou as chances de obter cooperação e apoio no terreno”.

78 “Pode-se apontar a politização das ações do TPI como evidência de como o direito e as instituições jurídicas podem ser manipulados como ferramentas políticas. Há evidências suficientes para sugerir que o TPI foi instrumentalizado e politizado, visto que sua estratégia processual reflete os interesses das elites governantes nos Estados, que podem usar a intervenção judicial para eliminar seus rivais políticos e militares” (TIEMESSEN, *op. cit.*, p. 12).

79 Nouwen, S. M. H.; Werner, W. G. Doing Justice to the Political: The International Criminal Court in Uganda and Sudan. *EJIL*, 2011, vol. 21, pp. 941-965, p. 948.

de Resistência do Senhor (ERS)<sup>80</sup>. Sua estratégia mostrou-se eficaz, pois somente membros do ERS foram processados pelo TPI. Além disso, essa estratégia serviu de inspiração para outros Estados. Os auto-encaminhamentos que se seguiram foram todos motivados por considerações políticas semelhantes<sup>81</sup>.

“As ações que daí [decorreram] envolveram apenas opositores políticos”<sup>82</sup>. O auto-encaminhamento permite, portanto, atrair a atenção da Corte sobre certos indivíduos, ao mesmo tempo em que a desvia de outros.

Essa utilização do Tribunal Penal Internacional foi alvo de inúmeras críticas<sup>83</sup>. Alguns denunciaram essa política de “dois pesos, duas medidas”, que permite a certos chefes de Estado utilizarem o TPI como um instrumento para eliminar rivais políticos e militares<sup>84</sup>.

O recurso a uma jurisdição internacional também pode ser uma oportunidade para o requerente chamar a atenção para uma questão de interesse para a comunidade internacional como um todo.

80 TPI. O Presidente de Uganda submete a situação relativa ao Exército de Resistência do Senhor (ERS) ao TPI. Comunicado de imprensa, 29 de janeiro de 2004, ICC-20040129-44.

81 Ver, por exemplo, sobre esse ponto em relação à República Democrática do Congo: BURKE-WHITE, W. W. *International Criminal Court as Part of a System of Multi-level Global Governance in the Democratic Republic of Congo*. LJIL, 2005, vol. 18, pp. 557-590, pp. 563-574.

82 LAFONTAINE; BOUSQUET, *op. cit.*, p. 783.

83 Ver, por exemplo, BA, O. *States of Justice: The Politics of the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020. 190 p., p. 8., segundo o qual: “O uso do mecanismo de auto-encaminhamento para convidar o TPI a investigar violações do direito internacional baseia-se no cálculo político dos Estados sobre os custos e benefícios associados ao envolvimento com o Tribunal. Parece que as elites políticas nos países que utilizaram o mecanismo de auto-encaminhamento recorreram à jurisdição do TPI para avançar sua própria agenda, convidando o Tribunal a remover ou incapacitar seus adversários locais – sejam eles opositores políticos ou líderes rebeldes. Esses Estados abandonaram sua responsabilidade de investigar e processar os crimes alegadamente cometidos em seu território e preferiram delegar essa tarefa ao TPI. Superficialmente, pode parecer que os Estados estão recorrendo a um tribunal internacional porque este estaria melhor equipado para investigar e julgar crimes de atrocidade. No entanto, quando se observa mais de perto, o uso dos auto-encaminhamentos decorre, na realidade, de cálculos estratégicos destinados a conferir ao Estado vantagens políticas e militares contra seus oponentes, os quais ele busca que o TPI processe – como demonstram os casos de Uganda e de todas as demais situações de auto-encaminhamento. Os auto-encaminhamentos tendem a ser utilizados por governos em situações precárias que buscam afirmar sua legitimidade, seja após uma transição pós-golpe ou após um resultado eleitoral altamente contestado”.

84 “Ao solicitar a intervenção do TPI, o Estado pode estar usando o Tribunal como uma arma política, na esperança de que sua atuação possa ajudá-lo a alcançar seus objetivos políticos e militares internos” (GAETA, P. *Is the Practice of ‘Self-Referrals’ a Sound Start for the ICC?*. *Journal of International Criminal Justice*, 2004, vol. 2, p. 949-952, p. 952.). Para Barry Hashimoto: “Um dos principais motivos pelos quais autocratas aceitam a jurisdição do TPI é marginalizar competidores políticos” (HASHIMOTO, B. *Autocratic Consent in International Law: The Case of the International Criminal Court’s Jurisdiction, 1998-2017*. *International Organization*, 2020, vol. 74, p. 331-362, p. 332.). Ver também: FERNANDEZ, J. *La politique juridique extérieure des États-Unis à l’égard de la Cour pénale internationale*. Paris: Pedone, 2010. 650 p., p. 60.



## 2. A vontade de chamar a atenção para uma questão de interesse da comunidade internacional

Após terem sido durante muito tempo raríssimos, os recursos aos tribunais que podem ser qualificados como altruístas<sup>85</sup> tendeu a se desenvolver nos últimos anos. Eles ocorrem quando Estados que não são diretamente prejudicados pela situação optam, por diferentes meios, por levá-la a uma jurisdição internacional. Se essa ação é necessariamente guiada, de uma forma ou de outra, por considerações jurídicas, ela evidentemente não está desprovida de considerações políticas. Essa tendência pode ser observada tanto na Corte Internacional de Justiça quanto no Tribunal Penal Internacional no âmbito da função contenciosa (a). Um fenômeno mais ou menos equivalente também pode ser observado no âmbito da função consultiva (b).

### a) No âmbito da função contenciosa

Perante as jurisdições de direitos humanos, o peticionamento interestatal foi concebido como um meio de garantia coletiva da proteção dos direitos<sup>86</sup>. Com exceção de alguns raros casos específicos<sup>87</sup>, essa via jurídica não foi utilizada. Embora, atualmente, o peticionamento interestatal esteja sendo revitalizado perante a Corte Europeia dos Direitos Humanos, ele tem sido empregado em uma perspectiva diferente, pois o Estado requerente busca defender seus próprios interesses<sup>88</sup>. Por outro lado, perante outras jurisdições internacionais, vem emergindo uma tendência que se aproxima da filosofia original do recurso interestatal nas jurisdições de direitos humanos.

Nas últimas décadas, em várias ocasiões, uma petição foi submetida à Corte Internacional de Justiça por um Estado não diretamente prejudicado. A Bélgica iniciou esse movimento em 2012, ao apresentar um recurso contra o Senegal com fundamento na Convenção contra a Tortura. Desde então, essa

85 Sobre essa questão, ver TAMS, C. *Individuals States as Guardians of Community Interests*. In: *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Bruno Simma*. Oxford: OUP, 2011. p. 379-405, p. 388.

86 O peticionamento interestatal era percebido como a consequência lógica do caráter objetivo dos direitos humanos e de sua aplicação *erga omnes*. Ver, em especial: COHEN-JONATHAN, G. Du caractère objectif des obligations internationales relatives aux droits de l'homme. Quelques observations. In: *Les droits de l'homme et la constitution. Études en l'honneur de Giorgio Malinverni*. Genève: Schulthess, 2007. p. 109-133.

87 Ver, por exemplo, *Dinamarca, Noruega, Suécia e Países Baixos v. Grécia (I)*, nº 3321/67 a 3323/67 e nº 3344/67.

88 A prática do peticionamento interestatal perante a Corte EDH “evidencia claramente uma base política na maioria dos casos, ou seja, um verdadeiro interesse subjacente do Estado requerente, distinto da preocupação desinteressada em garantir os direitos fundamentais” (LABAYLE, H. Article 24. In: PETTITI, L.-E.; DECAUX, E.; IMBERT, P.-H. (org.). *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*. Paris: Economica, 2. ed., 1999. p. 571-578. p. 574.).

iniciativa foi seguida pela Gâmbia, que acionou a Corte contra o Mianmar com base na Convenção contra o Genocídio; pelo Canadá e pelos Países Baixos, que recorreram contra a Síria com fundamento na Convenção contra a Tortura; pela África do Sul, que acionou Israel com base na Convenção sobre o Genocídio; e, mais recentemente, pela Nicarágua contra a Alemanha, com fundamento na Convenção sobre o Genocídio e no direito internacional humanitário<sup>89</sup>. Após afirmar, em sua amplamente criticada decisão sobre o *Sudoeste Africano*<sup>90</sup>, que não existia no direito internacional a *actio popularis*<sup>91</sup>, a Corte foi levada a introduzir uma nuance em seu julgamento do caso *Barcelona Traction*, distinguindo entre obrigações ordinárias e obrigações *erga omnes*<sup>92</sup>. Baseando-se nessa conclusão, em 2012<sup>93</sup>, a CIJ admitiu que um Estado parte de uma convenção que consagra obrigações *erga omnes* pode invocar seu interesse objetivo no cumprimento das obrigações nela contidas<sup>94</sup>. Essa ampliação da legitimidade para agir pode expandir significativamente o espectro de casos passíveis de serem submetidos à Corte<sup>95</sup>. Apresentando-se como guardião das obrigações *erga omnes* contidas em uma convenção, o Estado pode, por meio desse mecanismo, denunciar publicamente uma situação. Nesse tipo de caso, as considerações políticas podem facilmente sobrepor-se às considerações jurídicas<sup>96</sup>.

Essas diferentes ações contenciosas se assemelham ao uso do encaminhamento estatal, que permite aos Estados submeter ao Tribunal Penal Internacional situações que dizem respeito à comunidade internacional. Após permanecer adormecida por um longo período, essa prática foi utilizada em duas ocasiões.

89 Na sua petição, a Nicarágua também alegava múltiplas violações do direito internacional humanitário (incluindo as quatro Convenções de Genebra, os protocolos adicionais de 1977 e seus princípios intransponíveis). Além disso, a Nicarágua advertiu o Reino Unido, os Países Baixos e o Canadá de que poderia acionar a Corte contra eles por motivos similares: REPÚBLICA DA NICARÁGUA. Comunicado de Imprensa: “Gobierno de Nicaragua: Impedir y detener el genocidio en Palestina”. Jornal El19, Managua, 1º fev. 2024.

90 Ver, em especial, sobre essa questão: ITEN, J. L. et al. *Les grandes décisions de la jurisprudence internationale*. Paris: Dalloz, 2021. 804 p., pp. 248-249.

91 CIJ. *Sudoeste Africano (Etiópia v. África do Sul; Libéria v. África do Sul)*, Julgamento, 18 de julho de 1966, Rec. CIJ, 1966, p. 47, § 88.

92 CIJ. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica v. Espanha)* (Nova petição: 1962), Julgamento, 5 de fevereiro de 1970, Rec. CIJ, 1970, p. 32, § 33.

93 CIJ. *Questões relativas à obrigação de processar ou extraditar (Bélgica v. Senegal)*, Julgamento, 20 de julho de 2012, Rec. CIJ, 2012, II, p. 449, § 68.

94 Essa afirmação está em plena conformidade com o artigo 48 b) dos artigos da Comissão de Direito Internacional sobre a responsabilidade dos Estados por ato internacionalmente ilícito (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *Annuaire de la Commission du Droit International*, 2001, vol. II, p. 135.).

95 Ver, nesse sentido, o discurso da presidente DONOGHUE, Joan E. Discurso de S. Exc.<sup>a</sup> a juíza Joan E. Donoghue, perante a Sexta Comissão da Assembleia Geral das Nações Unidas. 25 out. 2023. p. 3. Ver, de maneira geral: CHOW, P. Y. S. *On Obligations Erga Omnes Partes*. *Georgetown Journal of International Law*, 2021, vol. 52, pp. 469-504.

96 Especialmente porque essas petições são sempre acompanhadas de pedidos de indicação de medidas provisórias. Ver *infra*. I-B.



Pela primeira vez, em 2018, um grupo de seis Estados da América acionou o procurador do TPI para que investigasse a situação na Venezuela<sup>97</sup>. Em 2022, essa prática foi novamente empregada por 43 Estados para encaminhar a situação na Ucrânia<sup>98</sup>. O encaminhamento estatal tem como principal consequência a aceleração do procedimento no Tribunal. Quando a situação lhe é encaminhada nesse contexto, o procurador pode abrir uma investigação sem precisar obter, previamente, a autorização da câmara preliminar. Além disso, o encaminhamento estatal possui uma forte dimensão política<sup>99</sup>. Se essas considerações predominaram no encaminhamento da situação na Venezuela<sup>100</sup>, elas também desempenharam um papel incontestável no caso da Ucrânia. Ao recorrerem ao TPI, esses Estados manifestam indiscutivelmente sua solidariedade com o Estado agredido. Também evidenciam a gravidade da situação e a urgência para que o Tribunal e seu procurador a examinem. A mensagem política transmitida torna-se ainda mais impactante devido ao número significativo de Estados envolvidos no encaminhamento – mais de um terço dos Estados partes do Estatuto de Roma – e à diversidade geográfica de suas origens (Europa, Ásia, Oceania e América)<sup>101</sup>.

97 Trata-se da Argentina, do Canadá, do Chile, da Colômbia, do Paraguai e do Peru. Ver TPI. *Situação na República Bolivariana da Venezuela I*, Relatório sobre as atividades realizadas em 2018 no âmbito do exame preliminar, 5 de dezembro de 2018, § 101.

98 O encaminhamento ocorreu em várias etapas. Em 1º de março de 2022, a Lituânia foi o primeiro Estado a remeter a situação ao Procurador. No dia seguinte, um grupo de Estados-Partes, incluindo Albânia, Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Bulgária, Canadá, Chipre, Colômbia, Costa Rica, Croácia, Dinamarca, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Geórgia, Grã-Bretanha, Grécia, Hungria, Islândia, Irlanda, Itália, Letônia, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Nova Zelândia, Noruega, Países Baixos, Polônia, Portugal, Romênia, Eslováquia, Eslovênia, Suécia, Suíça e República Tcheca, remeteu coletivamente a situação ao Procurador. Em 11 de março de 2022, o Procurador confirmou que o Japão e a Macedônia do Norte haviam remetido a situação na Ucrânia ao seu Gabinete. Em 21 de março de 2022, Montenegro informou ao Escritório sua decisão de aderir ao grupo de Estados-Partes que haviam remetido a situação e, em 1º de abril de 2022, a República do Chile juntou-se ao grupo de Estados-Partes que remeteram essa situação.

99 Durante a Conferência de Roma, foram expressas preocupações em relação a “Estados que poderiam abusar dessa opção ao tentar enviar encaminhamentos frívolos ou motivados politicamente em relação a situações no território de um adversário político” (ARSANJANI, M. H. *The Law-in-Action of the International Criminal Court*. *AJIL*, 2005, vol. 99, pp. 385-403, p. 387).

100 Alguns afirmam que o encaminhamento da situação na Venezuela foi motivado exclusivamente por considerações políticas (ORTIZ, N. E. *Understanding the State Party Referral of the Situation in Venezuela*. *EJIL: Talk!*, 1º nov. 2018).

101 A questão da instrumentalização política do TPI pelo Conselho de Segurança também pode ser levantada. Ver, em especial: HARBOUR, L. *The Relationship Between the ICC and the UN Security Council*. *Global Governance*, 2014, vol. 20, pp. 195-201; FRAU, R. *The International Criminal Court and the Security Council – The International Criminal Court as a Political Tool?* In: WERLE, G.; ZIMMERMANN, A. (org.). *The International Criminal Court in Turbulent Times*. Berlin: Springer, 2019. 174 p., pp. 111-130..

*Mutatis mutandis*, mesmo sem a existência de um requerente propriamente dito, a via consultiva pode igualmente servir para chamar a atenção do público para temas que interessam à comunidade internacional de Estados.

## b) No âmbito da função consultiva

Nas últimas décadas, diversas jurisdições internacionais foram acionadas para tratar de questões altamente sensíveis do ponto de vista político e que, por esse motivo, interessam à comunidade internacional como um todo<sup>102</sup>. Pedidos de opinião consultiva sobre “questões relativas a domínios do direito internacional em evolução”<sup>103</sup> foram submetidos à CIJ. Assim, os juízes do Palácio da Paz foram levados a tratar de temas tão diversos quanto as reservas a tratados<sup>104</sup>, o uso de armas nucleares<sup>105</sup> e o direito à autodeterminação<sup>106</sup>. Longe de diminuir, essa tendência se intensificou significativamente com a submissão de diversos pedidos de opinião consultiva a diferentes jurisdições internacionais sobre questões climáticas<sup>107</sup>. Em poucos meses, pedidos nesse sentido foram apresentados, sucessivamente, ao Tribunal Internacional do Direito do Mar<sup>108</sup>,

102 Ver, em especial: CHARLESWORTH, H.; YOUNG, M. A. Australia encounters with the advisory opinion of the International Court of Justice. *Melbourne Journal of International Law*, 2021, vol. 21, pp. 698-725, p. 702.; LANDO, *op. cit.*, pp. 285-286.

103 Ver a declaração da S. Exa. Sr. Hisashi Owada, presidente da Corte Internacional de Justiça, perante os conselheiros jurídicos dos Estados-Membros da Organização das Nações Unidas, 25 de outubro de 2011.

104 Ver a opinião consultiva da CIJ sobre as *Reservas à Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio*, 1951.

105 Ver os pareceres consultivos da CIJ sobre a *Licitude da utilização de armas nucleares por um Estado em um conflito armado* e sobre a *Licitude da ameaça ou do emprego de armas nucleares* de 1996.

106 Ver, em especial, os pareceres consultivos sobre: *Consequências jurídicas para os Estados da presença contínua da África do Sul na Namíbia (Sudoeste Africano) não obstante a Resolução 276 (1970) do Conselho de Segurança; Cumprimento do direito internacional da declaração unilateral de independência do Kosovo; Efeitos jurídicos da separação do arquipélago de Chagos de Maurício em 1965*.

107 Ver, em especial, sobre o tema: SPECIAL ISSUE: International Climate Litigation. *Review of European, Comparative & International Environmental Law (RECIEL)*, 2023, vol. 32, pp. 173-383.

108 Ver o *Pedido de opinião consultiva submetido pela Comissão dos Pequenos Estados Insulares sobre a Mudança Climática e o Direito Internacional (Pedido de opinião consultiva submetido ao Tribunal)*. O TIDM foi acionado em 12 de dezembro de 2022 pela Comissão dos Pequenos Estados Insulares sobre a Mudança Climática e o Direito Internacional (COCIS). Essa solicitação não constitui uma grande surpresa, uma vez que essa organização internacional foi criada, principalmente, com o objetivo de solicitar uma opinião consultiva ao Tribunal de Hamburgo. Ver o artigo 2, parágrafo 2, do acordo celebrado em 31 de outubro de 2021 entre Antígua e Barbuda e Tuvalu, segundo o qual: “A Comissão está autorizada a solicitar pareceres consultivos ao Tribunal Internacional do Direito do Mar [...] sobre qualquer questão jurídica que se enquadre na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982, em conformidade com o artigo 21 do Estatuto do TIDM e o artigo 138 de seu Regulamento”.

à Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>109</sup> e à Corte Internacional de Justiça<sup>110</sup>. Ainda que se espere do juiz uma resposta jurídica, o contexto em que essas questões foram apresentadas é altamente politizado. Elas despertaram enorme interesse. Muitos Estados e organizações internacionais demonstraram o desejo de participar do procedimento consultivo, tanto perante a Corte Internacional de Justiça<sup>111</sup> quanto perante o Tribunal Internacional do Direito do Mar<sup>112</sup>, apresentando pontos de vista, por vezes, bastante divergentes<sup>113</sup>.

O simples fato de buscar obter de um órgão como a Assembleia Geral das Nações Unidas um pedido de opinião consultiva é passível de ter repercussões políticas. Por um lado, essa iniciativa pode estimular o debate. Assim, ao anunciar publicamente, junto com as Ilhas Marshall, sua intenção de convidar a Assembleia Geral a solicitar à CIJ uma opinião consultiva sobre a responsabilidade dos Estados em limitar suas emissões de gases de efeito estufa para evitar causar danos a outros Estados<sup>114</sup>, o presidente de Palau chamou a atenção da

109 Ver o pedido de opinião consultiva apresentado pelo Chile e pela Colômbia em 9 de janeiro de 2023 sobre *A urgência climática e os direitos humanos*.

110 Ver a *Resolução 77/276 de 29 de março de 2023 da Assembleia Geral das Nações Unidas*, que visa solicitar um parecer à CIJ sobre as *Obrigações dos Estados em matéria de mudança climática*.

111 Em 12 de abril de 2024, a Corte havia recebido 91 exposições escritas, “o maior número até hoje em um procedimento desse tipo”: CIJ. **Comunicado de imprensa**, 12 de abril de 2024.

112 Trinta e dois Estados-Partes da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (incluindo a União Europeia) apresentaram exposições escritas ao Tribunal. Trinta e cinco Estados (incluindo a UE) participaram da fase oral do procedimento. Além da COCIS, três organizações intergovernamentais participaram de todo o procedimento consultivo. Ver: TIDM. **Comunicado de Imprensa**, ITLOS/Press 340, 26 de junho de 2023; TIDM. **Comunicado de Imprensa**, ITLOS/Press 343/rev, 8 de setembro de 2023.

113 A partir do momento em que o pedido de parecer trata de questões altamente sensíveis politicamente, Estados e organizações internacionais frequentemente aproveitam a oportunidade para apresentar seus pontos de vista. Isso ocorreu, em particular, nos casos sobre a *Licitude da ameaça ou do emprego de armas nucleares* e da *Licitude da utilização de armas nucleares por um Estado em um conflito armado*, assim como nos casos das *Consequências jurídicas da construção de um muro no território palestino ocupado*, da *Cumprimento do direito internacional da declaração unilateral de independência do Kosovo*, dos *Efeitos jurídicos da separação do arquipélago de Chagos de Maurício em 1965* e das *Consequências jurídicas decorrentes das políticas e práticas de Israel no Território Palestino Ocupado, incluindo Jerusalém Oriental*. À título de exemplo, durante o procedimento consultivo sobre a demanda de parecer referente à construção de um muro no território palestino ocupado, os Estados apresentaram considerações políticas sobre o conflito israelo-palestino. Ver nesse sentido: BURGIS, M. *Discourses of Division: Law, Politics and the ICJ Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*. *Chinese Journal of International Law*, 2008, vol. 7, pp. 33-63, p. 34.

114 Ver a declaração do presidente de Palaos, Johnson Toribiong, perante a Assembleia Geral das Nações Unidas, em 22 de setembro de 2011, segundo a qual “Palau e a República das Ilhas Marshall solicitarão à Assembleia que busque, com urgência e nos termos do Artigo 96 da Carta das Nações Unidas, uma opinião consultiva da Corte Internacional de Justiça sobre as responsabilidades dos Estados sob o direito internacional para garantir que as atividades que emitem gases de efeito estufa, realizadas sob sua jurisdição ou controle, não causem danos a outros Estados” (AGNU. 16ª Reunião Plenária da Assembleia Geral, A/66/PV.16, p. 27-28).

mídia e gerou uma verdadeira discussão política sobre a responsabilidade climática dos Estados ocidentais<sup>115</sup>. Por outro lado, solicitar um pedido de opinião consultiva também pode ser um meio de isolar politicamente um Estado. Como ilustração, a resolução que visava pedir um parecer à CIJ no caso de Chagos foi adotada por 94 votos a favor, 15 contra e 65 abstenções<sup>116</sup>. O Reino Unido, que se opunha fortemente à adoção dessa resolução, não conseguiu convencer e acabou parecendo relativamente isolado. Um pedido de opinião consultiva permite, assim, avaliar as relações de poder<sup>117</sup>. Por fim, apesar de sua ausência de caráter obrigatório, os pareceres das jurisdições internacionais podem ser explorados tanto no plano jurídico quanto no político. O parecer sobre Chagos é uma ilustração flagrante disso. Maurício utilizou amplamente essa decisão em diversos fóruns internacionais. Invocou-a, em particular, perante diferentes organizações internacionais<sup>118</sup>, bem como perante o Tribunal Internacional do

---

Nova Iorque: Organização das Nações Unidas, 2011).

- 115 MAYER, B. International Advisory Proceedings on Climate Change. *Michigan Journal of International Law*, 2023, vol. 44, pp. 41-115, p. 63. Essa iniciativa, no entanto, não foi levada adiante. “Foi reportado que o fim abrupto da campanha de Palau pode ter sido influenciado por pressão diplomática dos Estados Unidos. Desde sua independência dos Estados Unidos em 1994, Palau continua a receber significativa ajuda e, por sua vez, influência, dos Estados Unidos. Vale ressaltar que essa situação de dependência de ajuda não é exclusiva de Palau; muitos pequenos Estados insulares em desenvolvimento são fortemente dependentes de ajuda internacional e, como tal, são vulneráveis à pressão diplomática externa dos países doadores.” (*ibid.* Ver também: GLICKENHAUS, J. Cameron. Potential ICJ Advisory Opinion: Duties to Prevent Transboundary Harm from GHG Emissions. *NYU Environmental Law Journal*, 2015, vol. 22, pp. 117-155, p. 119.).
- 116 AGNU. Request for an advisory opinion of the International Court of Justice on the legal consequences of the separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, GA/11924. Nova Iorque: Organização das Nações Unidas, 22 jun. 2017.
- 117 Ver STHOEGER, E. How do States React to Advisory Opinions? Rejection, Implementation, and What Lies in Between. *AJIL Unbound*, 2023, vol. 117, pp. 292-297, p. 293., que segundo ele “[e]m algumas situações, isso pode criar pressão política e legal sobre os Estados que rejeitaram o parecer, apesar de não haver uma fase formal de “pós-julgamento”. Embora formalmente endereçados aos órgãos solicitantes, os pareceres consultivos podem, na realidade, abordar principalmente os direitos e obrigações de Estados e outras entidades específicas – exemplos recentes incluem a opinião consultiva sobre o Muro, os procedimentos pendentes na solicitação sobre as políticas e práticas de Israel no Território Palestino Ocupado, o caso Kosovo e a opinião consultiva sobre Chagos. Em tais circunstâncias, pode haver uma maior expectativa de que os Estados relevantes implementem ou cumpram o parecer. Além disso, a implementação pode ser mais fácil de avaliar em situações que exigem ação de um número limitado de Estados. Adicionalmente, tais expectativas podem refletir o aumento da proeminência de princípios como o Estado de Direito. As expectativas podem ser ainda maiores em relação aos Estados que regularmente manifestam apoio a tais princípios”.
- 118 Durante seu Congresso em Abidjan, em 2021, a União Postal Universal decidiu “cessar o registro, a distribuição e a transmissão de todos os selos postais emitidos pelo território anteriormente conhecido como ‘Território Britânico do Oceano Índico’” (UNIÃO POSTAL UNIVERSAL. Implementação da Resolução 73/295 da Assembleia Geral das Nações Unidas, relativa à opinião consultiva da Corte Internacional de Justiça sobre os efeitos jurídicos da separação do arquipélago de Chagos de Maurício em 1965, Resolução C 15/2021, Abidjan, 2021). Maurício também contestou a participação do Reino Unido na Comissão do Atum do Oceano Índico em nome do arquipélago de Chagos. Embora a contestação seja antiga, a

Direito do Mar<sup>119</sup>. Dessa forma, Maurício conseguiu exercer uma pressão política muito forte sobre o Reino Unido<sup>120</sup>.

O acionamento do juiz internacional pode ter seus efeitos amplificados pelo recurso a certos procedimentos incidentais.

