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. 87 | pp. 1 - 334 | jul./dez. 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/P.0304-2340.2025v87

Pede-se permuta
Pídese 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 *Latinde*x, dentre outras.

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

Títulos 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

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
Profª. Drª. 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
Profª. Drª. 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
Stephanie Ferreira de Melo Andrade
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 - Quebéc , Quebéc - 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 (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo - Brasil)
Prof. Dr. Germain Ngoie Tshibambe (Université de Lubumbashi - Lubumbashi, Katanga - República Democrática do Congo)
Prof. Dr. Giovani 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 - Quebéc , Quebéc - 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)
Profa. Dra. Adriana Fasolo Pilati (Universidade de Passo Fundo - RS)
Profa. Dra. Adriane Medianeira Toaldo (Universidade Luterana do Brasil - RS)
Profa. Dra. Ana Cláudia Pompeu Torezan Andreucci (Universidade Presbiteriana Mackenzie - SP)
Profa. Dra. Ana Elizabeth Cavalcanti (Universidade Presbiteriana Mackenzie - SP)
Prof. Dr. Antônio de Pádua Fernandes Bueno (Universidade Federal de São Paulo - SP)
Prof. Dr. Arno Dal Ri Júnior (Universidade Federal de Santa Catarina - SC)
Prof. Dr. Cildo Giolo Júnior (Universidade do Estado de Minas Gerais - MG)
Prof. Dr. Daniel Alves Pessoa (Universidade Federal Rural do Semi-Árido - RN)
Prof. Dr. Daniel Brod Rodrigues de Sousa (Universidade Federal de Pelotas - RS)
Profa. Dra. Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori (Universidade La Salle - RS)
Profa. Dra. Daniela Rocha Teixeira (Universidade Federal do Sul da Bahia - BA)
Prof. Dr. Danilo Fontenele Sampaio Cunha (Centro Universitário 7 de Setembro - CE)
Prof. Dr. Delson Fernando Barcellos Xavier (Universidade Federal de Rondônia, UNIR - RO)
Prof. Dr. Deo Campos Dutra (Universidade Católica de Brasília - DF)
Prof. Dr. Edilton Meireles de Oliveira Santos (Universidade Federal da Bahia, UFBA - BA)
Prof. Dr. Eduardo Pordeus Silva (Universidade Federal de Campina Grande, UFCG - PB)
Profa. Dra. Eliana Pulcinelli (Centro Universitário IBMEC Rio de Janeiro - RJ)
Prof. Dr. Enzo Bello (Universidade Federal Fluminense - RJ)
Prof. Dr. Felipe Pante Leme de Campos (Universidade do Estado do Rio de Janeiro - RJ)
Profa. Dra. Fernanda Figueira Tonetto Braga (Centro Universitário do Distrito Federal - DF)
Prof. Dra. Fernanda Martins (Universidade Federal do Rio Grande do Sul - RS)
Profa. Dra. Fernando César Costa Xavier (Universidade Federal de Roraima - RO)
Prof. Dr. Francisco Antônio de Barros e Silva Neto (Universidade Federal de Pernambuco - PE)
Prof. Dr. Francisco Pedro Jucá (Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo - SP)
Prof. Dr. Georgenor de Souza Franco Filho (Universidade da Amazônia- PA)
Prof. Dr. José Lenho Silva Diógenes (Universidade Federal do Ceará - CE)
Prof. Dr. Leonardo Sant'Anna (Universidade do Estado do Rio de Janeiro - RJ)
Prof. Dra. Lídia Maria Ribas (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - MS)
Profa. Dra. Maurinice Evaristo Wenceslau (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - MS)
Profa. Dra. Marcia Cristina Xavier de Souza (Universidade Federal do Rio de Janeiro - RJ)
Prof. Dr. Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz (Universidade Federal do Ceará - CE)
Profa. Dra. Maria Helena de Carvalho (Centro Universitário do Sul de Minas, MG)
Prof. Dr. Rafael Santos de Oliveira (Universidade Federal de Santa Maria - RS)
Prof. Dr. Raoni Macedo Bielschowsky (Universidade Federal de Minas Gerais - MG)
Prof. Dr. Ricardo Antônio Lucas Camargo (Universidade Federal do Rio Grande do Sul - RS)
Prof. Dr. Ronaldo Lima dos Santos (Universidade de São Paulo - SP)
Prof. Dr. Thiago Ribeiro Rafagnin (Universidade Federal do Oeste da Bahia- BA)
Prof. Dr. Walter Lucas Ikeda (Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - RS)

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*

A PAUTA ANTICORRUPÇÃO NA OEA E O FUNDAMENTO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

Ana Julia Pozzi Arruda
Fernando Andrade Fernandes
... 17 ...

THE ANTICORRUPTION AGENDA IN THE OAS AND THE BASIS FOR THE INTERNALIZATION OF CRIMINAL LAW

Ana Julia Pozzi Arruda
Fernando Andrade Fernandes

OS DESAFIOS JURÍDICOS DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DA BIODIVERSIDADE DIANTE DA CRISE CLIMÁTICA

Bernardo Mageste Castelar Campos ... 41 ...

THE LEGAL CHALLENGES OF THE INTERNATIONAL PROTECTION OF BIODIVERSITY IN THE FACE OF THE CLIMATE CRISIS

Bernardo Mageste Castelar Campos

REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DE FILIAÇÃO E SUCESSÓRIO

Edwirges Elaine Rodrigues ... 55...

POST-MORTEM ASSISTED REPRODUCTION AND ITS IMPLICATIONS FOR FILIAL AND SUCCESSION LAW

Edwirges Elaine Rodrigues

A LEGITIMIDADE DA MORAL E O CONCEITO DE LIBERDADE NA GRÉCIA ANTIGA: DO BASILEUS À PÓLIS

Francisco Eliandro Souza do Nascimento
Thales Cavalcante Linhares ... 85...

LEGITIMACY OF MORALITY AND THE CONCEPT OF FREEDOM IN ANCIENT GREECE: FROM THE BASILEUS TO THE POLIS

Francisco Eliandro Souza do Nascimento
Thales Cavalcante Linhares

ASPECTOS RELEVANTES SOBRE O SISTEMA DE PRECEDENTES DA ESPANHA EM UM DIREITO COMPARADO

Gabriel Ignacio Anitua
Marlon Amaral Húngaro
Ricardo T. P. Genelhú ... 105...

ASPECTOS RELEVANTES SOBRE EL SISTEMA DE PRECEDENTES EN ESPAÑA EN UN DERECHO COMPARADO

Gabriel Ignacio Anitua
Marlon Amaral Húngaro
Ricardo T. P. Genelhú

O DIREITO À INFORMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE COMBATE AO CAPACITISMO EM UM CONTEXTO DEMOCRÁTICO E PLURAL

Hênyo Hytallus da Silva Andrade
Fabiana Rodrigues Barletta

... 125...

THE RIGHT TO INFORMATION AS NA INSTRUMENT TO COMBAT CAPABILITY IN A DEMOCRATIC AND PLURAL CONTEXT

Hênyo Hytallus da Silva Andrade
Fabiana Rodrigues Barletta

TRIBUNAL DO JÚRI: TRÊS PROBLEMAS EMPÍRICOS À LUZ DAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICA E INFORMACIONAL

Heraldo Elias Montarroyos

... 147...

JURY COURT:THREE EMPIRICAL PROBLEMS IN THE LIGHT OF DEMOCRATIC AND INFORMATIONAL SOCIETIES

Heraldo Elias Montarroyos

JUSTICIA DIGITAL EN EL SUR GLOBAL Y EUROPA: NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA, DESIGUALDAD Y GOBERNANZA DEMOCRÁTICA CON MIRADAS PARA CHILE

Isnel Martínez Montenegro
Víctor Antonio Navarrete Acuña
Santiago Rojas Bauvignet

... 163...

DIGITAL JUSTICE IN THE GLOBAL SOUTH AND EUROPE: TECHNOLOGICAL NEUTRALITY, INEQUALITY, AND DEMOCRATIC GOVERNANCE WITH PERSPECTIVES FOR CHILE

Isnel Martínez Montenegro
Víctor Antonio Navarrete Acuña
Santiago Rojas Bauvignet

A HISTÓRIA DA FORMAÇÃO DAS LEIS PROCESSUAIS CIVIS BRASILEIRAS: DO BRASIL IMPÉRIO À ENTRADA EM VIGOR DO CPC DE 1939

Joseli Lima Magalhães

... 197...

THE HISTORY OF THE FORMATION OF BRAZILIAN CIVIL PROCEDURAL LAWS: FROM THE BRAZILIAN EMPIRE TO THE ENTRY INTO FORCE OF THE 1939 CPC

Joseli Lima Magalhães

TEORIA DA FIRMA E ECONOMIA DE PLATAFORMA

Marcia Carla Pereira Ribeiro
João Paulo Atilio Godri

... 223...

FIRM THEORY AND PLATFORM ECONOMY

Marcia Carla Pereira Ribeiro
João Paulo Atilio Godri

A 5ª REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE: A INSEGURANÇA JURÍDICA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Sandra Morais de Brito Costa
Beatriz Cardoso Montanhana

... 243...

THE 5TH INDUSTRIAL REVOLUTION AND PERSONALITY RIGHTS: LEGAL UNCERTAINTY IN LABOR RELATIONS

Sandra Morais de Brito Costa
Beatriz Cardoso Montanhana

MÁQUINAS ABERTAS E RIZOMÁTICAS: REFLEXÕES SOBRE O SOFTWARE LIVRE/OPEN-SOURCE

Thiago Oliveira da Silva Novaes
Otávio Morato de Andrade

... 259...

OPEN AND RHIZOMATIC MACHINES: REFLECTIONS ON FREE AND OPEN SOURCE SOFTWARE (FLOSS)

Thiago Oliveira da Silva Novaes
Otávio Morato de Andrade

BASE DE CÁLCULO DO ITBI: PRINCÍPIOS DA REALIDADE E DA PRATICIDADE

ITBI TAX BASE: THE PRINCIPLES OF REALITY AND PRACTICALITY

Valéria Furlan ... 283... *Valéria Furlan*

MEMÓRIA HISTÓRICA / *HISTORICAL MEMORY*

CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO RECRUTAMENTO E DA FORMAÇÃO DE MAGISTRADOS EM PORTUGAL

CONSIDERATIONS ON THE RECRUITMENT AND TRAINING OF MAGISTRATES IN PORTUGAL

João Alberto de Almeida ... 309... *João Alberto de Almeida*

EDITORIAL

É com renovada satisfação que a Revista da Faculdade de Direito da UFMG apresenta a sua 87ª edição. Mantendo-se fiel à sua vocação histórica de promover uma produção científica de excelência, este volume reafirma-se como espaço fértil para a difusão de conteúdo acadêmico voltado ao aprofundamento do debate jurídico. Em tempos de ciência aberta, vislumbramos a introdução de novos paradigmas na produção científica, baseados em vetores tecnológicos diferenciados, como suporte ao processo de construção dos saberes. Assim, buscamos contribuir com esse movimento, promovemos a divulgação de textos de alta qualidade técnica e de conteúdos que abrangem diversificados matizes.