## **B. A amplificação dos efeitos políticos da submissão do caso por meio do recurso a certos procedimentos incidentais**

A submissão do caso ao juiz tem, sem dúvida, o efeito imediato de direcionar os holofotes para o tribunal acionado, mas apenas por um curto período. O tempo midiático, afinal, deve ceder lugar ao tempo judicial, que obedece a uma temporalidade completamente distinta. No entanto, para explorar ainda mais sua vantagem política, o requerente<sup>121</sup> pode ter interesse em apresentar um pedido de indicação de medidas provisórias, garantindo-lhe uma ação imediata

---

situação tomou um novo rumo após a adoção do parecer da CIJ e o Brexit. Ver, notadamente, SCHATZ, V. Decolonizing RFMOs: The Case of the United Kingdom's IOTC Membership on Behalf of the Chagos Archipelago. In: KUNOY, B.; HEIDAR, T.; YIALLOURIDES, C. (org.). *International Fisheries Law*. Routledge, 2024.

- 119 Ver o caso *Disputa sobre a delimitação da fronteira marítima entre Maurício e Maldivas no Oceano Índico (Maurício/Maldivas)*, no qual a Câmara Especial considerou que as conclusões contidas em um parecer da CIJ “não têm menos peso e possuem tanta autoridade quanto aquelas formuladas em sentenças, uma vez que são elaboradas de maneira igualmente rigorosa e minuciosa pelo ‘órgão judicial principal’ das Nações Unidas com competência em matéria de direito internacional” (TIDM. *Disputa sobre a delimitação da fronteira marítima entre Maurício e Maldivas no Oceano Índico (Maurício/Maldivas)*, Julgamento, 28 de abril de 2023, § 203). A partir disso, concluiu que “as conclusões formuladas pela CIJ em uma opinião consultiva não podem ser ignoradas simplesmente pelo fato de que o parecer não é vinculante. Isso se aplica especialmente às conclusões da CIJ na opinião consultiva sobre Chagos, segundo as quais o processo de descolonização de Maurício não foi validamente concluído quando este país obteve sua independência em 1968, após a separação do arquipélago de Chagos, e que o Reino Unido é obrigado, no menor prazo possível, a encerrar sua administração do arquipélago de Chagos. A Câmara Especial considera que essas conclusões possuem um efeito jurídico [...]”. A Câmara Especial, portanto, reconhece essas conclusões e as leva em consideração na avaliação do status jurídico do arquipélago de Chagos” (*ibid.*, §§ 205-206). Essa decisão, no entanto, foi alvo de críticas: EICHBERGER, F. The Legal Effect of ICJ Advisory Opinions Redefined? The Mauritius/Maldives Delimitation Case – Judgment on Preliminary Objections. *Melbourne Journal of International Law*, 2021, vol. 22, pp. 383-402, pp. 394-400.
- 120 O procedimento consultivo, portanto, teve repercussões políticas para Maurício. Ver: GUILFOYLE, D. The Chagos Archipelago before International Tribunals: Strategic Litigation and the Production of Historical Knowledge. *Melbourne Journal of International Law*, 2021, vol. 21, pp. 749-771, p. 750.
- 121 Embora as medidas provisórias possam ser solicitadas por todas as partes no processo, salvo raríssimas exceções, é sempre o demandante que as solicita. Ver, na CIJ, o pedido apresentado pelo Uruguai no caso *Fábricas de Celulose (CIJ. Fábricas de celulose no rio Uruguai (Argentina v. Uruguai)*, Decisão, 23 de janeiro de 2007, Rec. CIJ, 2007, p. 3), ou ainda, pelo Catar, no caso *Aplicação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CIJ. Aplicação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Catar v. Emirados Árabes Unidos)*, Decisão, 14 de junho de 2019, Rec. CIJ, 2019, p. 361).

do juiz<sup>122</sup> (1). Além disso, terceiros têm a possibilidade de manifestar seu apoio político ao requerente por meio da intervenção de terceiros (2).

## 1. Um pedido de indicação de medidas provisórias garantindo uma reação imediata do juiz

A indicação de medidas provisórias tem sido alvo de um interesse sem precedentes na Corte Internacional de Justiça<sup>123</sup>. Em certas situações, chega-se ao ponto de a perspectiva de acionar essa medida se tornar o principal, senão o único, motivo para recorrer ao juiz<sup>124</sup>. Uma das razões desse interesse reside no fato de que essa medida precipita a atuação do juiz internacional “para o bem ou para o mal, talvez, no tempo da ação diplomática”<sup>125</sup> e midiática. Em outras palavras, a indicação de medidas provisórias rompe com a temporalidade tradicionalmente associada à função jurisdicional<sup>126</sup>. Como já destacou a própria Corte Internacional de Justiça, “ao decidir se deve ou não indicar medidas provisórias, [ela] preocupa-se menos com o passado do que com o presente e o futuro”<sup>127</sup>.

Esse é um fator particularmente relevante para o requerente quando o objetivo é uma utilização política do tribunal. Ele pode instrumentalizar tanto o procedimento (a) quanto a decisão proferida pelo juiz (b).

122 Como reconhece Paul Reichler, “solicitar medidas provisórias e uma audiência antecipada maximizaria o impacto político da ação, mantendo-a em destaque na opinião pública após a data inicial de apresentação. (REICHLER, *op. cit.*, p. 29). Para Rosenne, “processos unilaterais foram instaurados sem aviso prévio, acompanhados de um pedido de indicação de medidas provisórias, em um grande número de casos de tensão política entre os Estados envolvidos” (ROSENNE, S. The Perplexities of Modern International Law General Course on Public International Law. RCADI, 2001, t. 291, pp. 9-471, p. 96.).

123 Ver, notadamente, nesse sentido, CIJ. *Alegadas violações de certas obrigações internacionais relativas ao Território Palestino Ocupado (Nicarágua v. Alemanha)*, Decisão, Voto Separado da Vice-Presidente Sebutinde, 30 de abril de 2024, § 1.

124 Trata-se de uma verdadeira inversão de perspectiva. Ver LE FLOCH, G. *L’urgence devant les juridictions internationales*. Paris: Pedone, 2008. 517 p., p. 272. Ver, por exemplo, nesse sentido, para o caso *Ucrânia v. Rússia*, RAMSDEN, M. Strategic Litigation in Wartime: Judging the Russian Invasion of Ukraine through the Genocide Convention. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2023, vol. 56, pp. 181-210, p. 189.

125 WECKEL, Ph. Chronique de jurisprudence internationale. *Revue Générale de Droit International Public*, 2002, pp. 955-982, p. 956..

126 Consistindo em um exame retrospectivo, a função jurisdicional está vinculada ao passado. Ver, notadamente, THÉRY, Ph. La justice entre l’exigence de la durée et la contrainte de l’urgence. *Droits*, 1999, vol. 30, pp. 89-95, p. 90.

127 CIJ. *Aplicação da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (Bósnia-Herzegovina v. Sérvia e Montenegro)*, Decisão, 8 de abril de 1993, Rec. CIJ, 1993, p. 16, § 25.

## a) A instrumentalização do procedimento de indicação de medidas provisórias para fins políticos

Acompanhar sua petição principal de um pedido de indicação de medidas provisórias é um meio conveniente para o requerente dramatizar ainda mais a submissão do caso ao juiz. Isso sugere que um prejuízo grave e irreparável é iminente ou já está em curso. O requerente se apresenta, então, como aquele que tem o direito a seu favor e busca a proteção do juiz. Essa impressão é ainda mais forte quando o requerente age para garantir o cumprimento de obrigações *erga omnes partes*. Nesse caso, ele não busca a proteção de seus próprios interesses, mas sim de terceiros. No caso da *Aplicação da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio na Faixa de Gaza*, a África do Sul utilizou amplamente esse tipo de dramatização. Além disso, devido ao agravamento contínuo da situação na Faixa de Gaza desde a introdução da ação, o requerente optou por apresentar múltiplos pedidos adicionais de medidas provisórias e solicitações de modificação das decisões anteriores<sup>128</sup>. Essa repetição tem, sem dúvida, um duplo interesse. De um lado, ela “contribui para o processo de objetivação das denúncias de violações do direito internacional”<sup>129</sup>. De outro, permite manter uma pressão política sobre Israel, já que cada novo desdobramento judicial gera ampla cobertura midiática<sup>130</sup>.

A introdução de um pedido de indicação de medidas provisórias também garante, perante certas jurisdições internacionais, a possibilidade de se expressar publicamente e com rapidez. A Corte Internacional de Justiça, por exemplo, organiza sistematicamente audiências dentro de um prazo relativamente curto. Assim, qualquer Estado que acione esse procedimento incidental tem a certeza de poder se manifestar nesse local particularmente solene que é a grande sala de justiça do Palácio da Paz. Essa oportunidade lhe é concedida desde que o caso seja incluído na pauta da Corte, mesmo que o fundamento de competência invocado seja extremamente frágil. O requerente pode, assim, utilizar a audiência como

128 Ver *Pedido de medidas adicionais nos termos do artigo 75, § 1, do Regulamento da Corte apresentado pela África do Sul*, 12 de fevereiro de 2024; *Pedido da África do Sul para indicação de medidas provisórias adicionais e modificação das decisões anteriores da Corte relativas às medidas provisórias*, 6 de março de 2024; e *Pedido da África do Sul para indicação de medidas provisórias adicionais e modificação das medidas provisórias previamente indicadas*, 10 de maio de 2024.

129 CHAZOURNES, L. BOISSON DE. Les ordonnances en indication de mesures conservatoires dans l'affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. *Annuaire français de droit international*, 1993, p. 514-539, p. 538.

130 Ver, notadamente, L'AFRIQUE DU SUD dépose une nouvelle requête devant la CIJ contre l'offensive israélienne à Rafah. *Le Monde*, 14 fev. 2024; ISRAËL À NOUVEAU convoqué devant la cour internationale de justice de La Haye. *Libération*, 19 fév. 2024; MAUPAS, S. L'Afrique du Sud demande à la CIJ d'ordonner à Israël de stopper ses opérations à Rafah. *Le Monde*, 12 mai 2024; GAZA: FACE À LA situation autour de Rafah, l'Afrique du Sud revient vers la CIJ. *RFI*, 10 mai 2024.



uma tribuna política. Esse foi, de maneira emblemática, o objetivo da Sérvia e Montenegro nos casos da *Legalidade do uso da força*, que a opunham a dez Estados membros da OTAN. Enquanto se encontrava extremamente isolada diplomaticamente e seu território era alvo de ataques aéreos, a Sérvia soube aproveitar as audiências organizadas no âmbito do procedimento de indicação de medidas provisórias para fazer uma acusação formal contra os Estados agressores e apresentar as teses sérvias à opinião pública<sup>131</sup>. Dessa forma, conseguiu enfrentar seus adversários em condições de igualdade, apesar de sua grande vulnerabilidade<sup>132</sup>. Da mesma maneira, no caso da *Solicitação de reexame da situação nos termos do parágrafo 63 da decisão proferida pela Corte em 20 de dezembro de 1974 no caso dos Testes Nucleares*<sup>133</sup>, a Nova Zelândia aproveitou a audiência que lhe foi concedida para criticar duramente a decisão do presidente da República Francesa de encerrar a suspensão sobre os testes nucleares, que havia sido estabelecido por seu antecessor<sup>134</sup>. Com o apoio de vários Estados<sup>135</sup>, a Nova Zelândia se apresentou, durante a fase oral do processo, como a principal representante dos opositores às armas nucleares. Após o apelo ao boicote e a intensa troca de notas diplomáticas<sup>136</sup>, o recurso à CIJ veio, de certa forma, coroar a campanha de protesto conduzida por esse Estado contra a França.

Esses casos são incrivelmente semelhantes, na medida em que a iniciativa de acionar a Corte Internacional de Justiça tinha, essencialmente, como único objetivo obter rapidamente uma tribuna prestigiosa para expressar uma opinião sobre uma situação específica e lançar descrédito sobre a parte adversa<sup>137</sup>. Os réus, aliás, não se enganaram quanto a isso e criticaram veementemente essa atitude durante as sustentações orais. O agente da França denunciou que, ao acionar a Corte, a Nova Zelândia buscava apenas “encontrar uma tribuna

131 Ver, notadamente, CIJ. *Legalidade do uso da força (Sérvia e Montenegro v. Bélgica)*, Sustentação Oral de E. Suy, Verbatim record 99/14, 10 de maio de 1999, p. 15 e seguintes.

132 CHAZOURNES, L. BOISSON DE. La Cour internationale de Justice aux prises avec la crise du Kosovo: à propos de la demande en mesures conservatoires de la République Fédérale de Yougoslavie. *Annuaire français de droit international*, 1999, p. 452-471, p. 470.

133 Certamente, considerando o contexto totalmente singular desse caso, a Corte analisou o pedido de indicação de medidas provisórias apenas para rejeitá-lo, após ter previamente recusado o pedido principal. No entanto, o procedimento seguido se aproxima amplamente daquele adotado pela CIJ em matéria de medidas provisórias e, na prática, teve os mesmos efeitos.

134 Ver, notadamente, CIJ. *Solicitação de reexame da situação nos termos do parágrafo 63 da decisão proferida pela Corte em 20 de dezembro de 1974 no caso dos Testes Nucleares (Nova Zelândia v. França)*, Sustentação oral de Paul East, Verbatim record 95/19, 11 de setembro de 1995, p. 15 e seguintes.

135 Em sua sustentação oral, P. East mencionou o apoio expresso dos governos das Ilhas Cook e Niue (*ibid.*, §§ 31-32).

136 Em sua sustentação oral, P. East relembrou várias dessas ações (*ibid.*, §§ 16-23).

137 Ver, notadamente, LEMEY, M. Incidental proceedings before the International Court of Justice: The fine line between ‘litigation strategy’ and ‘abuse of process’. *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2021, v. 20, p. 5-29, p. 20.



para suas acusações”<sup>138</sup>, enquanto a Sérvia e Montenegro visavam “usar a Corte como um fórum político”<sup>139</sup>.

Durante a fase oral do processo, a argumentação desenvolvida pelos requerentes teve um tom resolutamente político e virulento. Além disso, eles também tentaram deslocar o debate para o mérito, questionando ora a licitude dos testes nucleares, ora a licitude da intervenção aliada no Kosovo. Essa escolha foi ainda mais estratégica, pois a legalidade das ações contestadas era controversa<sup>140</sup> e a provável incompetência da Corte os impediria, posteriormente, de abordar essas questões de mérito<sup>141</sup>.

Os requerentes, portanto, iniciaram um processo sabendo perfeitamente, desde o início, que ele não teria um desfecho favorável<sup>142</sup>. Mas essa não era a questão central. Ao acionar a Corte e transformar a fase oral do processo em uma ferramenta política, eles conseguiram transmitir uma mensagem. A intervenção urgente do juiz no momento em que o irreparável está sendo cometido tem um impacto midiático muito maior do que uma decisão sobre o mérito proferida anos depois. E era exatamente isso que importava para os requerentes.

Essa lógica também se aplica quando o requerente pode se apoiar em um título de competência mais sólido. A África do Sul, por exemplo, pôde se manifestar na grande sala do Palácio da Paz menos de quinze dias após a sub-

138 CIJ. *Solicitação de reexame da situação nos termos do parágrafo 63 da decisão proferida pela Corte em 20 de dezembro de 1974 no caso dos Testes Nucleares (Nova Zelândia v. França)*, Verbatim record 95/20, 12 de setembro de 1995, p. 41.

139 CIJ. *Solicitação de reexame da situação nos termos do parágrafo 63 da decisão proferida pela Corte em 20 de dezembro de 1974 no caso dos Testes Nucleares (Nova Zelândia v. França)*, Verbatim record 99/17, 10 de maio de 1999, p. 6.

140 Sobre essa questão, ver, *inter alia*, UERPMANN, R. La primauté des droits de l'homme : licéité ou illicéité de l'intervention humanitaire. In: TOMUSCHAT, Ch. (org.). *Kosovo and the International Community. A Legal Assessment*. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 2002. p. 65-86.

141 É significativo, aliás, que, nas questões relativas à *Legalidade do uso da força*, a Sérvia e Montenegro tenha se oposto ao pedido dos réus para que a questão da competência da Corte fosse decidida separadamente, antes de qualquer procedimento sobre o mérito, e tenha solicitado a apresentação de um memorial relativo à essência do litígio (CIJ. *Legalidade do uso da força (Sérvia e Montenegro v. França)*, Decisão, 30 de junho de 1999: Rec. CIJ, 1999, p. 989). Deve-se, portanto, admitir que “em casos de forte conotação política, pode parecer tão prejudicial ao Estado ‘réu’ pleitear sobre eventuais medidas provisórias quanto pleitear sobre o mérito, e isso diante de uma jurisdição que ele considera, com razão, como a própria Corte reconheceu posteriormente, incompetente” (GUYOMAR, G. *Commentaire du Règlement de la Cour internationale de Justice, adopté le 14 avril 1978. Interprétation et pratique*. Paris: Pedone, 1983. 760 p., p. 513-514.).

142 A Nova Zelândia não poderia esperar que a Corte validasse a tese segundo a qual a França teria voltado atrás em seu compromisso de não realizar mais testes nucleares na atmosfera, quando os testes contestados eram subterrâneos. Ver, nesse sentido, CRAVEN, M. C. R. *New-Zealand's Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New-Zealand v. France) Case. International and Comparative Law Quarterly*, 1996, vol. 45, p. 725-734, p. 733. Ver também, nesse sentido, no caso da Sérvia e Montenegro: LE FLOCH, *op. cit.*, p. 262.

missão de sua petição principal e seu pedido de indicação de medidas provisórias<sup>143</sup>. Assim, teve a oportunidade de proferir uma crítica severa<sup>144</sup> e denunciar as múltiplas atrocidades que, segundo ela, foram cometidas por Israel, enquanto os eventos ainda estavam em curso. O impacto midiático só poderia ser amplificado. Da mesma forma, a Ucrânia, poucos dias após o início da operação militar especial russa, aproveitou a audiência para denunciar a agressão russa e reafirmar o apoio que lhe foi concedido por vários órgãos das Nações Unidas, bem como por diversas organizações internacionais e regionais<sup>145</sup>.

A Corte Internacional de Justiça é a jurisdição onde as audiências organizadas no âmbito do procedimento de indicação de medidas provisórias são mais frequentemente exploradas para fins políticos. Isso se explica tanto pelo fato de que nem todas as jurisdições internacionais realizam audiências nesse tipo de procedimento<sup>146</sup> quanto pela competência geral da CIJ, que lhe permite conhecer casos de alta sensibilidade política. Para fins de comparação, o Tribunal Internacional do Direito do Mar não foi amplamente afetado por esse fenômeno. No entanto, pode-se mencionar o caso relativo à *Imobilização de três navios militares ucranianos*, no qual o agente ucraniano aproveitou a audiência para afirmar que “a Crimeia é, indiscutivelmente, parte da Ucrânia”<sup>147</sup>.

Além do próprio procedimento, a decisão de indicação de medidas provisórias também pode ser explorada politicamente.

---

143 As audiências ocorreram em 11 e 12 de janeiro de 2024.

144 O agente da África do Sul estabeleceu imediatamente o tom ao denunciar o regime de apartheid praticado por Israel contra os palestinos e o genocídio desde 1948. Esse argumento é ainda mais simbólico, dado que a África do Sul sofreu por longas décadas com o apartheid (CIJ. *Aplicação da Convenção para a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio na Faixa de Gaza (África do Sul v. Israel)*, Verbatim Record 2024/1, 11 de janeiro de 2024, p. 17, §§ 4-5).

145 CIJ. *Alegações de genocídio nos termos da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (Ucrânia v. Rússia)*, Verbatim Record 2022/5, 7 de março de 2022, pp. 60-61, § 15.

146 O procedimento de medidas provisórias é reduzido à sua expressão mais simples em Estrasburgo, pois não há audiência nem decisão motivada. A única verdadeira vantagem em relação à CIJ é que elas são concedidas em prazos extremamente curtos. Apesar das críticas que podem ser feitas a esse procedimento, observa-se que os Estados as solicitam sistematicamente “após terem interposto um recurso interestatal” (PELLETIER, N. *Recours interétatiques et droits de l’homme. La pratique devant les organes de protection*. Paris: L’Harmattan, 2024. 168 p., p. 106.). De maneira mais anedótica, vale mencionar que, a fim de contestar a recusa do então presidente da República Francesa de organizar um referendo sobre o Tratado de Lisboa, centenas de pedidos de medidas provisórias foram enviados à Corte. O objetivo dos requerentes era chamar a atenção da opinião pública para a questão. Esse uso indevido das medidas provisórias foi denunciado pelo presidente da Corte (CEDH. *Comunicado do registro: Uso indevido dos pedidos de medidas provisórias*. 21 dez. 2007.).

147 TIDM. *Imobilização de três navios militares ucranianos (Ucrânia v. Federação Russa)*, Verbatim Record, TIDM/PV.19/A26/1/Rev.1, 10 de maio de 2019, p. 4.

## b) A exploração política da decisão de indicação de medidas provisórias

A decisão proferida pelo juiz ao término de um procedimento de indicação de medidas provisórias pode ser explorada politicamente, independentemente de o requerente ter obtido ganho de causa ou não.

De maneira geral, uma decisão favorável do juiz apenas fortalece a posição do requerente. Ao obter medidas provisórias, o requerente se encontra inevitavelmente em posição de força em relação ao réu. Ainda que seja resultado de uma apreciação *prima facie*, a decisão da Corte continua sendo uma conclusão judicial<sup>148</sup>. Ao conceder medidas provisórias, o juiz inevitavelmente confere peso à tese apresentada pelo requerente. A decisão legítima, de certa forma, sua versão dos fatos e atesta a seriedade da petição, pois, se a CIJ indicou medidas provisórias, significa que considerou, em primeiro lugar, que tinha competência *prima facie* e que os direitos alegados eram plausíveis. Embora nada impeça que o juiz conclua de maneira diferente na análise do mérito, essa decisão já representa uma primeira vitória para o requerente<sup>149</sup>. O requerente pode, assim, ter todo o interesse em explorar a decisão do ponto de vista político<sup>150</sup>, especialmente ao dar-lhe ampla publicidade.

No plano interno, a decisão da Corte pode ser percebida como a prova irrefutável de que a versão há muito tempo apresentada pelo governo é a correta<sup>151</sup>. As autoridades locais podem buscar divulgar que o Estado obteve uma primeira vitória diante do principal órgão judicial das Nações Unidas. Como ilustração, logo após o pronunciamento da primeira decisão da CIJ, o presiden-

148 Como esclarece o juiz Shahabuddeen, as medidas provisórias “têm o caráter de uma conclusão judicial quanto ao que se impõe para salvaguardar os referidos direitos *pendente lite*, essa conclusão tendo sido retirada, ao término de um procedimento regular, pela Corte reunida enquanto órgão judicial no exercício de um poder específico a ela conferido pelo direito” (CIJ. *Aplicação da Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (Bósnia e Herzegovina v. Sérvia e Montenegro)*, Decisão, Voto Separado do Juiz Shahabuddeen, Rec. CIJ, 1993, p. 367).

149 Ver, por exemplo, nesse sentido, REICHLER, *op. cit.*, p. 29, a propósito do caso das *Atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua*: “Por fim, tudo o que a Corte precisava para adotar medidas provisórias era uma base *prima facie* de jurisdição, que as declarações correspondentes forneceram. Mesmo que o caso fosse posteriormente rejeitado por questões jurisdicionais, ainda tínhamos a possibilidade de obter medidas provisórias contra os Estados Unidos”.

150 “A invocação unilateral dos procedimentos da Corte, e especialmente dos processos de medidas provisórias, com o objetivo principal de obter da Corte uma declaração judicial, ainda que tecnicamente apenas provisória e baseada em uma análise inicial, para algum uso político imediato” (ROSENNE, S. *Lessons of the Past and Needs of the Future*. In: PECK, C.; LEE, R. S. (org.). *Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice. Proceedings of the IJC/UNITAR Colloquium to Celebrate the 50th Anniversary of the Court*. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1997. 542 p. p. 466-492, pp. 479-480).

151 *Ibid.*, p. 276.

te sul-africano celebrou as medidas provisórias concedidas em uma declaração transmitida na televisão nacional<sup>152</sup>.

No plano internacional, a decisão da Corte é um meio de promover a causa junto ao público por meio da mídia e de outros canais<sup>153</sup>. Como mencionado anteriormente, as decisões proferidas no caso do *Genocídio (África do Sul v. Israel)* foram amplamente divulgadas pela imprensa<sup>154</sup>. Munido de uma decisão do principal órgão judicial das Nações Unidas, o requerente pode impor sua posição nos diversos fóruns internacionais, angariando o maior apoio possível para sua causa<sup>155</sup>. Como ilustração, no caso do *Pessoal Diplomático e Consular*, os Estados Unidos exploraram amplamente a decisão da CIJ para obter um consenso no Conselho de Segurança sobre a necessidade de impor sanções econômicas internacionais contra o Irã<sup>156</sup>.

Para o réu, por outro lado, a decisão da Corte, dependendo de seu conteúdo, pode prejudicar sua credibilidade política. Ela pode ser interpretada como

152 “Hoje, a Corte Internacional de Justiça nos deu razão. A Corte concluiu que, nos termos do Artigo 9º da Convenção, tem jurisdição para julgar nossa petição. O efeito da decisão que a CIJ proferiu hoje é que há um caso plausível de genocídio” (ÁFRICA DO SUL. Discurso televisionado do Presidente da República da África do Sul, S.E. Cyril Ramaphosa, sobre a decisão da Corte Internacional de Justiça, 26 de janeiro de 2024.).

153 Ver, nesse sentido: OELLERS-FRAHM, K. Use and abuse of interim protection before international courts and tribunals. In: COEXISTENCE, cooperation and solidarity. Liber amicorum Rudiger Wolfrum. Brill/Nijhoff, 2011. 1130 p. p. 1685-1703, p. 1686.; MILES, C. Provisional Measures before International Courts and Tribunals. Cambridge: CUP, 2017. 592 p., p. 461.

154 A exploração política das decisões de indicação de medidas provisórias é ainda mais fácil pelo fato de que as sutilezas desse procedimento frequentemente escapam ao conhecimento do cidadão comum. A natureza dessas ordens, bem como seu conteúdo, dão margem a várias interpretações, muitas vezes equivocadas, que podem prejudicar significativamente a reputação internacional de um Estado. A decisão da CIJ no caso *Aplicação da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio na Faixa de Gaza* é uma ilustração perfeita dessa realidade. De maneira incomum, sua ex-presidente, a juíza Donoghue, abordou essas “más interpretações” em uma entrevista à BBC. Ver: FORMER head of ICJ explains ruling on genocide case against Israel brought by S Africa. BBC, 26 abr. 2024.

155 MINISTROS das Relações Exteriores do G7. Declaração sobre a guerra da Rússia contra a Ucrânia. Weissenhaus, 14 maio 2022. § 4: “Instamos a Rússia a cumprir imediatamente a ordem juridicamente vinculante da Corte Internacional de Justiça de 16 de março de 2022 e a respeitar as resoluções pertinentes da Assembleia Geral da ONU, pondo fim à sua agressão militar – cessando fogo e retirando, de forma imediata e incondicional, suas tropas de todo o território da Ucrânia dentro de suas fronteiras internacionalmente reconhecidas”.