Reunimos, neste número, uma variedade de reflexões e análises sobre questões cruciais que permeiam o cenário do direito contemporâneo, atravessando considerações de relevância histórica, social, econômica, filosófica e política, que incidem tanto no plano nacional quanto no âmbito internacional. Essa sortida análise de conteúdos jurídicos somente foi possível porque, com distinção e admiração, recebemos dos nossos colaboradores, razão pela qual, registramos os nossos mais sinceros agradecimentos a todas e todos esses autores e coautores que confiaram os frutos de suas investigações à nossa Revista. Estendemos ainda, com igual profundidade, nosso reconhecimento ao rigor, à diligência e à generosa dedicação de cada avaliador e de todos os membros de nossa equipe editorial, cuja atuação tornou possível a materialização exitosa deste volume.

Abrindo essa edição, o leitor encontrará o estudo de Direito Tributário intitulado "Base de Cálculo do ITBI: Princípios da Realidade e da Praticidade", de autoria de Valéria Furlan (FDSBC). Nesse artigo, examina-se a persistente celeuma jurídica em torno da definição da base de cálculo do ITBI propondo, a autora, diretrizes que reforcem a justiça tributária — dentre elas, a valorização da presunção de veracidade das declarações prestadas pelo contribuinte.

No horizonte das discussões da área da economia, se encontra o artigo "Teoria da Firma e Economia de Plataforma", de Marcia Carla Pereira Ribeiro (UFPR) e João Paulo Atilio Godri (PUCPR), que adentram a Nova Economia Institucional, demonstrando que, apesar da redução substancial de custos de transação pela Economia de Plataforma, a Teoria da Firma, enquanto mecanismo de governança, permanece como alternativa eficiente para a coordenação das atividades econômicas e para a mitigação desses custos.

No âmbito do Direito Penal, desdobram-se reflexões que atravessam os cenários nacional e internacional, conferindo maior densidade e riqueza ao conteúdo dessa esta edição. O artigo intitulado "A Pauta Anticorrupção na OEA e o Fundamento de Internacionalização do Direito Penal", de autoria de Ana Julia Pozzi Arruda (UNESP) e Fernando Andrade Fernandes (UNESP), analisa as iniciativas da OEA, tomando a Convenção Interamericana contra a Corrupção como paradigma para compreender o processo de internacionalização das obrigações jurídico-penais. Os autores, de modo acurado, sublinham que a necessária ponderação entre universalismo e soberania constitui elemento central para a salvaguarda das bases axiológicas do Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, na dimensão interna do Direito Penal Brasileiro, Heraldo Elias Montarroyos (UNIFESSPA), em seu artigo "Tribunal do Júri: Três Problemas Empíricos à Luz das Sociedades Democrática e Informacional", estuda sobre a relevância do Tribunal do Júri, defendendo sua permanência institucional ao mesmo tempo que propõe estratégias corretivas para enfrentar desafios práticos recorrentes — entre eles, a "cegueira antidemocrática do sorteio" e o limitado domínio jurídico por parte dos jurados — a fim de aprimorar a qualidade da informação processual.

Dando continuidade à variedade temática desta edição, apresenta-se o artigo no campo do Direito do Trabalho intitulado "A 5ª Revolução Industrial e os Direitos da Personalidade: A Insegurança Jurídica nas Relações de Trabalho", de Sandra Morais de Brito Costa (FADISP) e Beatriz Cardoso Montanhana (UNOESC). No referido artigo, as autoras investigam a respeito dos impactos da crescente integração entre trabalhadores e sistemas inteligentes, sobre a tutela dos direitos da personalidade. O estudo demonstra que tal cenário, marcado pela ampliação das capacidades 'maquínicas' e pelo emprego de técnicas de 'biopoder', exige a formulação de novos marcos normativos aptos a assegurar a proteção efetiva dos direitos fundamentais nas relações laborais contemporâneas.

Por sua vez, o Direito Civil vem contemplado com uma reflexão atual e sensível sobre as relações de família e sucessões. No artigo "Reprodução Assistida Post Mortem e Seus Reflexos no Direito de Filiação e Sucessório" a autora, Edwirges Elaine Rodrigues (CEUCLAR), investiga quanto aos desafios jurídicos decorrentes da reprodução assistida *post mortem,* destacando, sobretudo, a lacuna normativa existente no ordenamento jurídico brasileiro e suas implicações para a definição da filiação e para a ordem sucessória.