156 PAUL, J. R. International Adjudication: Embassy Seizure. *Harvard International Law Journal*, 1980, vol. 21, p. 268-274, p. 274. Ademais, a redação da decisão da CIJ sugeria que a decisão final da Corte seria fortemente favorável aos Estados Unidos. É, portanto, difícil compreender por que os EUA decidiram lançar uma operação de resgate na noite de 24 para 25 de abril de 1980, justamente quando a CIJ estava em fase de deliberação. “Por mais audaciosa que tenha sido no plano militar, por mais nobre que possa parecer devido aos seus motivos humanitários, continua sendo uma intervenção inoportuna e, sobretudo, ilegal: por um lado, era contrária aos princípios fundamentais da Carta das Nações Unidas e, por outro lado, não podia ser conciliada com o princípio fundamental do respeito à autoridade judicial.” (ARBOUR, J. M. Aspects juridiques de la crise américano-iranienne. *Les Cahiers du droit*, 1980, vol. 21, p. 367-397, p. 369). Essa operação certamente não favoreceu os Estados Unidos perante a Corte.

uma primeira condenação judicial de seu comportamento<sup>157</sup>, o que, do ponto de vista diplomático, pode colocá-lo em uma posição delicada<sup>158</sup>. Assim, as ordens de indicação de medidas provisórias proferidas no caso do *Genocídio* sugeriam que a CIJ validava a tese de que as autoridades de Belgrado estavam envolvidas nos atos de genocídio alegados<sup>159</sup>. Essa versão dos fatos, segundo Olivier Corten, “favoreceu a evolução que levou ao apoio político e militar das Grandes Potências em 1994 e 1995”<sup>160</sup>. A decisão de indicação de medidas provisórias, então, serve como a chancela judicial que até então faltava.

Diante dessas vantagens, não é surpreendente que a expectativa de obter medidas provisórias possa, por si só, justificar a submissão de um pedido nesse sentido. No entanto, mesmo quando não obtém ganho de causa, o requerente pode, às vezes, encontrar elementos que pode explorar, como ocorreu nas decisões proferidas nos casos da *Legalidade do Uso da Força*. Embora a CIJ não tenha podido indicar medidas provisórias devido à falta de competência, ela

157 LEONHARDSEN, E. M. Trials of ordeal in the International Court of Justice: why States seek provisional measures when non-compliance is to be expected. *Journal of International Dispute Settlement*, 2014, vol. 5, p. 306-343, p. 336-337.

158 Na semana seguinte ao pronunciamento das decisões no caso dos *Ensaio Nucleares*, o primeiro-ministro neozelandês escreveu aos diferentes chefes de Estado para que apoiassem sua iniciativa. Muitos Estados e organizações internacionais responderam positivamente a essa carta: Japão, Samoa, Chile, Equador, Peru, Colômbia, Venezuela, Bolívia, Brasil, Argentina, Canadá, Dinamarca, Índia, Indonésia, Líbia, Países Baixos, Nigéria, Noruega, Paquistão, Filipinas, Singapura, Suécia, Tanzânia, o Fórum do Pacífico Sul, a Comissão do Pacífico Sul, a Assembleia Geral da OMS e da OIT, além de sindicatos na Nova Zelândia, Austrália e Grã-Bretanha. Tudo isso teve o efeito de aumentar a pressão política sobre a França. Sobre esse ponto, ver KOS, J. S. Interim measures in the International Court of Justice: New Zealand and the nuclear test cases. *Victoria University of Wellington Law Review*, 1984, vol. 14, p. 357-387, p. 387. Ver também, sob a perspectiva da Austrália, BURMESTER, H. Australia's experience in international litigation. In: KLEIN, N. (org.). *op. cit.* p. 61-78, p. 71. Em outro contexto, a Organização Internacional do Trabalho baseou-se diretamente na decisão da CIJ de 16 de março de 2022 para justificar sua decisão de “suspender provisoriamente toda cooperação ou assistência técnica da OIT à Federação Russa, exceto para necessidades de ajuda humanitária” (OIT. *Resolução sobre a agressão cometida pela Federação Russa contra a Ucrânia sob a perspectiva do mandato da Organização Internacional do Trabalho*, GB.344/Resolução, Genebra: Organização das Nações Unidas: 13 de abril de 2022). Os membros do G7, por sua vez, solicitaram à Rússia que cumprisse a decisão da Corte: MINISTROS das Relações Exteriores do G7. *Declaração sobre a guerra da Rússia contra a Ucrânia*. Wangels, 14 maio 2022

159 Ver: CIJ. *Aplicação da Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (Bósnia e Herzegovina v. Sérvia e Montenegro)*. Decisão, Rec. CIJ, 1993, p. 24, § 52, A, 2). Em sua opinião dissidente nesse caso, o juiz Tarasov criticou essa decisão, pois, segundo ele, dava a impressão de que “a Corte acredita que o Governo da República Federativa da Iugoslávia está efetivamente envolvido nesses atos de genocídio, ou pelo menos que pode muito bem estar envolvido” (*ibid.*, p. 26). Como lembra a professora Christine Gray, esse caso contrasta com a prática habitual da Corte. Em geral, na fase de medidas provisórias, a Corte se abstém de nomear qualquer responsável (GRAY, C. The use and abuse of the International Court of Justice: Cases concerning the use of force after Nicaragua. *European Journal of International Law*, 2003, vol. 14, p. 867-905, p. 892.).

160 CORTEN, *op. cit.*, p. 273.

expressou séria preocupação sobre o fato de que “o uso da força na Iugoslávia levanta questões muito graves de direito internacional” e lembrou a todas as partes no processo sua obrigação de respeitar “a Carta das Nações Unidas e outras normas do direito internacional, incluindo o direito humanitário”<sup>161</sup>. Esses *obiter dicta* podem ser aproveitados pelo requerente<sup>162</sup>. No caso em questão, a Sérvia e Montenegro puderam enfatizar as dúvidas do principal órgão judicial das Nações Unidas quanto à legalidade da intervenção armada dos réus<sup>163</sup>.

Em certas hipóteses, o requerente também pode obter apoio político de terceiros por meio do procedimento de intervenção de terceiros.

## 2. O recurso à intervenção de terceiros para fornecer apoio político ao requerente

Em 21 de julho de 2022, a Letônia apresentou uma declaração de intervenção com fundamento no artigo 63 do Estatuto da CIJ no caso que opõe a Ucrânia à Rússia<sup>164</sup>. Essa iniciativa foi rapidamente seguida por vários outros Estados nas semanas seguintes. Um verdadeiro tsunami de declarações de intervenção se abateu sobre a Corte Internacional de Justiça<sup>165</sup>. Embora já tenha ocorrido no passado que a CIJ recebesse vários pedidos de intervenção em um

161 CIJ. *Legalidade do Uso da Força (Iugoslávia v. Espanha)*, Decisão, Rec. CIJ, 1999, p. 132, § 19; CIJ. *Atividades Armadas no Território do Congo (nova petição: 2002) (República Democrática do Congo v. Ruanda)*, Decisão, 10 de julho de 2002, Rec. CIJ, 2002, p. 251, § 56.

162 Segundo Tullio Treves, “tais *obiter dicta* em fases preliminares do caso (e especialmente em decisões sobre pedidos de medidas provisórias) podem ser percebidos pelo requerente como mais importantes para sua estratégia política do que a decisão final da Corte” (TREVES, *op. cit.*, pp. 477-478). No entanto, ele alerta: “qualquer declaração que possa ser usada para vantagem política do requerente pareceria altamente criticável, pois equivaleria a um prêmio por abusar do processo legal” (*ibid.*, p. 480).

163 A oportunidade de a Corte Internacional de Justiça recorrer a esse tipo de *obiter dictum* é bastante debatida. Tudo depende, na realidade, da questão de saber se ela dispõe ou não de alguma base de competência. Ver, em especial, sobre essa questão: LE FLOCH, *op. cit.*, pp. 439-445.

164 Ver CIJ. *Comunicado de Imprensa*, n° 2022/25, 22 de julho de 2022.

165 Ver as declarações de intervenção apresentadas por: Lituânia (22 de julho de 2022), Nova Zelândia (28 de julho de 2022), Reino Unido (5 de agosto de 2022), Alemanha (5 de setembro de 2022), Estados Unidos (7 de setembro de 2022), Suécia (9 de setembro de 2022), Romênia (13 de setembro de 2022), França (13 de setembro de 2022), Polônia (15 de setembro de 2022), Itália (15 de setembro de 2022), Dinamarca (16 de setembro de 2022), Irlanda (19 de setembro de 2022), Finlândia (21 de setembro de 2022), Estônia (22 de setembro de 2022), Espanha (29 de setembro de 2022), Austrália (30 de setembro de 2022), Portugal (7 de outubro de 2022), Áustria (12 de outubro de 2022), Luxemburgo (13 de outubro de 2022), Grécia (13 de outubro de 2022), Croácia (19 de outubro de 2022), Tchêquia (1° de novembro de 2022), Bulgária (18 de novembro de 2022), Malta (24 de novembro de 2022), Noruega (24 de novembro de 2022), Bélgica (6 de dezembro de 2022), Canadá e Países Baixos (7 de dezembro de 2022), Eslováquia (8 de dezembro de 2022), Eslovênia (8 de dezembro de 2022), Chipre (13 de dezembro de 2022) e Liechtenstein (15 de dezembro de 2022). Além disso, deve-se destacar que a União Europeia forneceu informações à CIJ em 18 de agosto de 2022, conforme o artigo 34, parágrafo 2, do Estatuto: CIJ. *Comunicado de Imprensa*, n° 2022/29, 18 de agosto de 2022.



mesmo litígio<sup>166</sup>, nunca antes tantos Estados haviam manifestado interesse em intervir. O mesmo fenômeno ocorreu na CEDH, onde 26 Estados partes da Convenção Europeia dos Direitos Humanos<sup>167</sup> submeteram pedidos para intervir como terceiros no caso *Ucrânia e Países Baixos v. Rússia*<sup>168</sup>. Até então, a Corte Europeia dos Direitos Humanos nunca havia sido acionada com um número tão elevado de pedidos de intervenção. Em ambas as cortes, esse processo é, portanto, inédito em sua magnitude. Essas diferentes ações judiciais, naturalmente, possuem uma forte ressonância política. Elas demonstram o apoio inabalável manifestado por vários Estados à Ucrânia desde o início da operação militar especial russa<sup>169</sup>. Além disso, permitem que cada Estado torne pública sua posição jurídica de forma detalhada<sup>170</sup>.

Tanto em Haia quanto em Estrasburgo, os Estados, evidentemente, não quiseram tomar o réu de surpresa. Antes de recorrer ao juiz, haviam anunciado publicamente sua intenção de intervir no processo em andamento. Assim, em uma declaração conjunta adotada em 20 de maio de 2022, a União Europeia e 41 Estados expressaram sua intenção de explorar todas as opções para apoiar a Ucrânia em seus esforços perante a CIJ e consideraram a possibilidade de uma eventual intervenção nesse processo<sup>171</sup>. Eles reafirmaram seu compromisso

166 Ver, por exemplo, os pedidos de intervenção apresentados por Samoa, Ilhas Salomão, Ilhas Marshall e Estados Federados da Micronésia no caso do *Pedido de reexame da situação sob o parágrafo 63 da decisão proferida pela Corte em 20 de dezembro de 1974 no caso dos Ensaaios Nucleares (Nova Zelândia v. França)*.

167 Os Estados envolvidos foram Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Croácia, Dinamarca, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Irlanda, Islândia, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Noruega, Países Baixos, Polônia, Portugal, República Tcheca, Romênia, Reino Unido, Eslováquia, Eslovênia e Suécia. Ver: CEDH. *Comunicado de imprensa da Secretaria da Corte*, CEDH 082 (2023), 17 de março de 2023.

168 Os pedidos de intervenção foram inicialmente apresentados no caso *Ucrânia v. Rússia (X)* (nº 11055/22). Por decisão da Grande Câmara de 17 de fevereiro de 2023, esse caso foi unido às petições interestatais do caso *Ucrânia e Países Baixos v. Rússia* (nº 8019/16, 43800/14 e nº 28525/20). Ver: CEDH. *Comunicado de imprensa da Secretaria da Corte*, CEDH 055 (2023), 20 de fevereiro de 2023. No entanto, a Corte limitou a intervenção dos 26 Estados à apresentação de observações escritas sobre a petição nº 11055/22 (relativa às operações militares conduzidas pela Rússia na Ucrânia desde 24 de fevereiro de 2022), bem como sobre outros aspectos remanescentes do caso unificado, desde que relacionados às questões levantadas na petição nº 11055/22. Ver: CEDH. *Comunicado*, CEDH 082 (2023), 17 de março de 2023.

169 Sobre o tema, ver BONAFÉ, B. The collective dimension of bilateral litigation: the Ukraine v. Russia case before the ICJ. *QIL*, 2022, p. 27-47.

170 Os juízes Gevorgian (declaração, § 9) e Xue (opinião dissidente, § 28) consideram que essas declarações exercem pressão política sobre a Corte: CIJ. *Alegações de Genocídio nos Termos da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (Ucrânia v. Rússia)*, Decisão, 5 de junho de 2023. Ver também, sobre esse ponto, TAMADA, D. War in Ukraine and the International Court of Justice: Provisional measures and the third-party right to intervene in proceedings. *International Community Law Review*, 2024, vol. 26, p. 39-68, p. 54.

171 REINO UNIDO. Ministério das Relações Exteriores, da Comunidade e do Desenvolvimento. *Ukraine's application against Russia before the International Court of Justice: joint statement*. 20 maio 2022. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/news/ukraine-joint-statement->

em uma declaração conjunta de 13 de julho de 2022<sup>172</sup> antes de passarem da palavra à ação. Da mesma forma, vários Estados partes da Convenção Europeia dos Direitos Humanos informaram individualmente sobre sua intenção de apresentar um pedido de intervenção à Corte<sup>173</sup>. Em ambos os casos, um efeito de anúncio era claramente desejado por esses Estados<sup>174</sup>.

O tsunami de declarações e pedidos de intervenção que atingiu a CIJ e a CEDH, no entanto, não parece ser apenas um fenômeno passageiro ligado ao contexto da guerra na Ucrânia. Em 15 de novembro de 2023, as Maldivas, por um lado, e, por outro, Alemanha, Canadá, Dinamarca, França, Países Baixos e Reino Unido, de forma conjunta, apresentaram ao Registro da CIJ declarações de intervenção no caso relativo à *Aplicação da Convenção para a Prevenção e*

---

*on-ukraines-application-against-russia-before-the-international-court-of-justice*. Essa declaração conjunta foi feita em nome da Albânia, Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Bósnia-Herzegovina, Bulgária, Canadá, Croácia, Chipre, República Tcheca, Dinamarca, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Geórgia, Grécia, Hungria, Islândia, Irlanda, Itália, Japão, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Ilhas Marshall, Micronésia, Montenegro, Países Baixos, Nova Zelândia, Noruega, Polônia, Portugal, Romênia, Eslováquia, Eslovênia, Suécia, Reino Unido, Estados Unidos e União Europeia.

- 172 Na *Declaração conjunta de apoio à Ucrânia e ao processo perante a CIJ*, adotada em 13 de julho de 2022, os seguintes países afirmaram: “É do interesse de todos os Estados partes da Convenção de 1948 e, mais amplamente, de toda a comunidade internacional, que a Convenção não seja desvirtuada ou desviada. Por isso, os signatários desta declaração, que são Partes da Convenção sobre o Genocídio, têm a intenção de intervir no âmbito deste processo. Dada a gravidade das questões levantadas neste caso e as consideráveis consequências da decisão que a Corte emitirá, é importante que os Estados partes nesta Convenção possam compartilhar com a Corte Internacional de Justiça sua interpretação de algumas de suas disposições essenciais” (ALEMNHA. Ministério das Relações Exteriores. *Declaração conjunta de apoio à Ucrânia e ao processo perante a CIJ*, 13 de julho de 2022. Disponível em: <https://www.auswaertiges-amt.de/fr/newsroom/-/2542206>). Os signatários dessa declaração foram: Albânia, Andorra, Austrália, Áustria, Bélgica, Bulgária, Canadá, Croácia, Chipre, República Tcheca, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Islândia, Irlanda, Itália, Japão, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Ilhas Marshall, Moldávia, Mônaco, Montenegro, Países Baixos, Nova Zelândia, Macedônia do Norte, Noruega, Palaos, Polônia, Portugal, Romênia, San Marino, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Suécia, Reino Unido, Estados Unidos e União Europeia.
- 173 Ver, por exemplo: LITUÂNIA. *Latvia asks European Court of Human Rights to leave intervene in case Ukraine v. Russia*, 9 de agosto de 2022. Disponível em: <https://www.mfa.gov.lv/en/article/latvia-asks-european-court-human-rights-leave-intervene-case-ukraine-v-russia-x>; IRLANDA. *Statement by Minister Coveney on Ireland's third-party intervention before the European Court of Human Rights*, 8 de setembro de 2022. Disponível em: <https://www.gov.ie/en/press-release/accbc-statement-by-minister-coveney-on-irelands-third-party-intervention-before-the-european-court-of-human-rights/>; ESTÔNIA. *Tweet sobre a intervenção da Estônia no caso Ucrânia v. Rússia*, 9 de setembro de 2022. Disponível em: <https://twitter.com/MFAestonia/status/1568243589225877505>; ROMÊNIA. *Declaração sobre a intervenção da Romênia no caso Ucrânia v. Rússia*, 16 de setembro de 2022. Disponível em: <https://www.mae.ro/fr/node/59635>.
- 174 Essa escolha é ainda mais compreensível no caso da CEDH, já que os pedidos de intervenção não são tornados públicos. Ver: BATURA, J.; RISINI, I. *Of Parties, Third Parties, and Treaty Interpretation: Ukraine v. Russia (X) before the European Court of Human Rights*. EJIL: Talk!, 26 set. 2022.



a *Repressão do Crime de Genocídio (Gâmbia v. Mianmar)*<sup>175</sup>. Em 23 de janeiro de 2024, a Nicarágua submeteu um pedido de intervenção com fundamento no artigo 62 do Estatuto, enquanto a Colômbia, em 5 de abril de 2024, a Líbia, em 10 de maio de 2024, o México, em 24 de maio de 2024, e a Espanha, em 28 de junho de 2024, apresentaram declarações de intervenção com base no artigo 63 do Estatuto no caso relativo à *Aplicação da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio na Faixa de Gaza*<sup>176</sup>.

Esses diferentes pedidos marcam uma evolução significativa na prática da intervenção. De fato, enquanto esse procedimento incidental é geralmente utilizado com fundamento no artigo 62 do Estatuto para defender os interesses do interveniente<sup>177</sup>, agora ele está sendo invocado no contexto do artigo 63 para proteger um interesse coletivo<sup>178</sup>. Trata-se de uma verdadeira mudança de perspectiva, ainda mais significativa pelo fato de que os Estados desejam intervir em casos nos quais o requerente não é diretamente prejudicado, mas age para

175 Três desses Estados já haviam mencionado, em 2020, a possibilidade de apresentar uma declaração de intervenção nesse caso. Ver a declaração do Ministro das Relações Exteriores das Maldivas de 25 de fevereiro de 2020 (REPÚBLICA DAS MALDIVAS. The Republic of Maldives to file declaration of intervention in support of the Rohingya people, at the International Court of Justice, 2024. Disponível em: <https://www.foreign.gov.mv/index.php/en/mediacentre/news/5483-the-republic-of-maldives-to-file-declaration-of-intervention-in-support-of-the-rohingya-people-at-the-international-court-of-justice>). Ver a declaração conjunta de 2 de setembro de 2020 dos Ministros das Relações Exteriores do Canadá e dos Países Baixos, expressando sua intenção de apresentar um pedido de intervenção nesse caso (CANADÁ. Déclaration commune du Canada et du Royaume des Pays-Bas concernant leur intention d'intervenir dans le dossier de la Gambie contre le Myanmar devant la CIJ. Affaires mondiales Canada, 2020. Disponível em: <https://www.canada.ca/fr/affaires-mondiales/nouvelles/2020/09/declaration-commune-du-canada-et-du-royaume-des-pays-bas-concernant-leur-intention-d-intervenir-dans-le-dossier-de-la-gambie-contre-le-myanmar-devant-la-cij.html>). Ver também CANADÁ; PAÍSES BAIXOS. Joint statement of Canada and the Kingdom of the Netherlands regarding today's decision of the International Court of Justice in the Rohingya genocide case between The Gambia and Myanmar. Government of the Netherlands, 22 jul. 2022. Disponível em: <https://www.government.nl/documents/diplomatic-statements/2022/07/22/joint-statement-canada-netherlands-rohingya-genocide-case-between-gambia-and-myanmar>.

176 Em 31 de maio de 2024, enquanto esta contribuição ainda estava em fase de revisão, e de acordo com a resolução 9 (1946) do Conselho de Segurança, a Palestina depositou na secretária da CIJ uma declaração na qual aceita “com efeito imediato a jurisdição da Corte Internacional de Justiça para a resolução de todas as disputas passadas e futuras no âmbito do artigo IX da Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio (1948), à qual [ela] aderiu em 2 de abril de 2014”. A Palestina imediatamente aplicou essa decisão, apresentando à Corte um pedido de intervenção e uma declaração de intervenção no caso da *Aplicação da Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio na Faixa de Gaza*. Esse novo desdobramento judicial certamente terá um grande impacto político, jurídico e midiático. Ver: CIJ. Comunicado de Imprensa, nº 2024/51, 3 de junho de 2024; CIJ. Comunicado de Imprensa, nº 2024/52, 3 de junho de 2024.

177 Ver, por exemplo, o pedido de intervenção apresentado em 1º de dezembro de 2023 pela Guatemala no caso relativo à *Soberania sobre os Cayos de Sapodilla (Belize v. Honduras)*.

178 Ver *infra* II-B. Para mais detalhes, ver: BONAFÉ, B. La participation des tiers aux procédures devant la Cour internationale de Justice. *Annuaire Français de Droit International*, v. 69, p. 287-312, 2025.

garantir o cumprimento de obrigações *erga omnes*. As declarações de intervenção podem, assim, ser interpretadas como um apoio dos Estados a uma forma de ação pública internacional. Elas também refletem as profundas divisões políticas que separam os Estados. Por exemplo, as declarações de intervenção submetidas à Corte no caso *Ucrânia v. Rússia* provêm de Estados ocidentais, enquanto aquelas apresentadas no caso *África do Sul v. Israel* provêm, até o momento, principalmente de Estados do Sul Global<sup>179</sup>. Assim como os pedidos de indicação de medidas provisórias, os pedidos e declarações de intervenção estão se tornando verdadeiras armas políticas, que podem ser utilizadas, entre outras finalidades, como forma de sanção diplomática. Trata-se de uma nova modalidade de uso político do tribunal internacional. Essa crescente instrumentalização de certas jurisdições internacionais parece difícil de conter.

## II. A DIFICULDADE DE CONTER O USO POLÍTICO DO JUIZ INTERNACIONAL

Diante da instrumentalização política do tribunal, faltam respostas. Os réus se encontram desamparados (A), enquanto o juiz internacional se recusa a examinar os motivos que levaram à sua provocação (B).

### A. Réus relativamente desamparados diante do uso político do tribunal

De modo geral, quando se considera vítima desse fenômeno, o Estado réu não hesita em denunciar o uso político do tribunal. A Nicarágua, por exemplo, foi acusado pelos Estados Unidos de utilizar a Corte Internacional de Justiça como uma arma política<sup>180</sup>, ou pela Honduras de recorrer à CIJ — ou à ameaça de um processo perante essa Alta Jurisdição — como meio de exercer pressões políticas sobre outros Estados da América Central<sup>181</sup>. A Síria, por sua vez, criticou a iniciativa do Canadá e dos Países Baixos, alegando que ela era motivada por “considerações políticas”<sup>182</sup>, enquanto a África do Sul considerou que as

179 Vários outros Estados do Sul Global já manifestaram sua intenção de intervir nesse caso. Esse é o caso da Turquia (TURKEY SAYS TO apply to intervene in ICJ genocide case against Israel. *Reuters*, 14 maio 2024.) e do Egito (BRACHET, E. Guerre Israël-Hamas: brusque accès de tension entre l'Égypte et Israël. *Le Monde*, 14 maio 2024). Outros Estados ocidentais também podem apresentar declarações de intervenção. A Bélgica, por exemplo, já mencionou essa possibilidade: BELGIUM TO PROVIDE International Court of Justice with its interpretation of genocide. *The Brussels Times*, 11 mar. 2024.. Alguns podem até ser convidados a intervir. Ver, por exemplo, CAHIN, G. Justice internationale: ‘La France se doit d’intervenir à l’instance introduite par l’Afrique du Sud contre Israël’. *Le Monde*, 25 jan. 2024.

180 “O Departamento de Estado afirmou que a justiça estava sendo subvertida, que a Nicarágua e seus patrocinadores cubanos e soviéticos estavam usando a Corte ‘como uma arma política’” (WEINRAUB, B. US limits its role at court in Hague. *New York Times*, 8 out. 1985, p. 5.).

181 CIJ, *Ações Armadas Fronteiriças e Transfronteiriças (Nicarágua v. Honduras)*, Alegações, vol. II, Sustentação oral do agente de Honduras, M. Carias, p. 13.

182 «É importante, no interesse da justiça, que a Corte leve em conta [...] as posições hostis

petições apresentadas pela Etiópia e pela Libéria eram o ponto culminante de uma campanha de abusos e difamação, impulsionada por objetivos puramente políticos<sup>183</sup>. Em uma posição processual ligeiramente diferente, a Venezuela criticou o caráter político do processo movido contra ela no TPI desde 2018, no contexto da estratégia de “mudança de regime” promovida pelo governo dos Estados Unidos<sup>184</sup>.

Ao qualificar a petição como política, o réu busca evidenciar a má-fé do requerente e as manipulações políticas que, segundo ele, estão sendo realizadas<sup>185</sup>. Ao lançar essa acusação contra seu adversário, o réu pretende retirar qualquer legitimidade da petição inicial<sup>186</sup> e argumentar que a disputa não é passível de julgamento. Por trás de todas essas críticas, o que se denuncia, na verdade, é o abuso dos meios jurídicos disponíveis<sup>187</sup>.

No entanto, os réus certamente não ignoram que, tanto do ponto de vista da competência da jurisdição quanto da admissibilidade da petição, essa

---

[dos demandantes] em relação à Síria, das quais decorre que sua iniciativa é movida por considerações políticas, como a Síria bem compreendeu e como se deduz facilmente de suas declarações sobre o assunto, da correspondência trocada e das duas reuniões realizadas em Abu Dhabi» (CIJ. *Aplicação da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Canadá e Países Baixos v. República Árabe Síria)*, Observações da Síria sobre o pedido conjunto de indicação de medidas provisórias apresentado pelo Canadá e pelos Países Baixos, 10 de outubro de 2023, p. 11, § 49).