No contexto do Direito Processual Civil, essa edição traz o artigo de Joseli Lima Magalhães (UFPI) que enriquece o debate histórico sobre a formação e a aplicação das normas processuais. Como se observará no decurso da leitura, o artigo "A História da Formação das Leis Processuais Civis Brasileiras: do Brasil Império à Entrada em Vigor do CPC de 1939 e suas Contribuições e Conexões com o CPC de 2015" revisa a trajetória histórica da codificação processual civil, destacando seus marcos formativos e suas conexões com o Código de Processo Civil em vigor.

Na esfera da Filosofia Jurídica, Francisco Eliandro Souza do Nascimento e Thales Cavalcante Linhares (UNINTA) apresentam o artigo "A Legitimidade do Campo Jurídico na Antiguidade Grega: da Moral à Liberdade dos Antigos", no qual exploram a transformação dos fundamentos da moral e da legitimidade na Grécia Antiga, especialmente a partir do surgimento da filosofia e da pólis como espaço efetivador da liberdade e da ação política.

Na seara do Direito Digital, Thiago Oliveira da Silva Novaes (UFC) e Otávio Morato de Andrade (UFMG) contribuem com o estudo sobre as "Máquinas Abertas e Rizomáticas: Reflexões sobre o *Software Livre/Open-Source*", discutindo o modelo FLOSS à luz dos conceitos de rizoma e máquina aberta, destacando seu potencial para promover transparência, interoperabilidade e circulação ampliada do conhecimento técnico.

Sob a perspectiva do Direito à Inclusão, os autores Hênyo Hytallus da Silva Andrade e Fabiana Rodrigues Barletta (UFRJ) apresentam o artigo intitulado "O Direito à Informação como Instrumento de Combate ao Capacitismo em um Contexto Democrático e Plural", no qual investigam o papel do direito à informação no enfrentamento das práticas capacitistas e na efetivação dos direitos fundamentais.

Na seção dedicada às contribuições estrangeiras, esta edição compartilha três diferentes estudos, que ampliam o diálogo na esfera internacional, sobre aspectos do direito comparado, direito processual civil, direito ambiental e tecnologia. Em "Aspectos Relevantes sobre o Sistema de Precedentes da Espanha em um Direito Comparado", o autor argentino Gabriel Ignacio Anitua (*Universidad de Buenos Aires*), juntamente com os autores brasileiros Ricardo T. P. Genelhú (FUCAPE) e Marlon Amaral Húngaro (UERJ), estudam sobre os fundamentos legislativos e as práticas jurisprudenciais que estruturam os sistemas espanhol e brasileiro de precedentes vinculantes, estabelecendo paralelos e contextualizando os debates em ambos os países.

Além disso, no artigo intitulado "Os Desafios Jurídicos da Proteção Internacional da Biodiversidade diante da Crise Climática", Bernardo Mageste Castelar Campos (*Università degli Studi di Milano-Bicocca*) analisa as tensões que a crise climática impõe ao regime jurídico internacional da biodiversidade, destacando a necessidade de interpretações sistêmicas e dinâmicas dos tratados ambientais, para garantir respostas mais coerentes e adaptativas.

Em sequência, no texto "Justicia Digital en el Sur Global y Europa: Neutralidad Tecnológica, Desigualdad y Gobernanza Democrática con Miradas para Chile", os autores Isnel Martínez Montenegro, Víctor Antonio Navarrete Acuña e Víctor Antonio Navarrete Acuña (Universidad Católica de Temuco) examinam, criticamente, a ideia de neutralidade tecnológica no âmbito da justiça digital, contrapondo modelos regulatórios europeus e latino-americanos e propondo um paradigma de governança democrática capaz de enfrentar desigualdades estruturais e promover sistemas judiciais mais inclusivos e transparentes.

Na seção de Memória Histórica, João Alberto de Almeida (UFMG) apresenta o artigo intitulado "Considerações a Respeito do Recrutamento e da Formação de Magistrados em Portugal". O estudo delineia, a partir da atuação do Centro de Estudos Judiciários (CEJ), os contornos do modelo português de ingresso na magistratura e de sua formação inicial e contínua.

No epílogo destas palavras, cumpre-nos reiterar nossos mais profundos agradecimentos a todos os pesquisadores, autores, avaliadores e demais colaboradores que possibilitaram a realização desta nova edição da Revista da Faculdade de Direito da UFMG. A cada um deles dirigimos o nosso reconhecimento por sua dedicação intelectual, generosidade acadêmica e compromisso com o desenvolvimento científico-jurídico de excelência que compõem e orientam esta publicação.

Formulamos, igualmente, os nossos votos de que a apreciação dos estudos ora apresentados proporcione aos leitores uma experiência simultaneamente agradável, instigante e enriquecedora. Que esta edição, em sua pluralidade temática e rigorosa construção, inspire novas reflexões, estimule diálogos e continue a fortalecer a comunidade acadêmica que se forma em torno desta revista!