183 Mais especificamente, a África do Sul afirmou que se tratava do ponto culminante “de uma campanha veemente, que tem sido conduzida contra o governo sul-africano por um longo período e de forma persistente na arena política internacional, particularmente nas Nações Unidas [...] Do ponto de vista da África do Sul, vemos essa campanha como um abuso e difamação, motivada por objetivos puramente políticos por parte de seus líderes” (CIJ. *Sudoeste da África (Etiópia v. África do Sul); (Liberia v. África do Sul)*, Alegações, 30 de março de 1965, VIII, p. 273). Ver para outros exemplos: GRAY, *op. cit.*, p. 313. Essas críticas também podem ser formuladas no contexto do procedimento consultivo. Os Estados Unidos, por exemplo, insistiram na necessidade de não permitir que o significativo poder da Assembleia Geral das Nações Unidas de submeter questões à CIJ “seja desviado para fins políticos por Estados individuais” (AGNU. 88ª reunião plenária da Assembleia Geral, A/71/PV.88. 22 de junho de 2018, p. 14.). Em seu memorial no caso do *Muro*, enfatizaram que “a emissão de uma opinião consultiva sobre este assunto corre o risco de minar o processo de paz e politizar a Corte” (CIJ. *Consequências jurídicas da construção de um muro no território palestino ocupado*, Opinião Consultiva, Declaração Escrita dos Estados Unidos da América, 9 de julho de 2004, Rec. CIJ, 2004, § 1.4).

184 Ver: VENEZUELA. Venezuela desmiente ante la CPI falacias de la agresión mediática y geopolítica. 28 fev. 2023. Disponível em: <https://mppre.gob.ve/comunicado/venezuela-desmiente-cpi-falacias-agresion-mediatica-geopolitica/>.

185 Ver, por exemplo: Com. CEDH, *Chipre v. Turquia*, 10 de julho de 1978, n° 8007/77, p. 113, na qual a Turquia considerou que o pedido submetido por Chipre à Comissão Europeia dos Direitos Humanos era um “flagrante abuso de procedimento. Ao fazer acusações de natureza política, busca promover uma campanha de propaganda sob o disfarce de proteção dos direitos humanos”.

186 *Mutatis mutandis*, essa qualificação decorre do mesmo artifício retórico utilizado por um governo que acusa os opositores do regime de serem “terroristas”.

187 Douglas Guilfoyle usa a expressão “abuso político de processo” (GUILFOYLE, *op. cit.*, p. 23).

linha de defesa não tem qualquer consequência<sup>188</sup>. A CIJ, por exemplo, reiterou inúmeras vezes que o caráter eminentemente político de um litígio não lhe retira, por isso, toda a sua dimensão jurídica<sup>189</sup>. Por outro lado, dependendo das circunstâncias, esses argumentos podem ter mais ou menos impacto fora do tribunal. Assim, o réu pode tentar transmitir uma mensagem para desacreditar completamente a petição da parte adversa<sup>190</sup>.

Se considera que o requerente está instrumentalizando o tribunal para fins políticos, o réu deve adaptar sua estratégia processual em consequência. Com base na prática, ele parece se encontrar diante de uma alternativa: ou manifesta sua total desaprovação recusando-se a comparecer, ou submete-se integralmente ao jogo do processo.

O Estado que acredita ter sido levado a uma jurisdição internacional por motivos puramente políticos pode, em primeiro lugar, recusar-se a comparecer. Ao adotar essa postura, ele nega ostensivamente qualquer legitimidade ao processo judicial e à decisão de mérito que possa ser proferida<sup>191</sup>. Ele se retira

188 Da mesma forma, no âmbito consultivo, a Corte nunca rejeitou um pedido de parecer com o argumento de que este abordava questões políticas em vez de jurídicas. Ver, por exemplo: CIJ. *Pedido de revisão da Sentença n.º 158 do Tribunal Administrativo das Nações Unidas*, Opinião Consultiva, 12 de julho de 1973, Rec. CIJ, 1973, p. 172, § 14.

189 Ver, por exemplo: CIJ. *Pessoal diplomático e consular dos Estados Unidos em Teerã (Estados Unidos v. Irã)*, Decisão, 24 de maio de 1980, Rec. CIJ, 1980, pp. 19-20, §§ 35-36. Como John errills esclarece, “[p]oucos litígios entre Estados estão desprovidos de elementos políticos, pois os Estados são unidades políticas. Portanto, admitir que um caso não pode ser decidido se tiver um elemento político permitiria bloquear quase qualquer caso. Muito corretamente, essa conclusão absurda foi rejeitada” (MERRILLS, J. *The Place of International Litigation in International Law*. In: KLEIN, N. (org.). *op. cit.* p. 3-23, p. 21.). Ver também SCOTT, *ibid.*, pp. 24-41, p. 34.

190 Ver, por exemplo, a declaração da Rússia na Assembleia Geral das Nações Unidas sobre o litígio que a opôs à Geórgia perante a CIJ: “Após o fracasso de sua aventura militar, que levou a Geórgia a se desacreditar aos olhos da comunidade internacional, os dirigentes georgianos agora tentam restaurar sua imagem manchada apostando na autoridade dos órgãos judiciais internacionais. É triste constatar que, nesse caso, o requerente é a parte que considerou aceitável abrir fogo à noite contra civis inocentes de Tskhinvali e contra os soldados da paz russos, enquanto o réu é a parte que exerceu seu direito inalienável à legítima defesa, conforme o Artigo 51 da Carta das Nações Unidas, de maneira proporcional à amplitude do ataque e com o único objetivo de proteger os soldados da paz russos e os cidadãos da Ossétia do Sul contra as ações ilegais da parte georgiana e de prevenir novos ataques armados” (AGNU. 32ª reunião plenária da Assembleia Geral, A/64/PV.32, Nova Iorque: Organização das Nações Unidas, 30 de outubro de 2009, p. 6). A Rússia também denunciou que “os processos judiciais internacionais correm o risco de perder seu caráter jurídico para se tornarem objeto de manipulações políticas devido à invocação abusiva do direito internacional” (*ibid.*, p. 8).

191 Ver, em particular, DE LACHARRIÈRE, G. *Commentaires sur la position juridique de la France à l'égard de la licéité de ses expériences nucléaires. Annuaire Français de Droit International*, 1973, p. 235-251, p. 235. Sobre as vantagens que o não comparecimento pode oferecer: ALEXANDROV, S. A. *Non-Appearence before the International Court of Justice. Columbia Journal of Transnational Law*, v. 33, 1995, p. 41-72, p. 54.. Como Tullio Treves observa, “[a]pesar de isso não impedir o exercício da jurisdição pelo tribunal ou corte acionada, é um sintoma de falta de confiança e um sinal de insatisfação com o funcionamento da jurisdição compulsória” (TREVES, *op. cit.*, p. 9).

voluntariamente, considerando que o juiz, por múltiplas razões, não deve julgar o litígio que lhe foi submetido. Essa é uma postura que diferentes Estados já adotaram, especialmente perante a CIJ<sup>192</sup>, mas que não está isenta de múltiplas desvantagens. Em primeiro lugar, como a Corte já lembrou, uma parte não pode “ser autorizada a tirar proveito de sua ausência, pois isso significaria desvantagem para a parte que comparece”<sup>193</sup>. Além disso, ao não participar do processo, o réu perde a possibilidade de nomear um juiz *ad hoc*<sup>194</sup>. Embora este não seja um agente do Estado, ele pode oferecer uma nova perspectiva sobre o caso durante as deliberações<sup>195</sup>. Ademais, o juiz *ad hoc* tende geralmente a apoiar a posição do Estado que o nomeou<sup>196</sup>. O réu, assim, tem quase a certeza de contar com pelo menos um voto a seu favor, algo particularmente importante quando ele enfrenta unanimidade contra si<sup>197</sup>. Por fim, em caso de ausência, o réu não pode aproveitar a audiência para expor seu ponto de vista. Embora isso não o reduza completamente ao silêncio<sup>198</sup>, pode ser de seu interesse esclarecer publicamente sua posição dentro do Palácio da Paz, especialmente quando o processo ocorre em um contexto político altamente carregado. Em última análise, o

192 Sobre a questão, ver, em particular: LAMUS, A. S.; RAMÍREZ, W. A. Non-appearance before the International Court of Justice and the Role and Function of Judges *ad hoc*. *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, v. 16, 2017, p. 398-412.

193 CIJ. *Atividades militares e paramilitares na e contra a Nicarágua ((Nicarágua v. Estados Unidos da América))*, Julgamento, Rec. CIJ, 1986, 27 de junho de 1986, p. 26, § 31.

194 Os Estados que possuem um juiz de sua nacionalidade no tribunal têm, nesse aspecto, uma vantagem. A França, no caso dos *Ensaio Nucleares*, por exemplo, e os Estados Unidos, no caso das *Atividades Militares e Paramilitares na Nicarágua*, recusaram-se a comparecer – desde o início, no primeiro caso, e no decorrer do processo, no segundo – mas continuaram a ter um juiz de sua nacionalidade no tribunal; juiz que votou a favor do seu Estado de origem.

195 Sobre a importância do juiz *ad hoc*: THIERRY, H. Au sujet du juge *ad hoc*. In: *Liber Amicorum in Memoriam of Judge José María Ruda*. The Hague/Boston/London: Kluwer Law International, 2000. 625 p. p. 289.

196 Ver, nesse sentido: D'AMATO, A. A. Legal and Political Strategies of the South West Africa Litigation. *Law Transition Quarterly*, v. 4, 1967, p. 22.

197 Nessa hipótese, além disso, tudo indica que o juiz *ad hoc* anexará à decisão uma opinião dissidente, na qual poderá transmitir diversas mensagens. Ver, por exemplo: Opinião dissidente do Juiz *ad hoc* Krecz no caso *Legalidade do uso da força (Sérvia e Montenegro v. Bélgica)*, Decisão, 2 de junho de 1999, Rec. CIJ, 1999, p. 216 e seguintes; Opinião dissidente do Juiz *ad hoc* Al-Khasawneh no caso *Alegadas violações de certas obrigações internacionais relativas ao Território Palestino Ocupado (Nicarágua v. Alemanha)*, Decisão, 30 de abril de 2024; Opinião dissidente Juiz *ad hoc* Barak no caso *Aplicação da Convenção para a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio na Faixa de Gaza (África do Sul v. Israel)*, Decisão, 24 de maio de 2024.

198 A CIJ aceita, portanto, levar em consideração os documentos que lhe são enviados pelo Estado que não comparece. Foi o que ocorreu, em particular, no caso *Ucrânia v. Rússia*. Durante o exame do pedido de indicação de medidas provisórias, a Rússia recusou-se a comparecer, mas apresentou à Corte um documento intitulado “Documento (com anexos) da Federação Russa expondo sua posição sobre a alegada falta de competência da Corte no caso”. Ver, de forma geral sobre a questão :EICHBERGER, S. Informal Communications to the International Court of Justice in Cases of Non-appearance. *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, v. 22, 2023, p. 5-29.

não comparecimento tende a ser uma má escolha<sup>199</sup>. Ele demonstra uma falta de consideração significativa pela jurisdição, o que provavelmente não coloca os juízes na melhor disposição possível<sup>200</sup>.

Em segundo lugar, no caso de instrumentalização política do tribunal, o réu pode optar pelo caminho oposto e submeter-se plenamente ao processo. Nesse caso, tudo indica que ele começará levantando exceções preliminares e,

199 Ver, nesse sentido, BERNARDEZ, S. T. La fonction de la Cour internationale de Justice: tendances actuelles du règlement judiciaire. In: *Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1999. p. 485-524, p. 520. Ver também: PELLET; BARSAC, *op. cit.*, § 35. É interessante notar que a Venezuela, no caso da *Sentença Arbitral de 3 de outubro de 1899*, e a Rússia, no caso do *Genocídio*, voltaram atrás em sua decisão de não comparecer durante o curso do processo.

200 Na realidade, a decisão de comparecer ou não a um julgamento responde a uma multiplicidade de parâmetros, alguns dos quais são específicos ao caso em questão. Ver, por exemplo, as razões que justificaram a compareência da África do Sul no caso do *Sudoeste Africano*: “Primeiro, não comparecer à Corte provavelmente significaria uma sentença à revelia desfavorável, que seria tão juridicamente vinculativa quanto uma decisão contestada, embora houvesse maneiras, como já sugerido anteriormente, de minimizar isso politicamente. Segundo, a África do Sul foi abalada em 1960 pelo episódio de Sharpeville, por uma crise no mercado de ações e pela tentativa de assassinato do Primeiro-Ministro. Os ‘ventos de mudança’ estavam varrendo a África [...]. Assim, a perspectiva de um caso prolongado na Corte Mundial parecia ser uma boa forma de ganhar tempo. Terceiro, havia uma boa perspectiva de realmente vencer a decisão. A Corte Mundial, devido à sua decisão de 1950 sobre tutelas, deve ter parecido um oásis de racionalidade no sombrio Saara da hostilidade das Nações Unidas. Além disso, os advogados da Cidade do Cabo haviam se tornado mestres nas complexidades jurídicas da história do Mandato, pois já haviam defendido essas questões em Haia em 1950, 1955 e 1956. A sensação de vitória foi quase confirmada e, claro, prenunciada em 1962, quando a Corte esteve a um voto de arquivar o caso por falta de jurisdição. Quando foi anunciado na Assembleia da África do Sul que a Corte manteve a jurisdição por um voto de 8 a 7, houve um forte aplauso! Quarto, é preciso mencionar a maravilhosa instituição do juiz *ad hoc* no direito internacional. [...] Isso garante que o ponto de vista do Estado será defendido nas deliberações secretas da Corte. Também assegura que o voto final não será unânime e que uma dissidência forte será registrada para o Estado perdedor, o que ajuda a salvar as aparências. Esses fatores, por sua vez, ajudam a encorajar levemente um governo a se submeter a um processo. Quinto, o caso dos requerentes baseava-se na premissa de que a África do Sul era a legítima autoridade administradora do Sudoeste Africano e a Corte foi solicitada a fazer cumprir o Mandato, e não a encerrá-lo. A África do Sul pode ter decidido argumentar o caso com base em uma previsão astuta, feita em 1960, de que, em poucos anos, a opinião africana mudaria radicalmente a favor da independência do Sudoeste Africano, e que, assim, o litígio pendente impediria medidas mais radicais. Por fim, não se deve subestimar o sentimento sincero e disseminado na África do Sul de que, se o resto do mundo soubesse os fatos, certamente entenderia a necessidade do apartheid. Esse desejo de ser ouvido, compreendido e perdoado foi repetidamente frustrado nas Nações Unidas, quando delegados deixavam a sala sempre que um funcionário sul-africano tentava defender o apartheid. Mas um caso judicial seria diferente. (Na medida em que esse fator era operante, os delegados africanos na ONU acabaram adotando, inadvertidamente, uma estratégia eficaz.) No tribunal, a África do Sul poderia pintar um quadro da ‘realidade africana’ e o outro lado teria que ouvir. Aqui, os advogados sul-africanos poderiam demolir os relatórios tendenciosos dos ‘peticionários profissionais’ que haviam espalhado mentiras grosseiras sobre as condições no Sul da África. Além disso, os requerentes não poderiam fazer acusações falsas sem apresentar provas na Corte Mundial. Esse último motivo foi traduzido em uma estratégia que rendeu ganhos inacreditáveis para os sul-africanos no tribunal, mas que, no entanto, não teve impacto apreciável na opinião pública mundial.” (D’AMATO, *op. cit.*, pp. 21-22).



caso estas sejam rejeitadas, defenderá sua posição no mérito. Essa estratégia pode ser vantajosa para ele, especialmente quando seu comportamento é amplamente condenado pela comunidade internacional. Qualquer decisão judicial que lhe seja favorável<sup>201</sup> (inclusive em questões de competência ou admissibilidade) é, sem dúvida, um ganho importante<sup>202</sup>.

O réu também pode tentar, de certa forma, retomar a iniciativa ao apresentar uma reconvenção ou até mesmo ao interpor uma ação contra o requerente, invertendo as posições e transformando-se de acusado em acusador. Essa foi a estratégia adotada pelo Azerbaijão contra a Armênia. Na semana seguinte ao protocolo da petição armênia na CIJ, o Azerbaijão apresentou sua própria petição perante a mesma jurisdição, com base nos mesmos fatos e na mesma competência, mas com alegações diferentes<sup>203</sup>. Embora já tenha ocorrido no passado que um réu acionasse posteriormente a Corte contra o requerente em um caso mais ou menos conexo<sup>204</sup>, nunca antes um réu havia apresentado uma petição contra o requerente baseada nos mesmos fatos e na mesma competência<sup>205</sup>. O Azerbaijão poderia perfeitamente ter optado por outro caminho, apresentando uma reconvenção conforme o artigo 80 do Regulamento da CIJ<sup>206</sup>. No entanto, sua estratégia processual foi mais psicológica do que jurídica. Ao se colocar na posição de requerente, esse Estado buscava, sem dúvida, apresentar-se também como vítima — uma impressão que dificilmente poderia ser alcançada por meio

- 
- 201 Decisão, mas também opinião. Durante um debate na Assembleia Geral das Nações Unidas, a Rússia fez referência direta à opinião dos sete juízes que apoiaram sua posição no caso *Aplicação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Geórgia v. Rússia)*: “A Corte considerou que tinha competência *prima facie* com apenas oito votos contra sete a favor das medidas provisórias indicadas. A Corte raramente enfrentou uma divisão tão equilibrada de votos. Além disso, pela primeira vez no contexto de uma indicação de medidas provisórias, sete juízes formaram um bloco comum, emitindo uma opinião divergente dos outros oito juízes. O fato de que metade dos juízes concluiu que as medidas provisórias indicadas pela Corte, no contexto do reconhecimento de sua competência *prima facie*, se baseavam em fundamentos jurídicos contestáveis, dispensa qualquer comentário.” (AGNU. 32ª reunião plenária da Assembleia Geral, A/64/PV.32, Nova Iorque: Organização das Nações Unidas, 30 de outubro de 2009, p. 7).
- 202 Ver, nesse sentido, para a África do Sul no caso do *Sudoeste Africano*: HIGHEST, K. Litigation implications of the US withdrawal from the Nicaragua case. *American Journal of International Law*, v. 79, p. 992-1005, 1985. p. 998.
- 203 Ver os casos apresentados em 16 de setembro de 2023 e 23 de setembro de 2023 nas ações relativas à *Aplicação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Armênia v. Azerbaijão e Azerbaijão v. Armênia)*.
- 204 Ver, por exemplo, os casos da *Obrigações de Negociar um Acesso ao Oceano Pacífico (Bolívia v. Chile)* e da *Controvérsia sobre o Estatuto e Uso das Águas do Silala (Chile v. Bolívia)*, bem como os casos de *Certas Atividades Realizadas pela Nicarágua na Região Fronteiriça (Costa Rica v. Nicarágua)* e da *Construção de uma Estrada na Costa Rica ao Longo do Rio San Juan (Nicarágua v. Costa Rica)*.
- 205 Além disso, em um intervalo de tempo muito curto.
- 206 Desde que, no entanto, sejam atendidas as condições estabelecidas pelo artigo 80 do Regulamento da CIJ (demonstrar a competência da Corte e a existência de um vínculo direto de conexão com o objeto da demanda da parte adversa).

de uma reconvenção. Além disso, do ponto de vista temporal, esse procedimento incidental ocorre necessariamente com certo atraso em relação à petição principal, já que deve ser apresentado no contra memorial. Assim, o Azerbaijão adotou o princípio de que a melhor defesa é o ataque<sup>207</sup>. A mesma estratégia foi aplicada em Estrasburgo. Apenas um mês após a Armênia acionar a CEDH contra ele, o Azerbaijão ingressou com uma ação contra a Armênia<sup>208</sup>.

Fora essas poucas técnicas processuais, o réu não dispõe de muitos meios para neutralizar uma petição que considera puramente política. Isso se deve, sem dúvida, ao fato de que as jurisdições internacionais não desejam se aventurar em qualquer controle sobre os motivos que levaram o requerente a acionar o juiz.

## **B. Um juiz internacional que se recusa a controlar os motivos que levaram à sua provocação**

De maneira geral, o juiz internacional dispõe de alguns instrumentos que poderiam ser utilizados para punir, de forma prévia ou posterior, a utilização política de seu tribunal. Ele poderia, por exemplo, basear-se no abuso de processo para declarar uma instauração de procedimentos inadmissível ou condenar o requerente ao pagamento das custas após a decisão final<sup>209</sup>. Isso lhe permitiria, ao mesmo tempo, sancionar os abusos e dissuadir outros Estados de adotar comportamentos semelhantes. Na prática, porém, esses instrumentos são ineficazes, pois o juiz internacional se recusa a examinar os verdadeiros motivos que levaram o requerente a acionar seu tribunal<sup>210</sup>. A Corte Internacional de Justiça, por exemplo, reiterou diversas vezes que ela “se pronuncia em direito e não tem o dever de questionar as motivações de ordem política que podem levar um Estado, em determinado momento ou em certas circunstâncias, a optar pela solução judicial”<sup>211</sup>. Ela, portanto, não leva em conta o “caráter político da submissão do

207 Essa estratégia desde então tem sido replicada na CIJ. Ver os casos da *Embaixada do México em Quito (México v. Equador)* e do *Processo Iniciado pelo Equador contra o México em 29 de abril de 2024*.

208 Ver as ações iniciadas em 27 de setembro de 2020 no caso *Armênia v. Azerbaijão* (nº 42521/20) e em 27 de outubro de 2020 no caso *Azerbaijão v. Armênia* (nº 47319/20). Após ter sido alvo de várias ações interestatais movidas pela Ucrânia, a Rússia apresentou, em 22 de julho de 2021, uma ação contra a Ucrânia (nº 36958/21).

209 Ver, em particular, sobre a questão: LE FLOCH, *op. cit.*, pp. 286-287.

210 De qualquer forma, rejeitar uma ação com base no abuso de processo pode ser arriscado. Como observa Marie Lemey: “Uma vez que a instauração de uma ação resulta de motivos variados, seria necessário provar que os motivos ilegítimos prevaleceram sobre os demais para afirmar a existência de um abuso. No entanto, a intenção de propaganda que pode motivar o requerente muitas vezes se mistura com um desejo real de obter êxito no plano jurídico, o que torna difícil qualquer prova de abuso de processo. A existência de motivações múltiplas, portanto, impede o indeferimento da ação com base no abuso de processo.” (LEMEY, M. *L’abus de droit en droit international public*. Paris: LGDJ, 2021. 477 p. p. 242.).

211 CIJ. *Ações Armadas Fronteiriças e Transfronteiriças (Nicarágua v. Honduras)*, Julgamento,



caso nem os motivos que podem tê-la inspirado”<sup>212</sup>. Dessa forma, uma exceção preliminar fundamentada na “suposta inspiração política da ação”<sup>213</sup> não tem nenhuma chance de prosperar. Do mesmo modo, a Corte Europeia dos Direitos Humanos decidiu rapidamente que o fato de um requerente recorrer à Corte por razões de publicidade ou propaganda política não pode automaticamente ser considerado um abuso do direito de peticionamento<sup>214</sup>.

Essa posição de princípio, no entanto, não está isenta de críticas<sup>215</sup>, pois priva o juiz de meios para reagir diante da instrumentalização política de sua jurisdição<sup>216</sup>. Nada impede, em teoria, que o juiz estabeleça um controle sobre a motivação subjetiva<sup>217</sup>. Ainda assim, a prudência da CIJ e da CEDH nesse ponto é perfeitamente compreensível, pois, caso optassem pela solução oposta, cor-

---

Competência da Corte e Admissibilidade da Petição, Rec. CIJ, 1988, 20 de dezembro de 1988, p. 91, § 52. Essa posição de princípio foi reiterada em diversas ocasiões. Ver, em particular: CIJ, *Violações Alegadas do Tratado de Amizade, Comércio e Direitos Consulares de 1955 (Irã v. Estados Unidos)*, Julgamento, Exceções preliminares, 3 de fevereiro de 2021, p. 37, § 95; CIJ, *Aplicação da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (Gâmbia v. Mianmar)*, Julgamento, Exceções Preliminares, 22 de julho de 2022, Rec. CIJ, 2022, p. 495, § 44; CIJ, *Alegações de Genocídio nos Termos da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (Ucrânia v. Rússia)*, Julgamento, Exceções Preliminares, 2 de fevereiro de 2024, § 115. No caso *Gâmbia v. Mianmar*, a Corte lembrou com clareza que: “A questão de saber o que pode ter motivado um Estado como a Gâmbia a iniciar um processo é irrelevante para fins de estabelecer a competência da Corte.” (CIJ, *Aplicação da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (Gâmbia v. Mianmar)*, Rec. CIJ, 2022, p. 495, § 44). Da mesma forma, no contexto da função consultiva, a Corte já afirmou que: «Não cabe a ela considerar os motivos que podem ter inspirado tal pedido.» (CIJ, *Condições para a Admissão de um Estado como Membro das Nações Unidas (artigo 4 da Carta)*, Opinião Consultiva, 28 de maio de 1948, Rec. CIJ, 1948, p. 61). Ver também: CIJ, *Legalidade da ameaça ou uso de armas nucleares*, Opinião Consultiva, Rec. CIJ, 1996, 8 de julho de 1996, p. 34, § 13.

212 LEMEY, *op. cit.*, p. 242.

213 CIJ, *Ações Armadas Fronteiriças e Transfronteiriças (Nicarágua v. Honduras)*, Julgamento, Competência da Corte e Admissibilidade da Petição, Rec. CIJ, 1988, 20 de dezembro de 1988, p. 91, § 52.

214 CEDH, *Lawless v. Irlanda*, nº 332/57, Anuário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, vol. 2, 30 de agosto de 1958, p. 234.

215 “Ao se satisfazer com uma fundamentação de caráter formalista e ao se recusar a enfrentar diretamente os motivos subjacentes à sua competência, a Corte se expõe mais facilmente à crítica de estar incentivando disputas contenciosas frívolas.” (FORTEAU, M. La saisine des juridictions internationales à vocation universelle (CIJ et TIDM). In: RUIZ FABRI, H.; SOREL, J. M. (org.). *op. cit.* p. 9-87, p. 35.).

216 Embora não possa impedir a análise de um pedido de opinião consultiva, o juiz tem a possibilidade de se recusar a responder à questão apresentada. Para isso, dispõe de um poder discricionário. A Corte Internacional de Justiça, no entanto, já afirmou que apenas “razões decisivas” poderiam impedi-la de se pronunciar (CIJ, *Legalidade da ameaça ou uso de armas nucleares*, Opinião Consultiva, Rec. CIJ, 1996, 8 de julho de 1996, p. 235, § 14). Ver também: TIDM, *Pedido de Opinião Consultiva submetido pela Comissão Sub-Regional das Pescas (CSR)*, Opinião Consultiva, 2 de abril de 2015, § 71. Portanto, há poucas chances de que a CIJ ou outra jurisdição internacional rejeite um pedido de parecer por considerá-lo excessivamente político.

217 Ver: GOUNELLE, M. *La motivation des actes juridiques en droit international public*. Paris: Pedone, 1979. 292 p. 190.

reriam o risco de abrir a “caixa de Pandora”<sup>218</sup>. Os réus poderiam, de fato, ser tentados a invocar essa exceção de forma excessiva e abusiva. Em outras palavras, o remédio poderia se revelar pior do que o problema. Como consequência, o juiz internacional não dispõe de meios eficazes para dissuadir os Estados de utilizar seu tribunal para fins políticos<sup>219</sup>. No entanto, ele pode tentar persuadi-los. A CEDH, por exemplo, aproveitou um comunicado de imprensa publicado após um pedido de medidas provisórias em um caso interestatal para convidar as partes a recorrerem aos “mecanismos internacionais” pertinentes no que diz respeito às violações alegadas do direito internacional humanitário<sup>220</sup>. A situação, porém, é ligeiramente diferente quando se trata de procedimentos incidentais.

Para evitar que o tribunal se transforme em uma tribuna política durante a fase oral da análise dos pedidos de indicação de medidas provisórias, a CIJ adotou, em 2004, a Instrução de Procedimento XI, que lembra às partes que elas não devem abordar o mérito nessa etapa do processo. Elas devem, portanto, limitar-se à análise das condições necessárias para a concessão das medidas provisórias. Essa instrução processual é bem-vinda, pois busca responder a uma das causas da instrumentalização do tribunal. No entanto, como não tem caráter vinculante, a Corte não dispõe, na prática, de meios reais para garantir sua efetividade.

Além disso, o procedimento de indicação de medidas provisórias confere ao juiz uma ampla liberdade, tanto na avaliação dos critérios que condicionam a concessão dessas medidas quanto na determinação das providências a serem adotadas<sup>221</sup>. Em outras palavras, se o juiz quiser rejeitar um pedido de indicação de medidas provisórias, ele tem meios para fazê-lo. Ainda assim, a CIJ raramente aproveita essa oportunidade. Considerando a prática dos últimos anos, é evidente que a Corte recebe os pedidos de indicação de medidas provisórias com

---

218 Ver, nesse sentido: CIJ. *Alegações de genocídio nos termos da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (Ucrânia v. Rússia)*, Decisão, Declaração do Vice-Presidente Juiz Gevorgian, 5 de junho de 2023, § 7.

219 O juiz pode, no entanto, adotar algumas medidas pontuais. Assim, a adoção do artigo 38, parágrafo 5 do Regulamento da CIJ tem como objetivo precisamente reagir contra a instrumentalização política.

220 CEDH. *Comunicado de imprensa da Secretaria da Corte*, CEDH 314 (2020), 5 de novembro de 2020. Aqui, a Corte provavelmente buscou evitar um congestionamento contencioso e lembrar que não é a jurisdição apropriada para lidar com disputas relativas a conflitos armados internacionais. Isso é confirmado por Frédéric Sudre: “Isso não faz parte da vocação natural de um órgão de proteção dos direitos humanos. Além disso, a Corte não está equipada para lidar com essas petições, que se enquadram no âmbito do direito internacional dos conflitos armados.” (SUDRE, *op. cit.*, p. 242). É provavelmente por essa razão que a Corte EDH tende a “desencorajar os Estados-membros de invocar o artigo 33” da convenção (CEDH, *Irlanda v. Reino Unido*, nº 5310/71, Revisão, Opinião Dissidente da Juíza O’Leary, 20 de março de 2018, § 77).

221 Ver, em particular: LE FLOCH, *op. cit.*, pp. 89-117.

relativa benevolência. Essa política judicial pode ser explicada, ao menos, por dois fatores. A primeira explicação reside no contexto em que o juiz é acionado e na natureza dos litígios que lhe são submetidos. Nos últimos dez anos, a CIJ tem sido instada a tratar de questões extremamente sensíveis do ponto de vista político, como a situação na Palestina, na Ucrânia, na Síria e em Mianmar. Os pedidos de indicação de medidas provisórias foram apresentados em períodos de intensas tensões no terreno. Basta pensar, por exemplo, no início da operação militar especial russa na Ucrânia ou na intervenção armada israelense na Faixa de Gaza. Consequentemente, no momento em que decide, o juiz está sujeito a uma forte pressão política e midiática. Assim, era praticamente impensável que a Corte Internacional de Justiça rejeitasse os primeiros pedidos de indicação de medidas provisórias apresentados pela Ucrânia e pela África do Sul por meras razões técnicas, enquanto um verdadeiro drama humanitário se desenrolava diante dos olhos da comunidade internacional<sup>222</sup>. Evidentemente, isso não significa questionar a imparcialidade e a integridade dos membros da Corte, nem afirmar que a CIJ decidiu com base em considerações políticas e não jurídicas. O procedimento de indicação de medidas provisórias oferece à Corte flexibilidade suficiente para agir da forma como o fez nesses diferentes casos. A segunda explicação está provavelmente na vontade da Corte de, conforme expressamente recordou, cumprir as responsabilidades que a Carta das Nações Unidas e seu Estatuto lhe conferem “no que diz respeito à manutenção da paz e da segurança internacionais, bem como à solução pacífica de litígios”<sup>223</sup>. Entretanto, a CIJ não acolhe automaticamente todos os pedidos de indicação de medidas provisórias apenas porque há, em segundo plano, uma situação humanitária dramática. Assim, em sua decisão no caso das *Alegadas violações de certas obrigações internacionais relativas ao Território Palestino Ocupado*, a Corte rejeitou de forma categórica o pedido nicaraguense. Ela sequer se deu ao trabalho de examinar as diferentes condições que deveriam ser atendidas para a concessão das medidas provisórias. Limitou-se a observar, ao término de uma análise bastante breve e inédita, que as circunstâncias invocadas pela Nicarágua “não eram tais que exigissem o exercício do seu poder de indicar medidas provisórias”<sup>224</sup>.

Por fim, ao indicar medidas provisórias, a CIJ busca, na maioria das vezes, introduzir nuances em seu conteúdo. Isso explica, em parte, sua tendência a bilateralizar pelo menos uma das medidas indicadas<sup>225</sup> e a não se limitar estriti-

222 Especialmente porque a Corte provavelmente ainda sofre do impacto de sua desastrosa decisão no caso do *Sudoeste Africano*.

223 CIJ, *Alegações de Genocídio nos Termos da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (Ucrânia v. Rússia)*, Decisão, Rec. CIJ, 2022, p. 216, § 18.

224 CIJ, *Alegadas violações de certas obrigações internacionais relativas ao Território Palestino Ocupado (Nicarágua v. Alemanha)*, Decisão, 30 de abril de 2024, § 20.

225 Ver, por exemplo, a decisão no caso *Ucrânia v. Rússia*, no qual a Corte, após prescrever medidas provisórias apenas contra a Rússia, ordena que ambas as partes “se abstenham de qual-

tamente aos pedidos das partes<sup>226</sup>. Além disso, como lembra sistematicamente, as decisões de indicação de medidas provisórias são apenas provisórias e não antecipam o julgamento do mérito do litígio<sup>227</sup>. Ainda assim, mesmo que a Corte, ao analisar o mérito, conclua pelo indeferimento do pedido e revogue as medidas provisórias, o dano já terá sido causado<sup>228</sup>. A reputação internacional do Estado terá sido manchada em um momento crítico<sup>229</sup>. A Corte, no entanto, não tem meios de agir de outra forma<sup>230</sup>. Esse é um risco inerente ao próprio procedimento de indicação de medidas provisórias<sup>231</sup>.

No que diz respeito à intervenção de terceiros, os poderes do juiz variam conforme o procedimento invocado. O Estatuto da CIJ prevê essencialmente duas formas de intervenção para um terceiro interessado no processo em curso. Quando este considera que está em jogo um interesse de ordem jurídica, ele pode, por meio de uma petição fundamentada no artigo 62, apresentar um pedido de intervenção. Já quando a questão envolve a interpretação de uma convenção da qual ele é parte, pode, nos termos do artigo 63, apresentar uma declaração de intervenção para expor suas observações sobre a interpretação dessa convenção. A intervenção no artigo 62 é solicitada, enquanto no artigo 63 é um direito<sup>232</sup>.

---

quer ato que possa agravar ou ampliar o litígio submetido à Corte ou tornar sua resolução mais difícil” (CIJ. *Alegações de Genocídio nos Termos da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (Ucrânia v. Rússia)*, Decisão, Rec. CIJ, 2022, p. 231).

226 O artigo 75, parágrafo 2 do seu Regulamento especifica que a Corte “pode indicar medidas totalmente ou parcialmente diferentes”. Em sua decisão de 26 de janeiro de 2024, por exemplo, a Corte não atendeu ao pedido da África do Sul para que ordenasse a Israel “suspender imediatamente suas operações militares em e contra Gaza”. Ver: CIJ. *Aplicação da Convenção para a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio na Faixa de Gaza (África do Sul v. Israel)*, Decisão, 26 de janeiro de 2024, § 5, 1 e § 86.

227 Ver, por exemplo, *ibid.*, § 84.

228 Foi o que ocorreu, em particular, nos casos da *Aplicação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Geórgia v. Rússia)* e da *Aplicação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Catar v. Emirados Árabes Unidos)*. A Corte inicialmente indicou medidas provisórias, mas posteriormente aceitou as exceções preliminares levantadas pelo réu. Como resultado, não pôde se pronunciar sobre o mérito de nenhum dos dois casos.

229 Como já foi observado, as medidas provisórias estão diretamente ligadas à atualidade e ao tempo midiático, enquanto a decisão final tem uma temporalidade distinta. Ver *supra* I-B-1.

230 Ver, em particular: LE FLOCH, G. Requirements for the issuance of provisional measures. In: PALOMBINO, F. M.; VIRZO, R.; ZARRA, G. (org.). *Provisional measures issued by international courts and tribunals*. Haia: T. M. C. Asser Press, 2021. p. 22-23.

231 Vale ressaltar que as medidas provisórias indicadas pela Corte Europeia dos Direitos Humanos em um litígio interestatal têm um impacto significativamente menor. Isso se deve, em grande parte, ao caráter extremamente rudimentar do procedimento (ausência de contraditório, decisão não publicada e não fundamentada). Uma reforma nesse sentido seria desejável. Ver sobre o tema: LARROUTOUROU, Th. Plaidoyer pour la motivation des mesures provisoires adoptées par la Cour européenne des droits de l’homme. *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2023, p. 343-364.

232 CIJ. *Caça à Baleia na Antártica (Austrália v. Japão)*, declaração de intervenção da Nova

O nível de controle exercido pelo juiz varia consideravelmente. Os pedidos de intervenção fundamentados no artigo 62 passam por um rigoroso controle jurisdicional. A Corte verifica se o Estado terceiro demonstrou a existência de um interesse jurídico e, caso deseje intervir como parte, se há um vínculo jurisdicional<sup>233</sup>. Já as declarações de intervenção são submetidas a um controle jurisdicional muito mais limitado. A Corte apenas verifica se elas se encaixam nos critérios do artigo 63 do Estatuto e se cumprem os requisitos formais do artigo 82, parágrafo 2, do Regulamento. No caso do *Genocídio (Ucrânia v. Rússia)*, a Rússia questionou a sinceridade das diversas declarações de intervenção apresentadas, alegando que elas não tinham outro objetivo senão apoiar a causa da Ucrânia e que, na prática, transformavam os Estados intervenientes em “coautores *de facto*”<sup>234</sup>. Por sua vez, o vice-presidente Gevorgian e a juíza Xue enfatizaram que todos esses Estados haviam agido “em coordenação” para perseguir interesses políticos comuns<sup>235</sup>. Como de costume, a Corte rejeitou essas críticas, esclarecendo que “as motivações de um Estado ao apresentar uma declaração de intervenção”<sup>236</sup> não são levadas em conta na análise de sua admissibilidade. Desde que os requisitos formais sejam cumpridos, a CIJ não tem qualquer poder discricionário para rejeitar as declarações de intervenção<sup>237</sup>. Isso explica por que praticamente todos os Estados optaram por intervir com base no artigo 63 do Estatuto<sup>238</sup>. O único Estado a adotar uma estratégia diferente foi a Nicará-

---

Zelândia (interveniente), Decisão, Rec. CIJ, 2013, 6 de fevereiro de 2013, p. 5, § 7.

- 233 O Estado terceiro que solicita intervir como parte deve demonstrar a existência de uma base de competência com as partes no litígio em relação aos direitos que pretende fazer valer contra elas, “cuja validade é estabelecida pela Corte no momento em que autoriza a intervenção” (CIJ. *Disputa territorial e marítima (Nicarágua v. Colômbia)*, Julgamento, pedido de intervenção de Honduras, Rec. CIJ, 2011, 4 de maio de 2011, p. 432, § 28). Essa exigência é lógica, considerando os direitos e obrigações que acompanham a qualidade de interveniente como parte.
- 234 CIJ. *Alegações de Genocídio nos Termos da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (Ucrânia v. Rússia)*, Decisão, 5 de junho de 2023, § 42.
- 235 *Ibid.*, Declaração do Vice-Presidente Juiz Gevorgian, § 2 e Opinião dissidente da Juíza Xue, § 28, retomando as palavras do presidente Owada no caso da *Caça à Baleia* (CIJ. *Caça à Baleia na Antártica (Austrália v. Japão)*, Decisão, Declaração de intervenção da Nova Zelândia, Declaração do Juiz Owada, Rec. CIJ, 2013, 6 fev. 2013, p. 12, § 5).
- 236 CIJ. *Alegações de Genocídio nos Termos da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (Ucrânia v. Rússia)*, Decisão, 5 de junho de 2023, § 44.
- 237 Ver nesse sentido *ibid.*, Declaração do Vice-Presidente Juiz Gevorgian, § 1.
- 238 Essas numerosas declarações de intervenção levantam uma série de questões processuais às quais a CIJ terá de responder com o objetivo de ser, como de costume, extremamente respeitosa dos grandes princípios processuais. O procedimento oral, em particular, para retomar as palavras da ex-presidente Donoghue, “terá de ser gerido com cuidado” (DONOGHUE, Joan E. Discurso de S. Exc.” a juíza Joan E. Donoghue, presidente da Corte Internacional de Justiça, por ocasião da septuagésima quarta sessão da Comissão de Direito Internacional, 18 jul. 2023, p. 5.). Nesse sentido, a Corte Europeia de Direitos Humanos solicitou, por exemplo, que os 26 Estados que desejavam intervir no litígio *Países Baixos e Ucrânia v. Rússia* “coordenassem seus trabalhos e apresentassem, tanto quanto possível, observações escritas conjuntas à Corte” (CEDH. Comunicado de imprensa da Secretária da Corte, CEDH 082 (2023), 17 de

gua<sup>239</sup>. De fato, apresentou um pedido de intervenção fundamentado no artigo 62 do Estatuto. À primeira vista, essa escolha pode parecer surpreendente, especialmente porque a Corte Internacional de Justiça raramente admitiu pedidos de intervenção com base nesse fundamento<sup>240</sup>. No entanto, a Nicarágua provavelmente fez outro cálculo estratégico. As declarações de intervenção foram declaradas admissíveis pela Corte por meio de uma decisão sumária, sem que nenhuma audiência oral fosse realizada. No contexto do artigo 62, no entanto, uma audiência é organizada sempre que uma das partes do processo se opõe ao pedido de intervenção<sup>241</sup> – o que provavelmente será a posição de Israel. Além disso, o escopo da intervenção é mais amplo.

A CEDH, que enfrenta o mesmo fenômeno, embora em menor escala, estabeleceu novas instruções processuais sobre a intervenção de terceiros. Nelas, lembra que esse procedimento tem “como função apresentar à Corte, da maneira mais imparcial e objetiva possível, elementos de direito ou de fato que possam ajudá-la a resolver de forma mais esclarecida o litígio que lhe foi submetido”<sup>242</sup>. Com base nisso, conclui que “as partes terceiras não podem expressar apoio direto a uma ou outra parte”<sup>243</sup>. Talvez a Corte esteja tentando, com isso, aliviar a pressão política sobre si.

No que diz respeito ao Tribunal Penal Internacional, uma vez que foi seu próprio Procurador quem iniciou a controversa prática do auto-encaminhamento e que essa prática lhe permitiu julgar seus primeiros casos, seria surpreendente que o TPI tentasse combatê-la. No entanto, seria desejável que essa prática fosse abandonada em favor de outros mecanismos de acesso previstos pelo Estatuto de Roma<sup>244</sup>.

\*

---

março de 2023).

239 Conforme já mencionado anteriormente (*nota de rodapé* 176), enquanto esta contribuição ainda estava em fase de revisão, o Estado da Palestina apresentou um pedido de intervenção e uma declaração de intervenção.

240 Deve-se ainda destacar que o Estado pretende intervir como parte, algo que até agora nunca foi aceito. Ver, em particular, sobre o tema: LE FLOCH, G. La multilatéralisation du procès international: le point de vue publiciste. In: RUNAVOT, M.-C.; RIOS RODRIGUEZ, J. (org.). *Le droit international multilatéral: colloque SFDI*. Paris: Pedone, 2023. p. 187-215, p. 193-196. Dado o caráter *erga omnes* dos direitos em questão, a Nicarágua considera que “o comportamento de Israel, que resulta em violação da Convenção sobre o Genocídio, afeta os interesses jurídicos da Nicarágua tanto quanto os da África do Sul ou de qualquer outro Estado parte da Convenção” (CIJ. *Aplicação da Convenção para a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio na Faixa de Gaza (África do Sul v. Israel)*, Pedido de intervenção apresentado pela Nicarágua, 23 de janeiro de 2024, § 16).

241 Ver artigo 84, parágrafo 2 do Regulamento.

242 CEDH. *Instrução prática: Intervenção de terceiros realizada nos termos do artigo 36, parágrafo 2 da Convenção ou da segunda frase do artigo 3 do Protocolo nº 16*, 13 de março de 2023, § 2.

243 *Ibid.*

244 A prática do auto-encaminhamento está, no entanto, em grande parte em declínio no TPI.

O uso político do tribunal está longe de ser uma ilusão em certas jurisdições internacionais. Os acontecimentos mais recentes oferecem uma ilustração clara disso. A Corte Europeia dos Direitos Humanos nunca foi tão acionada em processos interestatais, nem a Corte Internacional de Justiça teve tantos casos envolvendo os “interesses vitais dos Estados”<sup>245</sup>. O tempo em que a CIJ lidava apenas com “questões jurisdicionais de importância moderada”<sup>246</sup> parece, portanto, bem distante.

Essa evolução, no entanto, gera avaliações divergentes. Alguns comemoraram essa tendência<sup>247</sup>, enquanto outros a veem com preocupação<sup>248</sup>. Se é verdade que é melhor que os Estados se enfrentem na arena jurisdicional em vez de recorrerem às armas no campo de batalha, é ainda mais importante analisar as circunstâncias em que as jurisdições internacionais são acionadas. E, de fato, observa-se que, em muitos dos casos que chegam à CIJ, essas circunstâncias são de tensões armadas extremamente elevadas. Foi o que aconteceu com a Ucrânia, que acionou a CIJ e a CEDH logo após ser atacada pela Rússia. O recurso ao

245 KOLB, R. La politique juridique des États face à la Cour internationale de Justice. Quelques réflexions générales. In: MATSUMOTO, F. C.; NOLLEZ-GOLDBACH, R. (org.). *Les États face aux juridictions internationales*. Paris: Pedone, 2019. p. 73-84, p. 78. Nunca antes a CIJ havia recebido tanta atenção por parte da mídia. Ver, por exemplo: MAUPAS, S. Dans les coulisses de la Cour internationale de justice, au chevet d'un monde en conflit. *Le Monde*, 3 mar. 2024.

246 VIRALLY, M. Le champ opératoire du règlement judiciaire international. *Revue générale de droit international public*, 1983, p. 281-314, p. 309. Após sua análise sobre o escopo de atuação da CIJ, o autor concluiu que “as questões de jurisdição de importância média constituem o campo ‘natural’ da jurisdição internacional, pois as pequenas questões são normalmente resolvidas por acordo e não justificam o tempo, os esforços e os custos de um processo internacional, enquanto os Estados não se resignam a perder o controle do processo de resolução até o final nos litígios politicamente mais graves” (*ibid.*).

247 Ver, por exemplo, nesse sentido Alain Pellet: “Por um lado, é evidente que o recurso à Corte Mundial faz parte da ‘política jurídica externa’ dos Estados e, por outro lado, parece-me que é melhor recorrer à Corte para responder a uma necessidade política do que a outros meios. Talvez seja uma homenagem do vício, mas é prestada à virtude: a Corte é acionada para evitar o recurso a outros meios muito menos louváveis; e isso também demonstra a influência que os Estados reconhecem que a Corte tem sobre o curso das relações internacionais – uma influência que não deve, evidentemente, ser exagerada, mas que, mesmo que seja difícil de avaliar e marginal, eu acredito que seja real” (PELLET, A. Conclusion. In: THOUVENIN, J. M.; HEBERT, J. J. (org.). *La Cour internationale de Justice à 75 ans*. Paris: Pedone, 2023. p. 311-316, p. 312. Ver também PELLET, A. Introduction from the podium. In: SOBENES OBREGON, E.; SAMSON, B. (org.). *Nicaragua before the International Court of Justice*. Cham: Springer, 2018. p. 16-39, p. 31.

248 “Para alguns, trata-se de um desvio lamentável: certos Estados tentam mobilizar a [CIJ] como uma plataforma de propaganda política com o objetivo de colocar seus adversários em dificuldade, levando-os perante um tribunal internacional suscetível de desempenhar o papel de um fórum de acusação e opinião; essa promoção de interesses e queixas políticas sem uma verdadeira vontade de resolver o litígio implica que nenhuma solução real será dada à questão de fundo; o litígio não será resolvido; a decisão pode eventualmente não ser executada, minando assim a credibilidade da Alta Jurisdição. Além disso, essa tendência seria perigosa porque corre o risco de fazer com que a Corte perca sua clientela séria, aquela que realmente tem litígios a resolver” (KOLB, *op. cit.*, p. 78).



juiz, portanto, não tem como principal objetivo alcançar uma solução judicial para os litígios, mas sim fortalecer a legitimidade do requerente. Esse é um dos instrumentos<sup>249</sup> utilizados na guerra diplomática travada entre as partes em paralelo às suas ações no campo de batalha<sup>250</sup>. Tudo isso não é necessariamente um bom presságio para a futura execução das decisões judiciais. Além disso, o fato de que alguns Estados se utilizam de cláusulas compromissórias de convenções sobre direitos humanos — às vezes com uma relação bastante distante com o litígio que os opõe ao réu<sup>251</sup> — e de que outros, sem serem diretamente lesados, baseiam-se no caráter *erga omnes partes* de certas obrigações para acionar o juiz, sugere a possibilidade de novos processos<sup>252</sup>. Diante desse risco, vários Estados poderiam ser tentados a denunciar esses tratados<sup>253</sup>, a fim de se proteger contra petições intempestivas e conter essa escalada contenciosa. O receio da

249 Ver nesse sentido MONDRÉ, *op. cit.*, p. 48, para quem “[u]ma ação interestatal pode ser vista como mais uma peça na caixa de ferramentas diplomáticas”.

250 O anúncio do depósito de um pedido de intervenção na CEDH ilustra perfeitamente esse ponto: «Desde 24 de fevereiro de 2022, a Irlanda tem estado na vanguarda dos esforços internacionais para apoiar a Ucrânia e garantir que a Rússia seja responsabilizada por suas ações. Em Nova York, como membro eleito do Conselho de Segurança da ONU, condenamos consistentemente a invasão como ilegal, injustificada e não provocada. Em Genebra, pressionamos o Conselho de Direitos Humanos a nomear uma comissão internacional independente de inquérito sobre violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário. Em 2 de março de 2022, juntamo-nos a outros 38 Estados para encaminhar a situação na Ucrânia ao Tribunal Penal Internacional (TPI) em Haia, permitindo que o Promotor Khan avançasse em suas investigações críticas. Como Presidência do Comitê de Ministros em Estrasburgo, tenho me empenhado em reforçar nossa solidariedade com a Ucrânia no Conselho da Europa. A decisão do governo de solicitar autorização à Corte Europeia dos Direitos Humanos para intervir como terceira parte neste importante caso é uma demonstração tangível desse compromisso» (IRLANDA. Departamento de Assuntos Exteriores. *Declaração do Ministro Coveney sobre a intervenção de terceiros da Irlanda perante o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*. 8 set. 2022. Disponível em: <https://www.gov.ie/en/press-release/acbc-statement-by-minister-coveney-on-irelands-third-party-intervention-before-the-european-court-of-human-rights/>).

251 Como destaca Romain Le Bœuf, “[a] transposição sistemática de litígios relativos a fatos de guerra para o escopo de outros instrumentos dará [...] às ações um caráter alternativamente artificial ou instrumental” (LE BŒUF, R. La saisine de la Cour internationale de Justice pour faits de guerre. *Revue belge de droit international*, 2009, p. 52-77, p. 55.).

252 Alguns, no entanto, acreditam que o custo financeiro e político da introdução de uma ação perante a CIJ não deveria levar os Estados a abusar dessa possibilidade. Ver, notadamente: LONGOBARDO, M. The standing of indirectly injured states in the litigation of community interests before the ICJ: lessons learned and future implications in light of *The Gambia v. Myanmar* and beyond. *International Community Law Review*, v. 24, 2021, p. 476-505.

253 Ameaça velada da Rússia: “Nos últimos anos, um número crescente de Estados reconheceu a jurisdição da Corte e uma variedade cada vez maior de casos foi submetida à Corte. Em 2007, a Federação Russa retirou suas reservas quanto à jurisdição da Corte em relação a seis convenções ligadas à luta contra o terrorismo. No entanto, essa evolução positiva só pode continuar se for baseada em uma delimitação clara das competências da Corte e da natureza dos casos que lhe são submetidos” (AGNU. 32ª reunião plenária da Assembleia Geral, A/64/PV.32, Nova Iorque: Organização das Nações Unidas, 30 de outubro de 2009, p. 7). Nada impede que um Estado denuncie a convenção em questão e depois adira a ela novamente, emitindo uma reserva à cláusula compromisso.



instrumentalização política do tribunal poderia, sem dúvida, ser o argumento avançado para justificar essa escolha<sup>254</sup>.

O juiz internacional enfrenta hoje múltiplos desafios. Isso é particularmente verdadeiro para a Corte Internacional de Justiça, que se encontra em uma posição extremamente delicada e cuja credibilidade está em jogo. Por um lado, a CIJ deve desempenhar sua função com a máxima habilidade, dada a alta carga política e a extrema sensibilidade dos casos que atualmente lhe são submetidos. Ela precisa necessariamente de tempo para obter o distanciamento necessário e decidir essas questões com base no direito. Por outro lado, o restante de seu papel não pode ser prejudicado. A Corte deve continuar a examinar os casos que podem ser considerados mais ordinários, para que as expectativas dos requerentes não sejam frustradas. No entanto, não é apenas o tempo que falta à Corte Internacional de Justiça. Ela também carece de recursos<sup>255</sup>. Se os Estados demonstram confiança na CIJ ao submeter seus litígios a ela, devem igualmente garantir-lhe os meios financeiros e humanos necessários para que possa cumprir sua missão em condições adequadas.

---

254 Foi precisamente por considerarem a petição da Nicarágua um flagrante desvio da CIJ para fins políticos e de propaganda que os Estados Unidos decidiram retirar sua declaração de aceitação da jurisdição obrigatória da Corte. “A ação da Nicarágua contra os Estados Unidos [...] é um uso flagrante e indevido da Corte para fins políticos e propagandísticos” (UNITED STATES. Department of State. Statement concerning US withdrawal from the proceeding initiated by Nicaragua in the International Court of Justice. 18 jan. 1985. *Department of State Bulletin*, n. 2090, p. 64.). Esse mesmo motivo, segundo o então Conselheiro de Segurança Nacional John Bolton, justificou a decisão dos Estados Unidos, em 2018, de denunciar o protocolo de assinatura facultativa à Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, relativo à solução obrigatória de controvérsias de 1961, bem como o Tratado de Amizade, Relações Econômicas e Direitos Consulares de 1955. Segundo ele: “Os Estados Unidos não ficarão de braços cruzados enquanto alegações infundadas e politizadas são apresentadas contra nós” (SHESGREEN, S. Bolton says U.S. will block legal challenge from ‘so-called state of Palestine’ over embassy move. *USA Today*, 3 out. 2018). Essa decisão veio na esteira das ações movidas pela Palestina, no caso da *Transferência da Embaixada dos Estados Unidos para Jerusalém*, e pelo Irã, no caso das *Violações alegadas do Tratado de Amizade, Relações Econômicas e Direitos Consulares de 1955*. Além disso, é interessante notar que os Estados Unidos só ratificaram a Convenção contra o Genocídio em 15 de novembro de 1988, acompanhando sua adesão com uma reserva à cláusula compromisso. Essa reserva foi proposta pelo Senado americano, que temia que essa disposição fosse usada de maneira abusiva por Estados mal-intencionados que desejassem apenas constranger ou assediar os Estados Unidos. Ver BILDER, *op. cit.*, p. 160; SMITH, K. E. Acculturation and the acceptance of the Genocide Convention. *Cooperation and Conflict*, v. 48, 2013, p. 358-377, p. 369-370.. Ver também, de maneira geral: MURPHY, S. The United States and the International Court of Justice: coping with antinomies. In: ROMANO, C. (org.). *The Sword and the Scales: The United States and International Courts and Tribunals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 46-111.