Profa. Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau
Diretora-Editora

Prof. Lucas Carlos Lima
Diretor-Adjunto

ARTIGOS / *ARTICLES*

DOI: 10.12818/P.0304-2340.2025v87p17

A PAUTA ANTICORRUPÇÃO NA OEA E O FUNDAMENTO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

THE ANTICORRUPTION AGENDA IN THE OAS AND THE BASIS FOR THE INTERNALIZATION OF CRIMINAL LAW

*ANA JULIA POZZI ARRUDA**
*FERNANDO ANDRADE FERNANDES ***

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar as inciativas da OEA (Organização dos Estados Americanos) na promoção da política anticorrupção no âmbito da América Latina, notadamente quanto aos fundamentos de legitimidade das instituições multilaterais no que tange ao estabelecimento de obrigações jurídico-criminais. Elegeu-se como paradigma a Convenção Interamericana contra a Corrupção, bem como as discussões promovidas pelo seu respectivo mecanismo de implementação (MESICIC), os quais permitem observar como se deu este processo de internacionalização e, consequente, internalização de tais obrigações. Tendo em vista o contexto de globalização, as iniciativas internacionais devem proporcionar instrumentos para que os Estados lidem conjuntamente com os problemas que se apresentam no cenário internacional, de forma a unir esforços na preservação das respectivas instituições democráticas. Justifica-se a importância da análise no âmbito jurídico-penal, pois a questão apresenta-se ainda mais sensível, uma vez que as demandas internacionais e imediatistas da sociedade contemporânea podem contrapor-se aos princípios de política criminal fundados na dignidade da pessoa humana. Conclui-se que a ponderação entre os fatores universalismo e soberania é fundamental no processo de definição de agenda política, para favorecer a integração supranacional bem como proteger as bases axiológicas do Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

This article aims to analyze the initiatives of the OAS (Organization of American States) in promoting anti-corruption policies in Latin America, particularly regarding the legitimacy of multilateral institutions in establishing legal and criminal obligations. The Inter-American Convention against Corruption was chosen as a paradigm, along with the discussions promoted by its respective implementation mechanism (MESICIC), which allow for an observation of how the process of internationalization and subsequent internalization of such obligations has unfolded. In the context of globalization, international initiatives should provide tools for states to jointly address problems that arise on the international stage, thereby uniting efforts to preserve their respective democratic institutions. The importance of this analysis within the criminal law framework is justified, as the issue is particularly sensitive, given that the immediate and international demands of contemporary society may conflict with the principles of criminal policy grounded in human dignity. It is concluded that balancing the factors of universalism and sovereignty is crucial in the process of defining political agendas, to promote supranational integration as well as protect the axiological foundations of the Democratic Rule of Law.

* Doutoranda em Direito pela UNESP. *E-mail:* ana.arruda@unesp.br
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-7021-7983.

** Pós-doutor em Direito pela Universidade de Salamanca (2011). Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra (2000). Professor Assistente da Universidade Estadual Paulista Júlio Mesquita Filho (UNESP). *E-mail*: fernando.a.fernandes@unesp.br.
ORCID: .https://orcid.org/0000-0002-6801-3356.

PALAVRAS-CHAVE: OEA. Convenção Interamericana contra a Corrupção. Direito Penal. Política Criminal.

KEYWORDS: *OAS. Inter-American Convention against Corruption. Criminal law. Criminal policy.*

1. INTRODUÇÃO

Com o fenômeno da globalização e da mundialização financeira, os Estados passaram a se unir em Blocos Regionais de forma a se colocarem como mais competitivos no mercado internacional. Entretanto, além da perspectiva econômica, a globalização, paralelamente, também proporcionou uma expansão de problemas sociais de modo que transpassassem as fronteiras dos Estados, havendo a necessidade de que sejam planejadas ações coordenadas e conjuntas para lidar com tais questões.

Nesse sentido, as instituições multilaterais apresentam iniciativas supranacionais, por meio de documentos e tratados que vinculam a atuação dos países-membros, de forma a promover um marco comum e integrado de desenvolvimento, que abarque tanto a perspectiva econômica quanto social das relações no cenário internacional. Todavia, diversas críticas questionam a legitimidade das instituições supranacionais, sua forma de organização, bem como as políticas públicas por elas estruturadas, o que coloca em xeque as intervenções propostas aos Estados e a construção de uma política global consistente para enfrentar problemas que ultrapassam a esfera do Estado Nacional.

No âmbito da corrupção, pela estreita relação da temática com o Direito Penal, é imprescindível analisar a legitimidade de tais iniciativas, visto que os instrumentos internacionais podem apresentar conflitos com as instituições democráticas de cada país. Dessa forma, para que a política internacional anticorrupção levada a cabo no âmbito da OEA seja coerente é preciso que perpasse pelo fortalecimento do Estado Democrático de Direito e respeito à soberania dos países-membros.

2. GLOBALIZAÇÃO E ESTADO NACIONAL

A partir do final do século XX, o fenômeno da globalização foi intensificado sobremaneira em razão das novas tecnologias da comunicação, as quais possibilitaram o encurtamento das dimensões espaço-tempo em escalas inimagináveis. Trata-se de um processo de integração que teve suas origens na relação econômica, sobretudo no que tange às trocas comerciais entre os diferentes países, mas que reformulou inclusive aspectos políticos, sociais e culturais que marcam de modo muito evidente as relações entre Estado, mercado e sociedade.

A constituição de uma ordem global fundamentada na integração econômica e expansão das relações comerciais concedeu enorme importância para as

grandes corporações transnacionais, as quais fragmentaram a cadeia de produção, deslocando-se para países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, com baixa regulamentação trabalhista e fiscal, de forma a maximizar as taxas de lucratividade. Além disso, como ressalta Giddens, a desmonetarização da economia favoreceu o processo de acúmulo de capital e permitiu que surgissem novas zonas de interação financeira no âmbito dos países e instituições privadas.