255 Ver DONOGHUE, Joan E. Discurso de S. Exc.<sup>a</sup> a juíza Joan E. Donoghue, perante a Sexta Comissão da Assembleia Geral das Nações Unidas. 25 out. 2023. p. 3, no qual a presidente em exercício da CIJ alerta sobre a estagnação dos meios financeiros e humanos de que dispõe a Corte. Ela observa que, ao longo dos seus treze anos na CIJ, o orçamento da instituição praticamente não aumentou – apesar da inflação – e que o número de cargos permanentes na Secretaria passou de 114 para 117.



# A COMPLEMENTARIDADE PROCESSUAL DA GARANTIA CONVENCIONAL EUROPEIA\*

## LA COMPLÉMENTARITÉ PROCÉDURALE DE LA GARANTIE CONVENTIONNELLE

SÉBASTIEN TOUZÉ \*\*

O princípio da subsidiariedade pode ser considerado como complementar à garantia dos direitos reconhecidos a todo indivíduo que esteja sob a jurisdição de um Estado parte da Convenção?

Esse questionamento, que decorre de uma interpretação literal da temática que me cabe tratar, gerou imediatamente em mim um mal-estar quanto à própria compreensão da noção de subsidiariedade.

Esse mal-estar não resulta do método que os organizadores deste colóquio adotaram para o abordar, mas sobretudo do nível de apreciação dessa noção, que pode conduzir a uma definição mais ou menos precisa, cujo escopo material pode variar.

Com efeito, tendo em vista os diferentes escritos sobre o tema, o princípio da subsidiariedade pode ser compreendido, primeiramente, no contexto de uma abordagem ascendente que tem como ponto de partida a análise da ordem jurídica interna do Estado parte. Assim, seguindo tal abordagem, o princípio da subsidiariedade pode retomar uma formulação utilizada por Jean-Marc Sauvé:

a expressão de uma necessidade funcional: os Estados, primeiros responsáveis pela proteção dos direitos fundamentais, são também, em muitos aspectos, os melhores para garantir uma proteção completa e eficaz a esses direitos. É essa necessidade funcional que exprime, desde 1976, a Corte europeia de direitos humanos, ao considerar que, em certas circunstâncias, graças ao seu contato direto e constante com as forças vivas de seu país, “as autoridades do Estado se encontram, em princípio, mais bem colocadas do que o juiz internacional para se pronunciar” acerca do conteúdo das exigências da ordem pública e da necessidade de uma restrição a uma liberdade.<sup>1</sup>

---

\* O texto foi originalmente publicado em F. Sudre(Dir.), *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l’homme*, Anthémis-Némésis, Bruxelles, 2014, pp 59-86. Foi traduzido à língua portuguesa por Luisa Lobato Oliveira (E-mail: luisalobatooliveira@gmail.com) e revisado por Lucas Carlos Lima (E-mail: lclima@ufmg.br).

\*\* Professor de Direito Público na Universidade Paris-Panthéon-Assas (Paris II), onde dirige o Master 2 em Direitos Humanos e Direito Humanitário. Diretor da Fundação René Cassin – Instituto Internacional dos Direitos Humanos. Em outubro de 2015, foi eleito membro do Comitê contra a Tortura das Nações Unidas, cargo para o qual foi reeleito em 2019, exercendo as funções de Relator e Vice-Presidente.

1 SAUVÉ, 2010, p. 3.

Essa definição entende o princípio sob uma perspectiva estritamente funcional baseada na necessidade de reconhecer a prioridade das autoridades nacionais para se pronunciar a respeito dos direitos convencionalmente garantidos. Fundada em uma interpretação da noção focalizada em um papel de repartição de competências entre autoridades nacionais e juiz europeu, essa interpretação foi retomada recentemente na Contribuição francesa ao desenvolvimento efetivo do princípio da subsidiariedade apresentada em 2012,<sup>2</sup> em que se afirma que o juiz de direito comum para o respeito dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna é o juiz nacional, único capaz de considerar a necessidade eventual de uma restrição ou de corrigir uma eventual violação.

Princípio de articulação, princípio técnico de repartição de competências ou regra de distribuição de funções e de atribuições no contexto da implementação efetiva dos direitos fundamentais, o princípio da subsidiariedade desempenharia, segundo essa abordagem, um papel de catraca, que teria, em uma engrenagem complexa, a função de manter a aplicação do direito nacional pelo juiz interno e de só permitir o controle europeu se este mesmo juiz interno forçar o mecanismo, contrariando seu funcionamento normal.

Essa abordagem funcional, se considerarmos, desta vez, apenas o nível europeu (visto aqui de maneira autônoma), é seguida, em parte, pela Corte europeia, que vê nela principalmente um princípio de articulação de competências entre autoridades nacionais e jurisdição regional. É assim que, de maneira permanente, a Corte relembra que “ela não pode substituir as autoridades nacionais competentes”.<sup>3</sup> Essa interpretação, que foca, portanto, nas competências recíprocas, permitiu então à Corte ligar a noção de subsidiariedade ao artigo 1 da Convenção, destacando que:

a implementação e a sanção dos direitos e liberdades garantidos pela Convenção cabem primeiramente às autoridades nacionais e que o mecanismo de reclamação perante a Corte assume, portanto, um caráter subsidiário em relação aos sistemas nacionais de salvaguarda dos direitos humanos.<sup>4</sup>

Excluindo, conseqüentemente, a doutrina chamada de “quarta instância”, a Corte insiste em uma partilha de competências e de papéis baseada nessa noção de subsidiariedade.<sup>5</sup>

O terceiro nível de apreciação da noção de subsidiariedade é frequentemente e infelizmente abandonado, esquecido... trata-se do nível interacional, nível que impõe um eixo de leitura descendente e que conduz à apreensão da noção de subsidiariedade por meio das regras de direito internacional. Apesar

---

2 FRANÇA, 2012.

3 CEDH, 1968, § 10.

4 CEDH, 2006b, § 140.

5 PASTRE-BELDA, 2013, p. 263. O autor fazia valer aqui a ideia de “papéis respectivos” entre a Corte e o juiz interno.

de impor uma lógica inversa à da primeira abordagem e uma metodologia mais ampla que a segunda, esse eixo é particularmente instrutivo e revela toda a insuficiência da perspectiva funcional acima evidenciada. Nesse sentido, se o princípio da subsidiariedade pode, *prima facie*, desempenhar papel tendente à racionalização das competências no âmbito da sanção do respeito às garantias convencionais, ele não pode, de forma alguma, ser limitado a esta interpretação.

O princípio da subsidiariedade “não desempenha papel”, ele é “um componente” da interpretação convencional e drena, aliás, toda a economia do sistema de controle. Ele é, portanto, difuso e não pode ser estritamente compreendido através apenas da lógica da articulação operacional entre autoridades nacionais e Corte europeia.

Nesse sentido, a noção de subsidiariedade é inerente à natureza internacional da Convenção e implica uma abordagem do mecanismo de controle instaurado através de regras do direito internacional. Não se trata, destarte, de um princípio operacional ou funcional, é um conceito de escoamento que materializa a natureza internacional do controle exercido pela Corte. A subsidiariedade revela uma forma de cooperação entre as “ordens jurídicas nem tão separadas assim e mutuamente indispensáveis”<sup>6</sup> e entre as jurisdições de ordens jurídicas distintas cujas competências não podem ser exercidas isoladamente ou de maneira totalmente independente.

Essa interpretação é pouco frequente no âmbito das análises habitualmente propostas, que seguem sobretudo os dois primeiros pontos de vista. Ela proporciona, porém, um esclarecimento pertinente, bem como a percepção do tema que me foi proposto não por meio dessa ideia de “complementaridade” (que eu trato sob uma definição estritamente funcional), mas, principalmente, da “cooperação” entre ordens jurídicas fundada em uma lógica imposta pela regras do direito da responsabilidade internacional inerentes ao quadro convencional em questão.

Ademais, essa abordagem é, em muitos casos, evidenciada na jurisprudência da Corte e se encontra formalizada na jurisprudência dos órgãos jurisdicionais ou não que intervêm no âmbito da sanção dos direitos individuais internacionalmente garantidos. Não há, nesse sentido, um particularismo europeu, a noção de subsidiariedade governa a implementação de todas as convenções internacionais em matéria de proteção dos direitos humanos (e não só), mas também a aplicação da responsabilidade do Estado em caso de descumprimento de suas obrigações, seja qual for o mecanismo instaurado.

A noção de subsidiariedade não é, portanto, uma particularidade do contexto europeu de proteção dos direitos humanos, ela nos relembra, de maneira incidente e através de uma abordagem dual das ordens jurídicas, que a execu-

---

6 ALLAND, 2012, p. 105.

ção das obrigações convencionais cabe primariamente às autoridades nacionais (judiciais ou não) e que apenas no caso de ausência de resposta à violação a responsabilidade do Estado poderá ser invocada e permitirá o acionamento do mecanismo de controle internacional, que deverá determinar a responsabilidade do Estado ao constatar a violação de suas obrigações. A subsidiariedade permite justificar essa lógica de implementação tanto das obrigações quanto da responsabilidade estatal. É o que destacou, muito recentemente, o presidente Jean-Paul COSTA:

o fato de que os Estados estejam vinculados à Convenção e, por isso, tenham responsabilidade internacional em relação a esse tratado internacional está longe de esgotar seus deveres e sua responsabilidade. Na verdade, eles devem, em geral, responder primeiramente perante seus próprios tribunais pelas eventuais violações da Convenção.<sup>7</sup>

Percebida à luz do mecanismo jurisdicional instaurado pela Convenção europeia de Direitos Humanos, essa ideia é resumida pela Corte quando ela afirma que: “ela não pode substituir as autoridades nacionais competentes, caso contrário, perderia de vista o caráter subsidiário do mecanismo internacional de garantia coletiva instaurado pela Convenção”.<sup>8</sup>

Essa subsidiariedade do controle europeu se baseia, então, em uma forma manifesta de dualismo, ao confirmar, em primeiro lugar, que tal controle não substitui aquele realizado pelos órgãos internos acerca da legalidade interna dos atos estatais (I) e, em segundo lugar, que a sanção que pode se materializar perante o juiz europeu está somente ligada à violação da obrigação internacional do Estado, com as consequências jurídicas internacionais que dela decorrem (II).

## **I. A SUBSIDIARIEDADE, PRINCÍPIO INERENTE À APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO**

Uma vez que determinadas jurisdições regionais puderam, no passado, adotar uma abordagem voluntarista que questiona o caráter supletivo da norma internacional e relativizar, de forma mais ou menos direta, a natureza subsidiária do controle internacional,<sup>9</sup> a lógica que governa originalmente a implementação do controle judicial europeu baseia-se na prevalência de uma implementação interna da obrigação internacional que envolve as autoridades do Estado, sendo o juiz interno, por sua vez, o garantidor natural da correção das violações dos direitos garantidos (A). O controle europeu, por seu turno, só intervém na

---

7 COSTA, 2013, p. 49.

8 CEDH, 1968.

9 Nós pensamos aqui na Corte interamericana de direitos humanos, que pôde, por um tempo, relativizar uma abordagem subsidiária do controle internacional. Ver, nesse sentido: TIGROU-DIA, 2009, pp. 399-401.

hipótese em que o Estado poderá ser responsabilizado porque, apesar da intervenção do juiz interno, persiste a violação da obrigação (B).

## **A. O CONTROLE INTERNO DA VIOLAÇÃO DA OBRIGAÇÃO CONVENCIONAL**

### **1. O CONTROLE JUDICIAL INTERNO, ELEMENTO DE EXECUÇÃO INTERNA DAS OBRIGAÇÕES CONVENCIONAIS DO ESTADO**

A subsidiariedade nos foi previamente apresentada em sua dimensão normativa.<sup>10</sup> Vista de maneira mais ampla, é necessário constatar que a lógica subsidiária imposta pela Convenção pressupõe a execução interna das obrigações convencionais pelas autoridades nacionais. Essa execução é multifacetada e exige que os direitos constitucionalmente garantidos sejam plena e efetivamente respeitados no contexto das relações jurídicas entre os indivíduos e as autoridades do Estado.

O papel do juiz, assim como o das autoridades em geral, foca, portanto, em tal execução e no respeito aos compromissos assumidos pelos Estados. Ele deve, enquanto órgão do Estado, preservar o respeito dos direitos e, em caso de violação de um deles, constatar esta violação e restabelecer, aplicando o direito interno, a legalidade conforme as obrigações que decorrem da Convenção.

Não se trata, destarte, de ter um “melhor posicionamento geográfico” do que o do juiz europeu para avaliar se o direito individual foi respeitado ou se a restrição é necessária, mas de ressaltar a definição da obrigação convencional independente de sua natureza, se positiva ou negativa. O juiz participa da execução interna desta última e também tem um papel ativo no contexto da resposta eventual às violações. Isto é claramente ressaltado na Declaração de Brighton, que dispõe:

A plena implementação da Convenção a nível nacional pressupõe que os Estados partes tomem medidas efetivas para prevenir as violações. Todas as leis e políticas devem ser concebidas e todos os agentes públicos devem exercer suas responsabilidades de uma maneira que dê aplicação plena à Convenção. Os Estados partes devem também prever vias recursais para as alegadas violações da Convenção. As jurisdições e instâncias nacionais devem levar em consideração a Convenção e a jurisprudência da Corte.

O juiz interno é, então, dotado de três funções governadas pela lógica de subsidiariedade sobre a qual repousa a aplicação das obrigações convencionais.

A primeira função é a de implementar o direito nacional e de garantir a legalidade das medidas internas. Sob a lógica imposta pelo artigo 53 da Convenção, o direito interno é aquele que será primariamente aplicado pelo juiz interno

---

10 Ver a contribuição de R. DE GOUTTES.

para sancionar eventuais violações dos direitos individuais. Caso constatada violação, nasce uma relação de responsabilidade interna cujas consequências serão definidas pelas regras jurídicas nacionais. Assim, o juiz interno dispõe de poderes para remediar as violações dos direitos e deve, por meio da anulação ou por injunção,<sup>11</sup> por exemplo, restabelecer, se necessário, a legalidade interna.

A segunda função está ligada à primeira e se baseia na aplicação, pelo juiz interno, do direito interno conforme às obrigações convencionais assumidas pelo Estado.<sup>12</sup> Ao participar do processo de implementação destas, a ação do juiz deve conduzir ao controle do respeito à legalidade, evidentemente, mas também e sobretudo da convencionalidade, em uma medida individual capaz de descumprir as obrigações aceitas pelo Estado. A respeito dessa função, que revela uma competência limitada do juiz nacional, há dois obstáculos importantes com que este se pode confrontar. O primeiro refere-se à sua competência, o segundo, à prevalência conferida ao direito interno.<sup>13</sup>

No que se refere à competência do juiz, não é preciso dizer que a convencionalidade da aplicação da regra interna pressupõe uma habitação expressa em favor do juiz e, se essa é confirmada, a existência de meios de direito capazes de conduzir o juiz nacional a realizar tal exame. Sendo assim, não é incomum que o juiz interno seja estritamente limitado, sob a égide do aparelho normativo à disposição, apenas à aplicação e à interpretação do direito interno. Nesse caso, se o direito interno parece estar em contradição com a Convenção, independente da existência de uma medida individual, a violação não poderá ser remediada.

Da mesma forma, é também necessário que o fundamento de uma violação da Convenção possa ser, ao mesmo tempo, invocado e recebido pelo juiz interno (conforme o artigo 13 da Convenção, ver *infra*). Caso negativo, ou em caso de silêncio das partes, o juiz não poderá realizar o controle de convencionalidade e concretizará, ante a ausência de meios concretos, a violação.

A terceira função que pode ser evidenciada é a de sancionar, se preciso, a medida interna contrária aos direitos humanos sob a fundamentação da Convenção. Trata-se, finalmente, de conferir ao juiz interno o papel de “juiz ordinário” e de “juiz e direito comum” da Convenção, que lhe é atribuído, continuamente, pela jurisprudência europeia. Entretanto, também aqui a função do juiz será tributária das competências que lhe são atribuídas pelo direito interno (bem como de “sua sensibilidade” convencional<sup>14</sup>) e infelizmente não poderá,

11 FRANÇA, 2003, p. 30.

12 CEDH, 2008, § 42. “A Corte europeia de direitos humanos entende desempenhar um papel subsidiário em relação aos sistemas nacionais de proteção dos direitos humanos (...), e é desejável que os tribunais nacionais tenham inicialmente a possibilidade de tratar das questões de compatibilidade do direito interno com a Convenção. Se uma petição é, a despeito disso, apresentada em seguida a Estrasburgo, a Corte europeia deve poder se beneficiar das opiniões desses tribunais, que estão em contato direto e permanente com as forças vivas de seu país.

13 No mesmo sentido: SUDRE, 2000, pp. 824-825.

14 Assim como de sua formação jurídica. Ver, nesse sentido: CONSELHO DA EUROPA, 2012, §



em diversos casos, permitir que ele desempenhe efetivamente o papel que lhe é reservado. Ademais, no âmbito da Declaração de Brighton constatou-se este fato, que deve levar a:

encorajar as jurisdições e instâncias nacionais a considerar os princípios pertinentes da Convenção, no que se refere à jurisprudência da Corte, ao conduzir seus procedimentos e elaborar suas decisões e dar-lhes os meios; e, em particular, permitir às partes do litígio - nos limites apropriados do procedimento judicial nacional, mas sem obstáculo inútil - chamar a atenção das jurisdições e instâncias nacionais sobre todas as disposições pertinentes da Convenção e a jurisprudência da Corte.<sup>15</sup>

Esse encorajamento é repleto de sentido e relembra que o juiz interno, embora continue sendo o juiz de direito comum da Convenção, não pode, sem contribuir com a execução da violação da Convenção, excluir os fundamentos de sua violação, escondendo-se por trás do direito interno. Cabe a ele, na verdade, como a Corte pôde afirmar em diversas ocasiões, basear-se nos fundamentos retirados da Convenção para sancionar, se preciso, as medidas individuais contrárias aos direitos garantidos.<sup>16</sup>

Convém, todavia, ressaltar que o juiz nacional é apenas um dentre outros órgãos no aparelho institucional estatal e que sua ação, dependente da de outros órgãos internos, continua focada no âmbito contencioso. Nesse sentido, apesar de ele dever poder dispor dos meios necessários ao cumprimento de suas obrigações sob a Convenção, é também preciso que os meios procedimentais existam no nível interno e lhe permitam cumprir efetivamente essa necessária função de correção. O enunciado pela Declaração de Brighton “nos limites apropriados do procedimento judicial nacional, mas sem obstáculo inútil” o destaca de maneira bastante clara. É desta forma que surge uma materialização suplementar da noção de subsidiariedade, por meio da exigência do artigo 13 da Convenção acerca de recursos internos efetivos. Confirmando novamente a ideia de uma aplicação transversal da noção de subsidiariedade, isso permite também ressaltar que o direito a um recurso efetivo “reflete (...) o papel fundamental dos sistemas judiciários nacionais para o sistema da Convenção”.<sup>17</sup> Desse modo, assim como destacou recentemente o Comitê de Ministros do Conselho da Europa: “ao contribuir para a resolução das alegações de violações da Convenção no âmbito nacional, o direito a um recurso efetivo é primordial para a aplicação prática do princípio de subsidiariedade”.<sup>18</sup>

---

9, let. c, ponto vi.

15 Ibid. § 9, let. c, ponto iv.

16 CEDH, 2012a, § 52.

17 CONSELHO DA EUROPA, 2013, p. 2.

18 Ibid.

O direito a um recurso efetivo deve, portanto, ser percebido como uma obrigação jurídica imposta ao Estado para manter e consolidar o caráter subsidiário do controle europeu. Direito reconhecido pela Convenção ao indivíduo, o direito a um recurso efetivo participa plena e inteiramente da efetividade de uma garantia subsidiária dos direitos humanos e contribui para a implementação interna da obrigação convencional.

No caso *Kudla v. Polônia*, a Corte pôde precisá-lo ao lembrar que:

Como se denota dos trabalhos preparatórios (Coleção dos Trabalhos preparatórios da Convenção europeia de direitos humanos, vol. II, pp. 485 e 490 e vol. III, p. 651), o objeto do artigo 13 é fornecer um meio através do qual os jurisdicionados possam obter, a nível nacional, o endereçamento das violações de seus direitos garantidos pela Convenção antes de acionar o mecanismo internacional de reclamações perante a Corte.<sup>19</sup>

Em outras palavras, como a Corte afirma nesse mesmo caso:

Em virtude do artigo 1 (que dispõe: “as Altas Partes contratantes reconhecem a toda pessoa sob sua jurisdição os direitos e liberdades estabelecidos no título I da presente Convenção”) são as autoridades nacionais as primariamente responsáveis pela implementação e pela sanção dos direitos e liberdades garantidos. O mecanismo de reclamação perante a Corte assume, portanto, um caráter subsidiário em relação aos sistemas nacionais de salvaguarda dos direitos humanos. Essa subsidiariedade se exprime nos artigos 13 e 35 § 1 da Convenção.<sup>20</sup>

O artigo 13 da Convenção “forma de salvaguarda dos direitos consagrados pela Convenção”<sup>21</sup>, revela a natureza subsidiária da implementação efetiva da obrigação interna e, ao abrigo da definição de uma obrigação positiva a cargo do Estado, deve permitir o oferecimento ao juiz nacional (assim como ao indivíduo) dos meios eficazes (e úteis) para responder à alegada violação de um direito garantido. Nesse sentido, o artigo 13 impõe ao Estado uma obrigação complexa, cuja execução reside na instauração, por meio do direito interno do Estados, de meios procedimentais que permitam ao indivíduo fazer valer o respeito dos direitos garantidos, em conformidade com as obrigações substanciais enunciadas pela Convenção. A coordenação previamente definida consiste na realização da obrigação do Estado de definir as modalidades predeterminadas de implementação para garantir a convencionalidade interna de um ato e/ou de uma medida adotada como forma de aplicação do direito do Estado. A regra pressupõe a efetivação interna de uma obrigação positiva de natureza procedimental com a finalidade de respeito a uma obrigação substancial. Em caso de desrespeito da obrigação procedimental, se concretizará uma violação da obrigação substancial que acarretará o direito de ação no âmbito da respon-

---

19 CEDH, 2000, § 152.

20 Ibid.

21 SUDRE, 2012, p. 496.

sabilidade internacional do Estado. Esta regra, que não é própria do contexto convencional europeu, também baseia a exigência posta pela regra internacional, de exaustão dos recursos internos. Esta última também materializa a subsidiariedade na compreensão da relação entre o controle interno e o controle internacional do respeito aos direitos garantidos.

## 2. A LÓGICA ORIGINALMENTE SUBSIDIÁRIA IMPOSTA PELO ESGOTAMENTO PRÉVIO DOS RECURSOS INTERNOS

Quando do caso *Kudla v. Polônia*, a Corte ressaltou justamente que a noção de subsidiariedade servia à interpretação do direito consagrado pelo artigo 13 e permitia justificar a exigência de esgotamento prévio dos recursos internos posta pelo artigo 35 § 1 da Convenção.

Regra de origem internacional, o esgotamento dos recursos internos baseia-se em uma lógica subsidiária de efetivação da obrigação internacional que os Estados aceitaram ao aderir à Convenção europeia de direitos humanos.

De natureza mista<sup>22</sup> e disponível<sup>23</sup>, essa regra reafirma que o Estado deve, aplicando seu direito e conforme seus procedimentos internos (cuja efetividade é avaliada através de critérios fixados no âmbito da interpretação do artigo 13 da Convenção<sup>24</sup>), reestabelecer e, se necessário, reparar uma violação de um direito individual.<sup>25</sup> O controle jurisdicional aparece, nesse sentido e por meio da subsidiariedade que o governa, como um elemento, substancial e procedimental, de prevenção da efetivação da violação de um direito garantido e deve permitir, tanto quanto possível, que se evite a concretização do ato internacionalmente ilícito cujo efeito gera sua responsabilidade internacional.

Nesse espírito, a regra de esgotamento dos recursos internos relembra que a constatação de uma violação deve ser - e deve poder ser - realizada primariamente pelo juiz interno, conforme sua vocação original sob a Convenção.<sup>26</sup>

22 TOUZÉ, 2007, pp. 416-429.

23 Ela pode ser afastada a pedido do Estado demandado.

24 CEDH, 1999, § 74 : “A Corte destaca que a finalidade do artigo 35 é permitir que os Estados contratantes possam prevenir ou remediar as violações alegadas contra si antes que essas violações sejam submetidas aos órgãos da Convenção (...). Os Estados não podem, portanto, responder por seus atos perante um organismo internacional antes de ter tido a possibilidade de resolver a situação em sua própria ordem jurídica interna. Essa regra se baseia na hipótese, objeto do artigo 13 da Convenção - com o qual ela apresenta estreitas afinidades - de que a ordem interna ofereça um recurso efetivo quanto à violação alegada. Dessa forma, ela constitui um aspecto importante do princípio, desejando que o mecanismo de salvaguarda instaurado pela Convenção seja revestido de um caráter subsidiário em relação aos sistemas nacionais de garantia dos direitos humanos.

25 CEDH, 1996a; CEDH, 1996b.

26 CEDH, 2009a, § 164 : “é do interesse do requerente e da eficácia do mecanismo da Convenção que as autoridades internas, que são as mais bem localizadas para o fazer, tomem medidas para responder aos alegados descumprimentos da Convenção.”

Duas previsões devem, entretanto, ser apresentadas em relação à interpretação da regra do artigo 35 § 1. Esta certamente impõe uma obrigação positiva ao Estado de prever recursos úteis e eficazes para remediar, perante o juiz interno, as eventuais violações da Convenção<sup>27</sup>, porém ela não está limitada somente a esse aspecto. Assim, conforme a lógica subsidiária que governa a economia da regra, também cabe ao requerente invocar uma violação de um direito perante o juiz nacional de forma a possibilitar que este responda à violação caso ela exista.<sup>28</sup>

Em relação a essa exigência, a Corte, no contexto de uma interpretação *pro victima*<sup>29</sup>, pôde considerar que bastava que os fundamentos de uma violação de um direito garantido pela Convenção fossem invocados “em substância” perante o juiz interno.<sup>30</sup> Essa generosidade interpretativa pôde ser analisada de forma diferente pelos doutrinadores<sup>31</sup> diante da potencial rediscussão da subsidiariedade do controle europeu que ela gerava, na medida em que relativizou, em muitos casos, a autonomia da avaliação do juiz nacional. Com efeito, como destacou o governo francês, “se essa jurisprudência, muito protetora dos requerentes, é certamente nobre de princípios, ela induz, às vezes, a efeitos indesejáveis, por ser a invocação “em substância” tão rígida que priva as jurisdições nacionais da possibilidade de se pronunciar acerca da suposta queixa de violação da Convenção”.<sup>32</sup>

Essa crítica, compartilhada por Frédéric SUDRE<sup>33</sup>, revela uma relativização da natureza subsidiária do controle europeu, que poderia, portanto, em

27 CEDH, 2006a, § 69: “A Corte relembra que a regra de esgotamento dos recursos internos, prevista pelo artigo 35 § 1 da Convenção, visa permitir que os Estados contratantes possam prevenir ou remediar as violações alegadas contra si antes que a Corte seja acionada. Esta regra impõe, portanto, aos requerentes a obrigação de utilizar previamente os recursos oferecidos pelo sistema jurídico de seu país, dispensando assim os Estados de responder por seus atos perante a Corte europeia. A regra do artigo 35 § 1 se baseia, entretanto, na hipótese de que a ordem interna oferece um recurso efetivo quanto à violação alegada”.

28 CEDH, 2008 § 36: “a regra do esgotamento dos recursos internos prevista pelo artigo 35 § 1 da Convenção impõe, assim, aos requerentes a obrigação de utilizar previamente os recursos normalmente disponíveis e suficientes na ordem jurídica interna para que eles possam obter reparação das violações que alegam”.

29 MARGUENAUD, 2012, p. 10.

30 A própria Corte chega a se contentar com uma “reclamação equivalente”. Ver: CEDH, 1980.

31 Françoise Tulkens destacou, então, que: “no que tange às condições de admissibilidade das petições, no espírito de uma interação fortalecida com as jurisdições nacionais (embora evitando a simples deslocação dos problemas), alguns estimam que a Corte deveria garantir um respeito mais escrupuloso à regra de esgotamento dos recursos internos e, assim, prestar atenção mais detida ao princípio da subsidiariedade. Isso, por exemplo, quando do exame de se a questão fora levantada perante as jurisdições nacionais. Ver: TULKENS, 2014, p. 270.

32 Contribuição francesa para o desenvolvimento efetivo do princípio da subsidiariedade, op. cit., § 10.

33 SUDRE, 2012, p. 794 : “O espírito do artigo 35 ordena, segundo a nossa visão, a salvaguarda da necessária autonomia do juiz nacional, a menos que se reconheça o caráter subsidiário do mecanismo da Convenção”.

diversos casos, interferir indevidamente em um debate jurídico estritamente interno resolvido pelas jurisdições nacionais. Em consequência, a subsidiariedade deve permitir, em favor do juiz interno, uma capacidade de avaliação da oportunidade e da pertinência da admissão das reclamações baseadas em uma violação da Convenção. Ela apenas pode ser colocada novamente em pauta se esse não pôde, concreta e efetivamente, conhecer dessas reclamações e prosseguir, quando necessário, para a constatação da violação.

A lógica subsidiária parece, contudo, ser recolocada em primeiro plano pelo protocolo 15, que, é certo, a insere explicitamente no preâmbulo da Convenção, mas também - e sobretudo - pelo protocolo 16, por meio do procedimento de opiniões consultivas que podem ser solicitadas por uma jurisdição superior nacional à Corte europeia em se tratando de um caso que aborde um problema baseado em uma interpretação de uma disposição convencional. Isto é, ainda, claramente ressaltado pela Corte europeia em sua opinião de 6 de maio de 2013, quando ela pôde relembrar que o objetivo do protocolo é o de implementar a Convenção em conformidade com o princípio da subsidiariedade<sup>34</sup>, ao insistir no fortalecimento do papel das jurisdições nacionais na implementação das obrigações convencionais.

A lógica subjacente baseia-se em dois imperativos jurídicos.

O primeiro está relacionado ao fortalecimento da cooperação entre os órgãos jurisdicionais nacionais e europeu. Cooperação esta já evocada e que tinha sido, no âmbito da jurisprudência da Corte, parcialmente relativizada em prol de uma abordagem supletiva.

O segundo permite ressaltar que a própria essência do recurso interno leva à definição do juiz nacional como o elo final de uma cadeia institucional e decisional que, no âmbito interno, deve permitir a aplicação efetiva das obrigações convencionais. Apenas na hipótese em que a cadeia seja rompida pela inexecução efetiva das obrigações do Estado se materializaria o fato ilícito suscetível de gerar a responsabilidade internacional do Estado. O acionamento da Corte deve ser visto como dependente do nascimento dessa violação, única que pode sequer conceber um controle europeu.

## **B. O CONTROLE EUROPEU, MECANISMO DE IMPLEMENTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR VIOLAÇÃO DE SUAS OBRIGAÇÕES CONVENCIONAIS.**

Afirmar que o controle europeu deve ser subsidiário parece ser tautológico e é verdade que a noção de subsidiariedade está impregnada e aparece inclusive de maneira explícita na jurisprudência da Corte. O fato é que, para

---

34 CEDH, 2013a, § 4. Ver também: CEDH, 2013b, p. 3, § 9.

além das aparências, revela-se um controle que, por suas variações, a pôde desestabilizar e recolocar, em certa medida, em pauta.

## 1. O CONTROLE SUBSIDIÁRIO DO RESPEITO ÀS OBRIGAÇÕES CONVENCIONAIS?

O controle da Corte não é um controle complementar ao que é exercido pelo juiz nacional. É um controle cuja função é, primariamente, assegurar a coordenação entre um direito de origem interna e um direito de origem convencional.

Com efeito, afirmar a existência de uma complementaridade suporia, no mínimo, que o objeto e as finalidades do controle europeu são idênticos. Embora seja inegável que o objetivo geral é realmente garantir os direitos consagrados na Convenção, é importante ressaltar que o controle europeu visa apenas determinar se a responsabilidade do Estado pode ser invocada em caso de constatação de uma violação de suas obrigações convencionais e definir as consequências jurídicas dessa violação. O controle não foca, portanto, na aplicação da regra de direito interno ou da responsabilidade de uma ou de outra autoridade nacional. Ele se baseia na determinação da conformidade ou não do comportamento estatal (de maneira geral) com a obrigação internacional e na definição das consequências do desrespeito a esta.<sup>35</sup>

Assim, o recurso individual consagrado pelo artigo 34 da Convenção aparece como um meio de invocar a responsabilidade internacional do Estado em um contexto jurídico limitado pelo campo de aplicação da Convenção. Há dois níveis distintos a serem considerados: o nível interno e o nível internacional.

O primeiro evidencia, através do não-reconhecimento de direitos individuais na aplicação do direito interno, uma responsabilidade do Estado no direito interno.

O segundo, em caso de falha do juiz nacional em remediar a violação do direito individual, uma responsabilidade internacional pelo desrespeito de sua obrigação convencional de respeito e proteção, no direito interno, dos direitos garantidos.<sup>36</sup> Em relação a esse segundo nível, a competência da Corte se baseia na separação entre a reclamação interna e aquela sobre a qual ela deve se pronunciar no plano internacional.

---

35 CEDH, 1994, § 44 : “Em princípio, não cabe à Corte avaliar, por ela mesma, os elementos factuais que conduziram uma jurisdição nacional a adotar tal decisão e não outra, sob reserva do exame de compatibilidade com as disposições da Convenção. Se não, ela se ergueria como juiz de terceira ou quarta instâncias e ignoraria os limites de sua missão”. No mesmo sentido, ver: CEDH, 2007, § 25.

36 RASPAIL, 2013, p. 473.

Consequentemente, a Corte apenas poderá ser acionada por uma suposta “vítima internacional” de uma violação<sup>37</sup>, em direito interno, dos direitos de que o Estado deve efetivamente garantir o respeito. Por meio dessa exigência, a Convenção impõe à pessoa privada o ônus de demonstrar a existência de um interesse de agir e deve excluir, em princípio, quaisquer recursos que visem examinar *in abstracto* uma lei nacional.<sup>38</sup> Através dessa concretização do caráter subsidiário do controle europeu, a regra faz com que, de uma parte, a Corte não tenha, segundo a Convenção, competência para se pronunciar de maneira direta sobre a validade<sup>39</sup> de uma norma interna (e ainda menos de proceder à sua anulação) e, de outra parte, na ausência de medida individual de aplicação interna da lei<sup>40</sup>, o controle internacional da Corte, que permitiria verificar o respeito à obrigação convencional, não possa ser exercido.

A Corte europeia, destarte, não anula os atos internos contrários à CEDH (contrariamente ao juiz interno), ela apenas será competente para verificar o respeito à obrigação convencional do Estado no âmbito das relações jurídicas reais entre as autoridades nacionais e o indivíduo. Por essa razão, a subsidiariedade exclui toda ideia de complementaridade jurisdicional: não há prolongamento da petição interna a nível internacional. Reconhecer o contrário seria conferir à Corte europeia um papel de quarta instância cuja materialização nem a Convenção nem a jurisprudência podem autorizar.<sup>41</sup>

O objeto do controle europeu deve, por conseguinte, abranger apenas a determinação, à luz dos elementos pertinentes do caso, da convencionalidade das medidas adotadas pelo Estado no contexto da margem de apreciação que lhe é reconhecida em virtude do princípio da subsidiariedade<sup>42</sup>. A Corte o pôde destacar em múltiplas ocasiões e considerou regularmente que:

no exercício de seu poder de controle, a Corte não tem a função de substituir as jurisdições nacionais, mas lhe cabe verificar, à luz do conjunto do caso, se as decisões que elas proferiram em virtude de seu poder de apreciação se conciliam com as disposições da Convenção invocadas.<sup>43</sup>

---

37 SANTULLI, 2004.

38 CEDH, 1962.

39 Por vezes relativizado quando parecer que a origem interna da violação da obrigação convencional resulta da promulgação de uma lei contrária às obrigações convencionais do Estado.

40 CEDH, 1987.

41 Declaração final da Conferência de Interlaken, em que a Corte foi convidada: “a evitar reexaminar as questões de fato ou de direito interno que haviam sido examinadas e decididas pelas autoridades nacionais, em conformidade com sua jurisprudência, segundo a qual ela não é um tribunal de quarta instância”. Ver também o discurso de Jean-Claude MIGNON, Presidente da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa na Conferência de Brighton, em 19 de abril de 2012.

42 CONSELHO DA EUROPA, 1996, § 9.

43 CEDH, 2012b, § 59.

Assim, o controle da Corte foca, a título principal, na determinação do respeito ao engajamento convencional e, no caso em que a disposições da Convenção remetem explicitamente à aplicação do direito interno, na conformidade de sua aplicação com as obrigações impostas pela Convenção.

Evidentemente, a jurisprudência da Corte nesse sentido é flutuante e pôde, em muitos casos, gerar uma substituição cujo efeito é relativizar a noção de subsidiariedade.

## 2. A DIMENSÃO VARIÁVEL DO CONTROLE JUDICIAL COMO RELATIVIZAÇÃO DO CARÁTER SUBSIDIÁRIO DO CONTROLE EUROPEU

A redação do protocolo n° 15 e as razões políticas que conduziram à sua elaboração não podem, de forma alguma, ocultar o fato de que, no âmbito da interpretação convencional, a Corte europeia adotou, regularmente, posições que recolocavam em pauta a subsidiariedade do controle europeu<sup>44</sup>. Nesse sentido, as reações estatais, talvez exacerbadas na forma, baseavam-se, para além de uma inegável conotação política, em argumentos jurídico essenciais fundados em diversas constatações.<sup>45</sup>

A primeira constatação decorre de uma desnaturação substancial do controle da Corte por meio da continuada redução da margem nacional de apreciação na aplicação interna das obrigações convencionais. Difusa, mas muito visível, essa tendência se materializava nos casos em que a Corte europeia, através da definição de um denominador comum, reduzia a margem de apreciação dos Estados na implementação dos direitos garantidos, isso em diversos domínios e por meio de métodos intervencionistas de interpretação.

A interpretação evolutiva em particular, através de uma redefinição constante da obrigação convencional, não permite que os juízes internos desenvolvessem uma interpretação convencional, na medida em que esta é frequentemente desnaturada por uma redefinição constante do direito individual e da obrigação correlata. Nesse sentido, o desenvolvimento pretoriano da jurisprudência *Airey*<sup>46</sup>, embora totalmente defensável no mérito (à luz do contexto material do contencioso europeu), pode apenas implicar a ilegibilidade convencional que é sinônimo da violação *quasi* sistemática das obrigações convencionais pelo juiz interno. De maneira análoga, a extensão das obrigações positivas sem definição prévia real coloca as autoridades internas, particularmente o juiz nacional, em uma situação de total incapacidade de exercer seu papel e suas competências.

A segunda constatação é resultado da redicussão regular da autonomia legislativa (e convencional) do Estado pelo desenvolvimento de um controle *in*

---

44 PASTRE-BELDA, 2013, p. 253.

45 BURGORGUE-LARSEN, 2012, pp. 10-12.

46 CEDH, 1979.



*abstracto* incompatível, de maneira geral, com o caráter subsidiário do mecanismo jurisdicional europeu. Assim, convém ressaltar, como o faz o projeto e Protocolo 15, que o controle da corte deve determinar se as decisões individuais tomadas pelas autoridades nacionais conforme sua margem de apreciação são compatíveis com a Convenção. Não se trata, portanto, de tornar o controle da corte um controle de legalidade interna, mas de se manter apenas no terreno da convencionalidade. Evidentemente, nuances desse ponto devem ser destacadas, uma vez que exceções se revelaram no contencioso europeu.

Esse é, evidentemente, o caso da hipótese em que a lei nacional não foi aplicada pelo juiz interno e em que sua mera existência é apresentada como não-convencional pelo requerente.<sup>47</sup> Nesse caso, a jurisprudência pôde certamente admitir a admissibilidade dos recursos<sup>48</sup>, notadamente por meio da definição da noção de “vítima potencial”, todavia cabe ressaltar que a Corte pode se permitir “julgar abstratamente apenas as regras que já puseram em risco, devido à sua existência, sujeitos internos-vítimas que, apesar de virtuais, permitem que a Corte pelo menos guarde as aparências.”<sup>49</sup>

Da mesma forma, o controle da Corte, em relação à lei interna, apenas poderá ser exercido *prima facie* e não deverá, de maneira alguma, conduzir a uma sanção dessa.<sup>50</sup> A Corte pôde, porém, no contexto das violações sistemáticas, desenvolver uma abordagem mais intrusiva por meio do procedimento dos casos-pilotos. Entretanto, cabe ressaltar aqui que o caráter subsidiário do controle continua, sendo apenas superado pelo jogo de poder de injunção pontual que a Corte pôde reconhecer a si, sem, com isso, repeti-lo de maneira discutível. Trata-se, ainda, no que tange a esse aspecto, de uma observação que visa sobretudo à implementação das consequências da constatação da violação da obrigação convencional.

## II. A SUBSIDIARIEDADE, PRINCÍPIO DE COORDENAÇÃO DA IMPLEMENTAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DA CONSTATAÇÃO DE VIOLAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES CONVENCIONAIS

O caráter subsidiário do controle europeu, sob uma perspectiva de coordenação, pressupõe que a constatação da violação sobre a qual pode se desenvolver o exame da Corte baseia-se na existência de um fato interno convencio-

47 Pode-se, ainda assim, ver aqui uma violação de uma obrigação de comportamento normativo, obrigação cuja execução apenas poderá ser verificada pelos órgãos internos e que não poderá ser examinada pela Corte, exceto em caso de existência de medidas individuais. RASPAIL, 2013, p. 473.

48 Estritamente condicionada aos casos de existência interna de controle de constitucionalidade. Ver, nesse sentido, no caso das leis de habitação: COMITÉ EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS, 1976, p. 128.

49 RASPAIL, 2013, p. 474.

50 Ibid.

nalmente ilícito (A) cujas consequências decorrem do direito internacional da responsabilidade (B).

## **A. A CONSTATAÇÃO DA VIOLAÇÃO OU A NATUREZA SUBSIDIÁRIA DA SENTENÇA DA COTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS**

### **1. O OBJETO DA CONSTATAÇÃO DA VIOLAÇÃO, INDICADOR MATERIAL DA SUBSIDIARIEDADE DO CONTROLE EUROPEU**

A constatação da violação se baseia no estabelecimento da existência de um “fato interno convencionalmente ilícito”. Intervindo como juíza da única sanção convencional, a Corte europeia deve limitar seu controle e apenas poderá constatar a ausência de conformidade da medida individual interna. O juiz europeu só poderá, portanto, se pronunciar sobre a violação ou não da obrigação internacional, que supõe, conforme o princípio da subsidiariedade, uma obrigação de resultado que deixe ao Estado, conforme a margem de apreciação de que ele dispõe, a escolha dos meios internos a fim de a aplicar.

Certamente, seguindo o desenvolvimento da teoria das obrigações positivas, pode ser que a constatação da violação possa ser avançada pela Corte se parecer que o Estado, em seu direito interno, não respeitou os meios para cumprir sua obrigação convencional.

No entanto, para além dessa distinção entre obrigação de resultado e obrigação de meio, a constatação da violação foca na violação da obrigação jurídica e não deixa qualquer espaço, na determinação da ilegalidade eventual, à noção de culpa e ainda menos à de dano. A constatação da violação formaliza, então, o reconhecimento pela Corte da violação da obrigação do Estado e a responsabilidade objetiva deste.

Essa precisão é importante e permite destacar que, por conseguinte, a constatação da violação não acarreta qualquer anulação, censura ou invalidade da medida interna. O juiz europeu, em princípio, não se afasta, de qualquer maneira, das regras geralmente aplicadas no âmbito judicial internacional, as quais preservam a ideia de que o objeto da causa foca em uma abordagem objetiva da determinação do respeito à licitude.

Esse princípio encontra, todavia, limites na jurisprudência europeia, que, sem recolocar em pauta essa limitação importante de sua competência, pôde relativizar o alcance da sentença ao impor, através da constatação da violação, obrigações substanciais distintas daquelas que decorrem naturalmente dela.

É nesse sentido que se deve interpretar as sentenças da Corte que basearam a constatação de violação no desrespeito a obrigações que não constam do texto da Convenção e que, em certos casos, tinham sido inclusive explicitamente rejeitadas pelo Estado demandado. Foi o que ocorreu quando a

Corte, baseando-se apenas em uma tendência geral observada a nível internacional, pôde interpretar a Convenção no sentido de um desenvolvimento normativo que, no âmbito externo, conduziu o Estado demandado a se recusar a estar vinculado a obrigações específicas que, contudo, se encontram, por via da interpretação da Convenção, incluídas nesta.<sup>51</sup>

Abordando aqui o contexto específico da subsidiariedade, a Corte pôde vincular indiretamente à constatação de violação efeitos jurídicos que vão além das consequências “normais” da sentença. A constatação da violação se torna meio de concretizar a oponibilidade das obrigações convencionais distintas daquelas que decorrem da responsabilidade do Estado.

Essa tendência, confirmada pelo argumento recorrente (e fundamentado) do desenvolvimento de uma jurisprudência legislativa<sup>52</sup>, constitui, certamente, uma recolocação em pauta da subsidiariedade no que ela tem de mais fundamental. Ela negligencia o aspecto essencial segundo o qual a liberdade convencional do Estado está na base do sistema e permite a concretização efetiva da obrigação convencional, o que é uma condição *sine qua non* da realização dos direitos garantidos na ordem jurídica interna. Em adição, ela recoloca em discussão a confiança legítima dos Estados no sistema convencional, o que, como vimos, pode conduzir à sua desestabilização e à sua denúncia.

## 2. A AUTORIDADE RELATIVA DA COISA JULGADA, INDICADOR SUBSTANCIAL DA SUBSIDIARIEDADE DO CONTROLE EUROPEU

Revestido da autoridade relativa da coisa julgada<sup>53</sup>, a sentença da corte confirma, por si só, a existência de diversos elementos essenciais para a natureza subsidiária do controle judicial europeu e para a ideia de coordenação acima destacada. Alguns desses elementos puderam, apesar disso, em diversas oportunidades, sofrer grandes relativizações no contexto de algumas sentenças da Corte.

É importante lembrar que, conforme o artigo 41 da Convenção, as sentenças da Corte são, como as decisões das jurisdições internacionais<sup>54</sup>, revestidos da autoridade da coisa julgada e de escopo meramente declaratório. Assim, a autoridade da Corte europeia “para dizer o direito (...) não é acompanhada, como é sistematicamente o caso no direito interno, do poder de executar esta sentença: segundo a formulação bem conhecida, “a sentença internacional é juridicamente obrigatória; ela nunca é executiva”<sup>55</sup>.

---

51 CEDH, 2006c.

52 MAESCHERM, 1998, p. 24.

53 A coisa julgada é limitada às partes, à causa e ao objeto do processo. Ver: SENTULLI, 2005, p. 474, § 819.

54 CALDEIRA BRANT, 2005, p. 142.

55 FLEURY GRAFF, 2013, p. 167.

As obrigações advindas da constatação de violação se baseiam em uma lógica subsidiária e caberá ao Estado realizá-las efetivamente em sua ordem jurídica interna. As obrigações assim surgidas devem ser interpretadas como qualquer outra obrigação convencional, com a ressalva, porém, de que elas implicam igualmente a aplicação de regras do direito da responsabilidade internacional.

O caráter subsidiário do controle europeu é, portanto, revelado pelo princípio segundo o qual a declaração de incompatibilidade da medida individual interna com as obrigações do Estado não implica *ipso facto* sua invalidade. Por conseguinte, caberá ao Estado responsável, conforme o artigo 46 da Convenção, executar a sentença, colocando fim à violação dos direitos individuais em sua ordem jurídica interna, e, com esse fim, pôr em prática o conjunto dos meios de que dispõe no direito nacional.<sup>56</sup>

Para retomar aqui uma ilustração oriunda da jurisprudência interna, é possível remeter à jurisprudência do Conselho de Estado francês, que, nos casos *Chevrol*<sup>57</sup> e *Baumet*<sup>58</sup>, por exemplo, destacaram explicitamente:

“segundo as estipulações do artigo 46 da Convenção europeia de salvaguarda dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, a completa execução de uma sentença da Corte europeia de direitos humanos que condena um Estado parte da Convenção implica, em princípio, que esse Estado tome todas as medidas exigidas, por um lado, para a reparação das consequências que a violação da Convenção gerou para o requerente, e, por outro lado, para o desaparecimento da fonte dessa violação; à luz da natureza essencialmente declaratória das sentenças da Corte, cabe ao Estado condenado determinar os meios de se desincumbir da obrigação que lhe é assim imputada.”<sup>59</sup>

A constatação da violação impõe ao Estado novas obrigações que, para além da cessação e da garantia de não repetição, podem ir da adoção, no direito interno, de medidas (gerais ou individuais) que permitam reestabelecer objetivamente a legalidade em conformidade com a obrigação de respeito que é imposta ao Estado até a concessão de uma reparação pecuniária.

---

56 CEDH, 2005, § 210 : “suas decisões têm um caráter essencialmente declaratório e, em geral, cabe, em primeiro lugar, ao Estado em questão (...) escolher os meios a serem utilizados em sua ordem jurídica interna para se desincumbir de sua obrigação sob o artigo 46 da Convenção” e que “os meios de reparação específicos a serem adotados, se for o caso, pelo Estado demandado (...) dependem necessariamente das circunstâncias particulares do caso e devem ser definidas à luz da sentença proferida pela Corte no caso em questão, levando devidamente em conta a jurisprudência da Corte”.

57 FRANÇA, 2004.

58 FRANÇA, 2012.

59 Ibid.

## **B. A EXECUÇÃO SUBSIDIÁRIA DAS OBRIGAÇÕES JURÍDICAS NASCIDAS COM A CONSTATAÇÃO DA VIOLAÇÃO**

Cada Estado parte se comprometeu a se conformar aos julgamentos definitivos da Corte em todos os casos de que é parte”.<sup>60</sup> Esse princípio, previsto pelo artigo 46 § 1, refere-se, em substância, ao direito internacional da execução baseada no respeito às obrigações nascidas da constatação de violação contida na sentença da Corte europeia. Nesse sentido, ele não deve, em princípio, ser considerado no âmbito judicial. Ademais, a estrutura estabelecida na Convenção envolve o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, que, nos termos do artigo 46, é o único competente para supervisionar a execução pelo Estado de suas obrigações oriundas da constatação de uma violação. Destarte, teoricamente, a questão da execução sai da problemática da coordenação jurisdicional ou normativa que advém da noção de subsidiariedade.

### **1. A IMPLEMENTAÇÃO, EM PRINCÍPIO, SUBSIDIÁRIA DAS OBRIGAÇÕES DOS ESTADOS NASCIDAS COM A CONSTATAÇÃO DA VIOLAÇÃO**

Ao focar exclusivamente na função do Comitê de Ministros na execução dos julgamentos da Corte, a Declaração de Brighton sublinhava implicitamente que o papel da Corte não abrangia essa questão. Esse reajuste político se baseia, na verdade, na retomada de uma interpretação jurídica das competências em matéria de execução das obrigações nascidas com a constatação da violação.

Cabe somente aos Estados as executar e ao Comitê de Ministros, supervisionar e avaliar se os meios adotados pelos Estados estão em conformidade com suas obrigações. De natureza plenamente subsidiária, a execução não é, portanto, inscrita no quadro das atribuições da Corte, cujas funções se findam, teoricamente, no momento da constatação da violação.<sup>61</sup>

É preciso, contudo, reconhecer que ela pôde, em diversos casos, recolocar em pauta esse princípio ao relacionar a constatação de violações e obrigações ligadas à execução da sentença, de modo a se reconhecer competente em matéria de injunção e execução. Sem abordar as diferentes modalidades práticas desse ativismo judicial, convém, todavia, lembrar que, em diversos julgamentos, a Corte distanciou-se da subsidiariedade ao misturar o controle judicial da convencionalidade da medida interna com o controle da execução das obrigações advindas da constatação de violação. Essa metodologia, muito criticada, também foi utilizada pela Corte em casos cujo objeto se referia a procedimentos internos que haviam sido reabertos após uma constatação de violação da Con-

60 CONSELHO DA EUROPA, 2012, § 26.

61 SUDRE, 2012, p. 829.

venção.<sup>62</sup> O controle da Corte, nesse contexto, não é mais subsidiário. Ele exige, na verdade, um exame do cumprimento de uma obrigação positiva de execução que não deixa ao Estado qualquer margem de apreciação ou, pelo menos, uma consideravelmente limitada pela Corte. Nesse sentido, a análise dos meios de execução depende não do Estado, mas da Corte, que lhe confere uma definição precisa.