> O volume do comércio externo de hoje é superior ao de qualquer período anterior e abrange uma gama muito mais extensa de bens e serviços. Mas a maior diferença registra-se a nível financeiro e nos movimentos de capitais. Alimentada pelo dinheiro eletrônico – isto é, dinheiro que só existe como informação digital nos discos dos computadores – a economia do mundo atual não tem paralelo com a das épocas anteriores. Na nova economia eletrônica global, gestores de fundos, bancos, empresas, sem esquecer milhões de investidores a título pessoal, podem transferir grandes somas de capitais com o simples carregar num botão[1].

A partir da enorme importância conquistada pelos mercados, sobretudo no cenário transnacional, verificou-se o aprofundamento da relação entre poder político e poder econômico, de modo que, muitas vezes, os Estados em posição de maior vulnerabilidade cedem às pressões do mercado financeiro. As influências no âmbito político são de tal forma que restringem a autonomia e a soberania estatal em nome dos interesses particulares das grandes corporações privadas, até mesmo pela condição de dependência cada vez mais intensa entre a economia dos países e os investimentos externos.

> Assim, a mobilidade de capital promovida pela globalização exige uma convergência de políticas que protejam os interesses dos proprietários dos recursos financeiros, de forma que recebam as mesmas garantais e retorno em todos as localidades em que invistam seus recursos, gerando uma clara intervenção na esfera de soberania dos Estados-nação, devido à imposição de padrões uniformes globais para a maximização de seus lucros[2].

Tais fatores, invariavelmente, provocam um acirramento na competição econômica internacional, que acaba por orientar muitas das políticas nacionais, diminuindo a capacidade do Estado para cumprir com os respectivos objetivos sociais constitucionais. As demandas de saúde, educação, segurança, moradia, saneamento, entre outras, são transferidas para as iniciativas privadas e efetivadas a partir de uma contraprestação financeira por parte do usuário do serviço, reafirmando uma lógica individualista, na medida em que restringe o acesso aos serviços às pessoas que possuem condições de arcar financeiramente com tais custos.

É possível argumentar que esta configuração, em que se verifica a predominância mercadológica sobre aspectos sociais, afeta as condições de legitima-

1 GIDDENS, 2007, p. 21

2 CONTIPELLI, 2018, p. 281

ção das instituições democráticas e da própria função do Estado pois, incapazes de garantir a prestação e proteção de direitos, legitimam-se apenas a partir da observância a aspectos procedimentais e lógico-formais de sua organização[3].

Evidentemente que tal contexto produz reflexos na estrutura do Estado Nação, a qual fora pensada a partir do paradigma liberal-racional do século XIX, tendo em vista a mudança na gama de fatores que até então orientava o arranjo político-institucional dos países. Nesse sentido, Habermas apresenta a construção do Estado Moderno, pós Revolução Francesa, a partir das seguintes premissas:

> O Estado moderno surgiu, nomeadamente, como um **Estado administrador/fiscal** e como um **Estado territorial provido de soberania** que se pôde desenvolver no âmbito de um **Estado nacional** no sentido de um **Estado democrático de direito e social** (**grifo nosso**)[4].

O advento da globalização, em razão das novas – e mais amplas – zonas de interação econômica, política e social, provocou impactos em todos estes aspectos sobre os quais o Estado moderno fora construído. Portanto, verifica-se um cenário de anacronismo entre as instituições estatais (dentro do contexto para o qual foram desenhadas) e a atual conjuntura globalizada, que repercute nos mais diversos âmbitos da vida em sociedade, inclusive para além dos limites fronteiriços dos países, atingindo a comunidade global. E, paralelamente à crescente complexidade das estruturas contemporâneas, há a exigência de um arsenal normativo que seja capaz de conferir certeza e segurança jurídica a estas novas relações.

Assim, muitos dos organismos internacionais inicialmente pensados para atuarem na manutenção da paz ou impulsionar as trocas comerciais entre os Estados, passaram a ter um papel importante em também lidar com as contradições da globalização, a partir de diferentes iniciativas pensadas no sentido de promover governança a nível global. São mecanismos e agendas políticas que visam dar um tratamento relativamente homogêneo a diversas questões sociais e econômicas que podem afetar tanto a comunidade local quanto a internacional. Dessa forma, o pluralismo jurídico – diferentes normativas aplicáveis a mesma situação – é a tônica da legislação contemporânea no que se refere aos impactos da sociedade mundializada e integrada, na medida em que surgem espaços de interlegalidade entre as normativas locais e supranacionais.

3 Bauman, 2013, p. 19. O autor também ressalta o perigo da legitimação verificada unicamente a partir da via procedimental, tendo em vista que governos ditatoriais e políticas autoritárias podem apresentar altas percentagens de apoio popular nas urnas, em detrimento de governos comprometidos com a proteção de liberdades e garantias fundamentais constitucionalmente previstas.

4 HABERMAS, 2001, p. 80

2.1. INICIATIVAS DE GOVERNANÇA GLOBAL

A governança global é caracterizada pela conjugação de esforços entre Estados e organizações não-governamentais, em instituições multilaterais que atuam por meio de um mecanismo de tomada de decisão, para tentar lidar com as questões que transcendem o âmbito do Estado Nação e afetam a comunidade internacional. Nesse sentido, é importante levar em consideração os interesses nacionais e internacionais que possam influenciar o processo de tomada de decisão, administrando-os de forma harmônica para conciliar as decisões globais com a soberania estatal.