Tal definição precisa encontra-se também no âmbito do procedimento da sentença piloto, aplicado no caso de demandas repetitivas. Mesmo que vários autores tenham se debruçado sobre esse procedimento, seja para o justificar, seja para o criticar, é certo que ele constitui, em substância, uma relativização manifesta do exercício pleno e completo de competências teoricamente subsidiárias conferidas às autoridades nacionais. Essa constatação parece, ainda, ser compartilhada pela Corte, que, em sua opinião preliminar estabelecida em vista da Conferencia de Brighton, não deixou de suscitar o caráter absoluto da posição que ela adotava deste do caso *Broniowski*.<sup>63</sup> Com efeito, nessa opinião lê-se:

Desde 2012, quase 34.000 casos não-prioritários repetitivos esperam tratamento, dos quais 10.800 foram registrados em 2011. No atual estado das coisas, a Corte não está em condições de tratar desses casos em um prazo razoável. Trata-se, em geral, de casos de não adoção de medidas gerais efetivas de execução das sentenças anteriores da Corte, nos quais, por definição, a fonte do problema e o ponto essencial de direito já foram determinados em uma sentença de princípio ou uma sentença piloto. A Corte planeja criar uma prática em que, para os casos manifestamente repetitivos, a sua Secretaria envie ao governo apenas a lista dos casos em questão, pedindo-lhe que os remédie de maneira apropriada. Se ele não o fizer em determinado prazo e sem objeção justificada, ela poderá proferir uma “decisão à revelia” conferindo indenizações ao requerente.<sup>64</sup>

Atualmente objeto de reflexões sobre as formas de o implementar<sup>65</sup>, esse procedimento da decisão “à revelia” revela, *a contrario*, a aceitação pela Corte

62 CEDH, 2009b, §§ 61-63: “A Corte relembra que uma constatação de violação em seus julgamentos é essencialmente declaratória e que, conforme o artigo 46 da Convenção, as Altas Partes contratantes se comprometeram a se conformar às decisões da Corte nos litígios de que são partes, cabendo ao Comitê de Ministros supervisionar a execução. O papel do comitê de Ministros nesse âmbito não significa, porém, que as medidas tomadas por um Estado demandado a fim de remediar a violação constatada pela Corte não possam criar um problema novo, não abordado pela sentença e, assim, ser objeto de uma nova ação de que a Corte poderá conhecer. Em outros termos, a Corte pode acolher uma reclamação segundo a qual a reabertura de um procedimento a nível interno, a fim de executar uma de suas sentenças, gerou uma nova violação da Convenção. Cabe ressaltar, nesse contexto, os critérios desenvolvidos pela jurisprudência acerca do artigo 35 § 2 b), que prevê que seja declarada inadmissível uma petição que é “essencialmente igual a uma petição previamente examinada pela Corte (...), e (...) não contém fatos novos”. Sendo assim, a Corte deve verificar se as duas petições em que foi acionada pela requerente tratam da mesma pessoa, do mesmo fato e dos mesmos pedidos.”

63 CEDH, 2004.

64 CEDH, 2012c, § 21.

65 Ver a carta do Secretário da Corte de 22 de junho de 2012, endereçada ao Presidente dos De-

do caráter discutível do procedimento da sentença piloto quanto à sua competência e ao princípio da subsidiariedade. Fundado na ideia de uma responsabilidade compartilhada entre a Corte e os Estados, esse procedimento permitirá evitar uma incursão da Corte que seria sinônimo da rediscussão da autonomia decisional dos Estados no contexto da implementação das decisões que evidenciam uma constatação de violação da Convenção.

## 2. UMA PRÁTICA OPORTUNISTA DA SUBSIDIARIEDADE NO ÂMBITO DA REPARAÇÃO

Retomando uma lógica imposta pelo direito da responsabilidade internacional, a constatação de violação impõe ao Estado a reparação adequada do dano. Novamente obrigação de resultado, a obrigação de reparação exige que o Estado coloque em prática, no plano da ordem jurídica interna, o conjunto dos meios que lhe permitam reparar o dano advindo da violação de um direito garantido. A reparação, que é adicionada à obrigação de cessação e à de não-repetição, cabe, assim, em princípio, às autoridades nacionais. Extraído do artigo 41 da Convenção, esse princípio baseia-se, nesse sentido, no âmbito convencional, na necessária coordenação entre o nível europeu e o nível internacional.<sup>66</sup>

Em primeiro lugar, cabe à Corte, em caso de constatação de violação, “garantir que uma reparação, total ou parcial, é possível no Estado considerado, consistindo em um apagamento das consequências da violação (*restitutio in integrum*).”<sup>67</sup> Em segundo lugar, “levando em conta a primeira abordagem, a Corte se vê autorizada a conferir, se cabível, uma satisfação equitativa”.<sup>68</sup> Extraída de outros contextos convencionais em matéria de proteção dos direitos humanos, a regra da satisfação equitativa prevê, portanto, a possibilidade de concessão de indenização pela Corte, porém somente a título subsidiário. Entretanto, para além desse princípio, é preciso novamente constatar que a Corte adotou uma orientação bastante intrusiva.

Ao tornar o princípio da *restitutio in integrum* o único objetivo da reparação, a Corte desenvolveu uma jurisprudência que recoloca em pauta a lógica instaurada. A título ilustrativo, pode-se mencionar os casos em que a Corte pôde se pronunciar sobre a satisfação adequada enquanto as ações de indenização instauradas a nível nacional ainda estavam em curso e, portanto, poderiam ter proporcionado uma reparação sem a intervenção da Corte sob a égide do

---

legados dos Ministros: “(...) o escritório da Corte, a partir de agora, conferiu mandado ao seu Comitê de métodos de trabalho para avaliar possíveis métodos de tratamento dos casos repetitivos, incluindo a introdução de um procedimento de sentença à revelia”. Ver: CM(2013)93, add. 6, §25,

66 FLAUSS, J.-F. *Conclusion générale* In FLAUSS; LAMBERT; ABDELGAWAD, 2011, p. 336.

67 DE SALVIA, 2011, p. 10.

68 Ibid.

artigo 41.<sup>69</sup> Pronunciando-se sobre a temática da reparação, a Corte relativizou a competência do Estado no contexto da implementação da sentença contra si e, do mesmo modo, relativizou, mais uma vez, a aplicação subsidiária da Convenção.

Estrasburgo, 20 de outubro de 2013.

## REFERÊNCIAS:

ALLAND, D. *Anzilotti et le droit international public*. Paris: Pedone, 2012, p. 105.

CALDEIRA BRANT, L. N. L'autorité des arrêts de la Cour internationale de justice. In: APOSTOLIDIS, C (dir.). *Les arrêts de la Cour internationale de justice*. In: Dijon, Études Universitaires, 2005.

TULKENS, F. Les réformes à droit constant. In: BENOIT-ROHMER, F.; GREWE, C.; WACHSMANN, P. *Quelle réforme pour la Cour européenne des droits de l'homme*. In: *R.U.D.H.*, vol. 14, n° 7-8, pp. 265-273, 2014.

BURGORGUE-LARSEN, L. *La Convention européenne des droits de l'homme*. Paris: L.G.D.J., 2012, pp. 10-12.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *Airey c. Irlanda*, req. n° 6289/73, 9 de outubro de 1979.

CEDH. *Akdivar et autres c. Turquie*, req. n° 21893/93, 16 de setembro de 1996. (CEDH, 1996a).

CEDH, *Aksoy c. Turquie*, req. n° 21987/93, 18 de dezembro de 1996. (CEDH, 1996b).

CEDH. *Becker c. Bélgica*, req. n° 214/56, 27 de março de 1962.

CEDH. *Broniowski c. Polônia*, req. n° 31443/96, 22 de junho de 2004 .

CEDH. *Burden c. Reino Unido*, req. n° 13378/05, 29 de abril de 2008.

CEDH. *Caso relativo a certos aspectos do regime linguístico do ensino na Bélgica*, req. n° 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64. 23 de julho de 1968.

---

69 CEDH, 2003. A opinião parcialmente dissidente do juiz LEMMENS nesse caso menciona esse fato: “eu penso que, enquanto a ação de indenização dos requerentes contra o Estado belga ainda está em curso perante as jurisdições belgas, é impossível afirmar que os requerentes tenham sofrido um dano que não foi reparado e que, portanto, pode gerar a concessão de uma satisfação equitativa nos termos do artigo 41 da Convenção.”



CEDH. *Demir et Baykara c. Turquia*, req. n°34503/97, 21 de novembro de 2006. (CEDH, 2006c).

CEDH. Documento de reflexão sobre a proposta de ampliação da competência consultiva da Corte, 2013. (CEDH, 2013b).

CEDH. *Eriksson c. Suécia*, req. n° 60437/08, 12 de abril de 2012.

CEDH. *Ernst e outros c. Bélgica*, req. n° 39400/96, 15 de julho de 2003

CEDH. *Guzzardi c. Itália*, req. n° 7367/76, 6 de novembro de 1980.

CEDH., *İçyer c. Turquia*. req. n° 18888/02, 12 de janeiro de 2006. (CEDH, 2006a).

CEDH. *Inze c. Áustria*, req. n° 8695/79, 28 de outubro de 1987

CEDH. *Kemmache c. França* (n° 3), série A, n° 296-C, 24 novembro 1994.

CEDH. *Kudla c. Polônia*, req. n° 30210/96, 26 de outubro de 2000.

CEDH. *Movimento raëlien suíço c. Suíça*, req. n° 16354/06, 13 de julho de 2012. (CEDH, 2012b).

CEDH. *Öcalan c. Turquia*, req. n° 46221/99, 12 de maio de 2005.

CEDH, *Perlala c. Grécia*, req. n° 17721/04, 22 de fevereiro de 2007.

CEDH. *Selmouni c. França*, req. n° 25803/94, 28 de julho de 1999.

CEDH. *Scordino v. Itália*, n° 1, req. n° 62361/00. 29 de março de 2006. (CEDH, 2006b).

CEDH. *Varnava e outros c. Turquia*, req. n° 16064/90 et al., 18 de setembro de 2009. (CEDH, 2009a)

CEDH. *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VGT) c. Suiça (n°2)*, req. n° 32772/02, 30 de junho 2009. (CEDH, 2009b).

CEDH. Opinião da Corte sobre o projeto de Protocolo n° 16 à Convenção ampliando a competência da Corte para lhe permitir emitir opiniões consultivas sobre a interpretação da Convenção, adotada pelo plenário da Corte em 6 de maio de 2013, AS/Jur(2013). (CEDH, 2013a).

CEDH. Plenário da Corte. Opinião preliminar da Corte em vista da Conferência de Brighton. 20 de fevereiro de 2012. (CEDH, 2012c).

COMITÊ EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS, *Brüggemann et Scheuten c. República Federal da Alemanha*, 19 de maio de 1976.

CONSELHO DA EUROPA. Alta Conferência sobre o Futuro da Corte Europeia de Direitos Humanos. *Declaração de Brighton*, 2012.

CONSELHO DA EUROPA. Comitê dos Ministros. Comitê Diretor para os Direitos Humanos. Projeto de Guia de boas práticas em matéria de vias de recursos internos. 17-18 de setembro de 2013, CM(2013) add5, 2013.

CONSELHO DA EUROPA. Relatório explicativo do Protocolo nº 5 contendo emenda à Convenção de salvaguarda dos Direitos Humanos e das Liberdades fundamentais. S.T.C.E., nº 213, 1996.

COSTA, J. P. *La Cour européenne des droits de l'homme – Des juges pour la liberté*. Paris: Dalloz, 2013.

DE SALVIA, M. Le principe de l'octroi subsidiaire des dommages-intérêts : d'une morale des droits de l'homme à une morale simplement indemnitaire. In: FLAUSS, J.-F.; LAMBERT, E. ABDELGAWAD. *La pratique indemnitaire par la Cour européenne des droits de l'homme*. Bruxelas: Bruylant, 2011.

FLEURY GRAFF, T. Commentaire de Cons. Etat, Section, 4 octobre 2012, Baumet, nº 328502. In: *R.G.D.I.P.*, 2013.

FRANÇA. Conselho de Estado. *Baumet*, nº 328502, 4 de outubro de 2012.

FRANÇA. Conselho de Estado. *Chevrol*, nº 257682, 11 de fevereiro de 2004.

FRANÇA. Conselho de Estado. *G.I.S.T.I., Recueil*, 7 de fevereiro de 2003.

FRANÇA. Contribuição francesa para o desenvolvimento efetivo do princípio da subsidiariedade. Doc. DH-GDR 003, 2012.

TIGROUDIA, H. Propos conclusifs – La légitimité du “particularisme interaméricain des droits de l'homme” en question. In: HENEBEL, L., H. TIGROUDIA. *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*. Paris: Pedone, pp. 399-401, 2009.

SUDRE, F. L'office du juge national au regard de la Convention européenne des droits de l'homme. In: LAMBERT, P. *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*. Bruxelas: Bruylant, pp. 824-825, 2000.

MARGUENAUD, J.-P. *La Cour européenne des droits de l'homme*. Paris: Dalloz, 6a ed., 2012.

PASTRE-BELDA, B. La Cour européenne des droits de l'homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits. In: *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, nº 94, 2013.

RASPAIL, H. *Le conflit entre droit interne et obligations internationales de l'Etat*. Paris: Dalloz, 2013

SANTULLI, C. Observations et proposition sur l' "extension" du concept de victime d'une violation des droits de l'homme. In: **Libertés, Justice, Tolérance – Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN**. Bruxelles: Bruylant, pp. 1371-1383, 2004.

SAUVÉ, J. M. Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme. In: *Conferências do Conselho de Estado*. 19 de abril de 2010.

SENTULLI, C. **Droit du contentieux international**. Paris: Montchrestien, 2005, p. 474, § 819.

SUDRE, F. **Droit européen et international des droits de l'homme**. Paris: PUF, 11a ed., 2012.

MAESCHERM, F. Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle, les méthodes d'interprétation de la Convention européenne. In: SUDRE, F. **L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme**. Bruxelles: Bruylant, 1998

TOUZÉ, S. **La protection des droits des nationaux à l'étranger – Recherches sur la protection diplomatique**. Paris: Pedone, 2007, pp. 416-429.



## LINHA EDITORIAL DA REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFMG.

A Revista da Faculdade de Direito da UFMG tem como *pedra de toque* o resgate da memória histórico-jurídica ocidental, sobretudo, da brasileira e, como *norte*, a elaboração imaginativa e criadora de textos fundamentais à compreensão do tempo presente (inclusive através da reflexão sobre o passado), do tempo futuro. O Direito apresenta-se com estrutura conservadora e com a feição de controle social – mas nele há potencialidade transformadora, porque feito e realizado por meio de palavras e da linguagem. Se no Direito há obrigatoriedade, também há a tragicidade e a beleza de todos os aspectos da humana vida.

Além da edição semestral, característica de sua periodicidade, a Revista da Faculdade de Direito da UFMG, *anualmente*, apresentará número especial sobre os seguintes tópicos escolhidos, mediante fundado parecer por seu Conselho Editorial:

1. Homenagem a vulto jurídico ou à personalidade com contribuição fundamental às letras jurídicas;
2. Escolha de tema do passado histórico ou tema da atualidade, com convidados para a escrita e a discussão, em perspectiva interdisciplinar, em todos os graus de formação acadêmica – graduação, pós-graduação, corpo docente de instituições de ensino superior e profissionais de diversas áreas e campos do saber;
3. Estudos temáticos por área de conhecimento para sistematizar e para aprofundar a produção de “saber” da Faculdade de Direito da UFMG;
4. Resgate Histórico dos grandes pensadores do passado com a publicação de seus textos, obedecida à normativa vigente.
5. Coletânea de resultados de pesquisas resultados de projetos desenvolvidos com apoio institucional e agências de fomento.

Os artigos aceitos pela Revista da Faculdade de Direito da UFMG, com a declaração de *ineditismo* do(s) autor(es), abarcam artigos de pesquisa e de experimento, ensaios, artigos interdisciplinares, resenhas e resumos. Também, na Revista, haverá o espaço da academia pelo avesso – atenta à visão histórica da originalidade do pensamento fora dos cânones universitários – ou seja, o autor ou os autores poderão apresentar, livremente, reflexão fundada fora do jugo acadêmico – quer pela singular expressão artística, quer pelo peculiar expressão técnica. A desobediência ao cânone é o convite para o aperfeiçoamento das ideias.

Todos os direitos editoriais estão reservados à Faculdade de Direito da UFMG e, ante a vigência da lei de direitos autorais, deverão ser rigorosamente obedecidos. A publicação dos artigos pela Revista da Faculdade de Direito da UFMG será feita sob o compromisso de transferência dos direitos autorais à publicação, acompanhada de termo de responsabilidade pessoal do(s) autor(es) sobre o conteúdo das ideias divulgadas e o seu ineditismo e originalidade, mediante prévio modelo.

A apreciação dos artigos e dos ensaios será feita por dois pareceristas, no sistema *duplo-cego* e somente serão aceitos os artigos e os ensaios com a emissão de parecer favorável à publicação. Em caso de divergência, haverá o encaminhamento a terceiro parecerista, o qual funcionará como “voto de Minerva”.

A tônica da apreciação dos artigos e dos ensaios é a humildade do autor e do próprio parecerista, garantido o anonimato de ambos, porque o conhecimento exerce-se na noite silenciosa<sup>1</sup> A Revista da Faculdade de Direito da UFMG necessita de autores que escrevam “(...) *páginas de espuma/Não para o homem orgulhoso/Que se afasta da lua enfurecida/Nem para os mortos de alta estirpe/Com seus salmos e rouxinóis,/Mas para os amantes, seus braços/Que enlaçam as dores dos séculos.(...)*”<sup>2</sup>

No caso de artigos ou de ensaios com pesquisas envolvendo pessoas humanas, deverá haver a prévia aprovação da pesquisa pelo Comitê de Ética em Pesquisa, bem como a obediência estrita e restrita às declarações internacionais e às resoluções do Conselho Nacional de Saúde.

Não haverá pagamento de nenhuma remuneração ao(s) autor(es), sendo-lhes entregues dois exemplares da Revista da Faculdade de Direito da UFMG, em caso de publicação.

Serão aceitos artigos em Português, Inglês, Espanhol, Italiano, Francês e Alemão.

As normas de publicação estarão disponíveis, também, no sítio eletrônico da Faculdade de Direito da UFMG.

---

1 Referência a Dylan Thomas.

2 THOMAS, Dylan. *Em meu ofício ou arte taciturna*. Trad. Ivan Junqueira. Disponível em: <http://www.culturapara.art.br/opoema/dylanthomas/dylanthomas.htm>. Data de acesso: ago de 2011.

# REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFMG

## INSTRUÇÕES PARA OS COLABORADORES

As colaborações destinadas à Revista da Faculdade de Direito da UFMG deverão constituir de artigos científicos **originais** e **inéditos** contendo relato de pesquisa ou de experiência, fundamentados teoricamente, resultados inéditos de pesquisa de natureza empírica, experimental, bibliográfica ou documental, que atendam às disposições contidas nas Normas Brasileiras de Documentação especificadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), dentre as quais destacamos: **NBR 6022** (Informação e documentação – Artigos em publicação periódica impressa – Apresentação); **NBR 6023** (Informação e documentação – Referências – Elaboração); **NBR 6028** (Informação e documentação – Resumo – Apresentação); e **NBR 10520** (Informação e documentação – Índice – Apresentação).

Os autores das contribuições deverão ser portadores do título de doutor, vinculados a Instituição de Ensino com Programa de Pós-Graduação **stricto sensu**, admitindo-se também a candidatura de artigos escritos em coautoria entre doutores, desde que todos os colaboradores tenham vínculo com uma Instituição de Ensino com Programa de Pós-Graduação **stricto sensu**.

Para garantia de anonimato no processo de avaliação, os artigos devem ser apresentados da seguinte forma: ter uma folha de rosto, separada das demais, onde deverá constar o título, nome do autor, profissão, vínculo institucional e título acadêmico, endereço, telefone e e-mail.

Apresentamos, a seguir, diretrizes a submissão de trabalho. Seu descumprimento poderá implicar em rejeição de publicação do artigo no periódico.

### 1. FORMA E APRESENTAÇÃO DOS ARTIGOS.

- 1.1. As colaborações devem ter, de preferência, entre 10 e 20 páginas textuais;
- 1.2. Devem ser apresentadas em documento de extensão DOC remetido ao sistema do site da revista;
- 1.3. O arquivo deverá estar formatado em tamanho A4, espaçamento 1,5, uma linha de espaço entre parágrafos, fonte Times New Roman, tamanho 12 para o corpo do texto e tamanho 10 para as notas de rodapé;
- 1.4. A largura das margens da página deverá ser: superior e esquerda – 3cm; inferior e direita – 2cm; cabeçalho – 1,5cm; rodapé – 1,0cm;
- 1.5. O alinhamento do corpo do texto deverá ser justificado;
- 1.6. A numeração deverá estar na parte inferior da página à direita.

## 2. CABEÇALHO.

- 2.1. **Título** do artigo em negrito, caixa alta e centralizado, conciso e sem abreviaturas. Quando for tradução de artigo, o nome do tradutor e o título original do trabalho devem constar em nota de rodapé;
- 2.2. **Resumo** de conteúdo, redigido na língua do texto, em no *máximo 250 palavras*. O resumo deverá explicitar o objetivo, método, resultados e conclusões contidas no documento, devendo ser preferencialmente estruturado em **parágrafo único**, observando-se as demais disposições da NBR 6028:2003 da ABNT. Deverá ficar localizado abaixo do nome do autor, separado por espaço duplo.
- 2.3. Resumo deverá vir acompanhado de **palavras-chave**: expressões significativas que representem o conteúdo do documento, inseridas logo abaixo do resumo, separadas e finalizadas por ponto.
- 2.4. **Sumário**, se houver, numerado em algarismo arábicos e recuado 5cm à direita.

## 3. TEXTO.

- 3.1. Desenvolvido segundo o plano apresentado no resumo, dividindo-se basicamente em três partes: Introdução, Desenvolvimento e Conclusão, obedecendo às subdivisões anunciadas no sumário quando for o caso;
- 3.2. Nota de agradecimento, se houver, deverá ser o último elemento do artigo;
- 3.3. Notas de rodapé, destinadas a indicações bibliográficas e comentários do autor do artigo, deverão ser numeradas seguindo a ordem de aparecimento no trabalho;
- 3.4. A primeira linha de cada parágrafo deve estar ajustada para iniciar-se a 2,5 cm de distância da margem esquerda.

## 4. ELEMENTOS EM LÍNGUA ESTRANGEIRA (título, resumo e palavras-chave) observar as disposições da NBR 6022 (ABNT, 2003b);

- 4.1. **Título e subtítulo se houver, em língua estrangeira** apresentar o título em inglês. Os elementos em língua estrangeira devem ser colocados na primeira página após as palavras-chave redigidas na língua do o texto;
- 4.2. **Resumo em língua estrangeira** apresentar o resumo traduzido para o inglês (Abstract);
- 4.3. **Palavras-chave em língua estrangeira** apresentar as palavras-chave em inglês (keywords), inseridas logo após o abstract



## 5. ILUSTRAÇÕES.

- 5.1. Gráficos, mapas, tabelas desenhos e etc. devem ser numerados e titulados tão perto quanto possível do elemento a que se refere, indicando o autor, necessariamente, sua **fonte**.
- 5.2. As imagens deverão ser encaminhadas em arquivos separados do texto em alta resolução (300 dpi), nos formatos TIFF, JPG, CDR ou PSX.

## 6. CITAÇÕES E REFERÊNCIAS

- 6.1. As citações devem ser feitas em **nota de rodapé**, indicando os dados da fonte conforme o seguinte modelo: ALBINO, 2011, p. 26;
- 6.2. As referências completas devem ser apresentadas em ordem alfabética no final do texto, de acordo com as normas da NBR-6023 / ABNT e seguindo o seguinte modelo:

### Livro:

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Assim falou Zaratustra**: um livro para todos e para ninguém. Trad. Mário da Silva. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998;

### Livro disponível online

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Assim falou Zaratustra**: um livro para todos e para ninguém. Trad. José Mendes de Souza. eBook, 2002. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/zara.pdf>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

### Capítulo de Livro:

COMANDUCCI, Paolo. Uma defesa do positivismo metodológico. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (orgs.). **Teoria do direito neoconstitucional**: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, pp. 339-352, 2008.

### Artigo:

SOMEK, Alexander. Stateless law: Kelsen's conception and its limits. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n.4, pp. 753-774, 2006;

### Artigo publicado em periódico disponível on-line

CAPUTO, Alice. Stato versus mercato, stato versus Unione Europea: la nuova disciplina degli aiuti di stato a favore dell'ambiente e dell'energia tra tutela della concorrenza e crescita sostenibile. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 69, pp. 45-68, 2016. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1781>. Acesso em: 26 dez. 2017.

- 6.3. As citações diretas de até três (3) linhas devem ser incluídas no parágrafo, entre aspas e sem alteração do tipo de letra;
- 6.4. As citações diretas de **mais de** três (3) linhas deverão ser destacadas do texto, inseridas com recuo de 4,0cm da margem esquerda, em fonte Times New Roman tamanho 10 e sem aspas;
- 6.5. Para outras informações acerca do uso de citações, o autor deverá consultar a NBR 10520:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

## 7. IDENTIFICAÇÃO DOS AUTORES

- 7.1 Não deve haver nenhuma forma de identificação do nome do(s) autor(es) no corpo do texto do artigo.
- 7.2 Os autores devem enviar um arquivo em extensão “.pdf” com os seguintes dados, sob pena de o artigo não ser submetido ao procedimento de avaliação:
  - 7.2.1. Nome completo;
  - 7.2.2. Titulação completa;
  - 7.2.3. Instituição a que se encontra vinculado (em caso de vínculo com mais de uma instituição, mencionar apenas a principal e, em caso de estar cursando curso de pós-graduação *strictu sensu*, mencionar o nome da instituição que ministra o curso);
  - 7.2.4. Endereço de e-mail;
  - 7.2.5. Endereço postal institucional (contendo indicação da Instituição de Ensino/Pesquisa, Unidade, Departamento, endereço, CEP, cidade, estado e país);
  - 7.2.6. Telefone para contato, estritamente se fizer necessário;
  - 7.2.7. As informações constantes do item 7.2.2 até ao 7.2.4 serão divulgadas na seção “Sobre os Autores”, em caso de publicação do artigo.

## 8. DISPOSIÇÕES FINAIS

- 8.1. Todos os direitos editoriais estão reservados à Faculdade de Direito da UFMG e, ante a vigência da lei de direitos autorais, deverão ser rigorosamente obedecidos. A publicação dos artigos pela Revista da Faculdade de Direito da UFMG implica na transferência dos direitos autorais à publicação.
- 8.2. Os autores são exclusivamente responsáveis pelo conteúdo das ideias divulgadas e pelo seu ineditismo e originalidade.

- 8.3. No caso de artigos ou de ensaios com pesquisas envolvendo pessoas humanas, deverá haver a prévia aprovação da pesquisa pelo Comitê de Ética em Pesquisa, bem como a obediência estrita e restrita às declarações internacionais e às resoluções do Conselho Nacional de Saúde.
- 8.4. Ao submeterem um artigo, os autores são responsáveis por reconhecer e revelar conflitos de natureza financeira, pessoal, comercial, política ou acadêmica que podem influenciar a elaboração ou avaliação do manuscrito.
- 8.5. Os autores deverão indicar se o artigo ou ensaio recebeu algum tipo de financiamento, por meio de nota de rodapé junto ao título do texto, em sua primeira página.
- 8.6. Não há pagamento de nenhuma remuneração ao(s) autor(es), sendo-lhe(s) entregue(s) um exemplar da Revista da Faculdade de Direito da UFMG, para cada autor, em caso de publicação.
- 8.7. São aceitos artigos em Português, Inglês, Espanhol, Italiano, Francês e Alemão.
- 8.8. A revisão linguística e bibliográfica deverá ser feita antes da submissão do manuscrito.