Tais iniciativas são de fundamental importância no sentido de fazer frente aos problemas sociais e às consequências negativas da globalização, sobretudo no que tange à exclusão social, acirramento da competição a nível internacional, liberalização das economias, relativização da soberania estatal e desregulamentação das empresas multinacionais. Há uma gama de questões sociais que fogem ao controle dos Estados, fazendo-se necessário uma abordagem conjunta, integrada e coordenada para o enfrentamento efetivo de tais problemas.

> O surgimento e fortalecimento de organizações internacionais, bem como o desenvolvimento de instrumentos normativos internacionais, contribuíram para a consolidação de uma complexa rede de interdependência pautada em arranjos regulatórios e de colaboração. (...) O fortalecimento da capacidade de os países formularem e executarem políticas públicas consistentes, e com vistas à promoção do crescimento e do desenvolvimento econômico também em âmbito internacional, passou a fazer parte da agenda global[5]

Nesse sentido, o aumento das problemáticas a nível transnacional e de questões cada vez mais especializadas motivou o surgimento de esferas multicêntricas de governança, sobretudo para além dos limites fronteiriços estatais. Verifica-se a formação de uma rede integrada de Estados e organizações para controlar o risco advindo de diversas áreas – economia, criminalidade, meio ambiente, entre outras – de forma que, pela importância atribuída ao direito internacional, condiciona de maneira decisiva o processo político de tomada de decisão local[6].

A atuação das organizações internacionais é pautada no estabelecimento de diretrizes que possam orientar as políticas nacionais em torno de um objetivo internacional, definindo padrões mínimos a serem seguidos pelos Estados. Apesar da existência de posições discordantes, a delegação de poder na esfera internacional e a consequente submissão aos padrões internacionais podem ser instrumentos que fortalecem a democracia, pela adesão do Estado aos mecanis-

5 DAIBERT; PERES, 2014, p. 222-223

6 HELD, 2004

mos de avaliação e participação em esferas de influências recíprocas, de forma a aprimorar o controle democrático sobre políticas que afetem os cidadãos[7].

No contexto de globalização financeira, este aspecto é fundamental para maior controle dos mercados e da expansão do poder econômico de forma desenfreada. Muitos países sofrem com altos índices de corrupção e suborno, sendo que tais práticas podem inclusive estar difundidas dentro da estrutura institucional, fazendo-se importante que os organismos internacionais promovam políticas de transparência e *accountability* para os Estados[8].

Ao se tratar sobre as estratégias de governança, há diversas formas de organização institucional que favorecem a integração entre os países, tanto no plano regional quanto global, a depender das finalidades de cada agrupamento. No presente artigo destaca-se a atuação da OEA (Organização dos Estados Americanos) no plano regional, notadamente no que tange a definição da agenda política, econômica e jurídica anticorrupção na América Latina, a partir da perspectiva brasileira.

No que tange à governança supranacional em matéria jurídico-criminal, analisar a legitimidade das organizações internacionais é fundamental para entender as iniciativas propostas, especialmente pela sensibilidade democrática do conteúdo penal e pelos reflexos na proteção de direitos e garantias fundamentais que podem acarretar. Assim, Anabela Miranda Rodrigues ressalta "a matéria penal é extremamente sensível às forças de integração/ intergovernamentalidade. Diria mesmo que a segurança, hoje um valor absolutizado e sacralizado, é demasiado integrador ou federalizador"[9]. De plano, ressalta-se que os procedimentos externos de criação normativa – seja no sentido de criminalização expressa de algumas condutas ou estabelecimento da obrigação de criminalizar determinada prática – fundam-se e valorações jurídicas tidas por uniformizadas, em que pese as diferentes realidades dos países[10].

Além disso, há uma alteração no paradigma clássico da decisão orientada pelo parlamento quanto à produção legislativa e às principais decisões de política criminal, tendo em vista que, apesar de serem adotadas dentro dos limites fronteiriços e soberanos de cada Estado, o fundamento de tais decisões advém de instâncias supranacionais, como Estados dominantes, empresas transnacionais ou organizações internacionais[11]. Assim, diante da evidente perda da total autonomia dos órgãos legislativos nacionais frente às demandas internacionais, tal como se evidenciava na concepção clássica do Estado Moderno, questiona-

7 KEOHANE; MACEDO; MORAVCSIK, 2009

8 Nesse sentido, sobre o papel das organizações internacionais no enfrentamento à corrupção, cf. ROSE-ACKERMAN, 1999.

9 RODRIGUES, 2011, p. 104

10 MACHADO, 2004

11 NAVARO DOLMESTCH, 2004

-se como tais reivindicações podem ser introduzidas na ordem jurídica nacional, preservando-se as instituições democráticas e soberanas.

2.2. LEGITIMIDADE SUPRANACIONAL: REPRESENTATIVIDADE X FUNCIONALIDADE

A forma de se pensar a legitimidade das organizações internacionais, bem como seu processo político de tomada de decisão, é um dos principais pontos do debate atual, porque implica na relativização ou na concessão de parte da soberania estatal a um terceiro envolvido, o que pode, em um primeiro momento, parecer nocivo às premissas do Estado Democrático de Direito. Todavia, ao se investigar o fenômeno de forma mais abrangente, verifica-se que, se orientado e estruturado a partir de princípios democráticos coletivos, pode, inclusive, aumentar a capacidade política dos Estados Nacionais e melhorar o nível de organização institucional em torno de problemas globais comuns.

No cenário internacional, os aspectos políticos e econômicos são moldados por relações de poder, as quais possuem potencial para influenciar e, consequentemente, enfraquecer a soberania estatal e a capacidade de organização das autoridades políticas no plano interno e externo. Sendo assim, o trabalho das instituições de governança deve ser orientado no sentido de fortalecer, de forma legítima, a paridade e equidade representativa entre os atores envolvidos, em termos qualitativos e quantitativos, de forma que promova o desenvolvimento em diferentes Estados através da democratização das relações internacionais. Invariavelmente é um aspecto fundamental relacionado ao pressuposto da legitimidade, na medida em que "se as instituições internacionais forem mais representativas dos interesses dos países menos desenvolvidos, tornam-se mais legítimas as decisões tomadas no seu interior"[12].

Entretanto, as diversas críticas giram em torno do déficit democrático das organizações por não contarem com um sistema de representação popular na sua estrutura, culminando, muitas vezes, em uma agenda política elitista e tecnocrática. Esta perspectiva eleva a representatividade popular e sua observância lógico-formal à categoria de principal requisito atinente à legitimidade e democratização das instituições. Contudo, na dimensão da democracia constitucional, segundo a qual se preserva também a consecução dos objetivos sociais constitucionalmente definidos, respeitando-se os limites impostos pelo ordenamento jurídico, verifica-se que as instituições internacionais podem atuar de forma a colaborar e fortalecer tanto a democracia quanto a soberania estatal[13].

Independentemente da perspectiva adotada quanto a legitimação – seja por representatividade popular ou por competência técnica de decisão que fa-

12 REZENDE, 2008, p. 117

13 KEOHANE; MACEDO; MORAVCSIK, 2009

voreça objetivos constitucionais – há um consenso de que a democratização deve ser fomentada no âmbito das instituições internacionais, principalmente como forma de se garantir os interesses dos Estados menores em face do poder econômico. O relatório de Desenvolvimento Humano, produzido pela ONU, no ano de 2002, reconhece a dificuldade de democratização das instituições multilaterais em razão do poder econômico de alguns Estados, que são resistentes em abrir mão de parte de sua soberania e interesses em nome da governança global (ONU, 2002).

No contexto de uma ordem globalizada fundada majoritariamente no capitalismo, é fundamental que a atuação das grandes corporações multinacionais e dos países desenvolvidos – os quais representam o próprio poder econômico no cenário internacional – seja regulamentada e submetida a mecanismos de transparência e *accountability* de forma a garantir a representatividade de diversos interesses. Talvez o maior desafio das organizações internacionais seja o de pensar em formas democráticas de articulação interna e externa que, ao mesmo tempo, promovam princípios democráticos nos diferentes Estados, justamente para que se construa relações integradas que possam ir além da questão econômica, preservando a soberania de cada país.

Entretanto, a primazia do poder econômico internacional é uma condição histórica dos países da América Latina, que sempre foram submetidos à exploração comercial em nome de interesses externos. As práticas colonialistas marcam o início deste cenário, mas trata-se de uma circunstância que permanece no tempo e é inserida na dinâmica de funcionamento das instituições nacionais e internacionais. Nesse sentido, Archibugi e Cellini demonstram que a OEA (Organização dos Estados Americanos) por muito tempo foi abertamente um instrumento político utilizado na defesa de interesses econômicos estadunidenses em detrimento do fortalecimento democrático na região.

> Unfortunately, the US was keener to get reliable allies rather than democratic partners, up to the point to very often support dictatorships against elected governments. (…) In other words, since the only two OAS democratic members were not willing (in the case of US) or not able (in the case of Costa Rica) to foster democracy in the region, the OAS has not used by any means the potential offered by the method of positive conditionality.[14]

No início dos anos 90, evidencia-se uma modificação legal desta postura por parte dos EUA[15] pela introdução da cláusula democrática na Carta da

14 ARCHIBUGI; CELLINI, 2017, p. 73. Tradução livre: Infelizmente, os EUA estavam mais propensos a ter aliados confiáveis do que parceiros democráticos, até o ponto de frequentemente apoiar ditaduras contra governos eleitos. (...) Em outras palavras, já que os únicos dois membros democráticos da OEA não estavam dispostos (no caso dos EUA) nem aptos (no caso da Costa Rica) a promover a democracia na região, a OEA não utilizou de forma alguma o potencial oferecido pelo método da condicionalidade positiva.

15 É evidente que tal mudança está relacionada a fatores políticos representados pela dissolução

Organização dos Estados Americanos, por meio do Protocolo de Washington, em 1992, segundo a qual se restringia o acesso à Organização se os governos democraticamente eleitos fossem depostos pela força.[16] Entretanto, verificar o processo de fortalecimento das democracias realizado por instituições supranacionais requer questionamentos referentes ao plano prático da respectiva atuação, transpondo a mera previsão formal.

Nesse sentido, muitas das ações da OEA buscam fomentar discussões relativas a pautas que fortalecem a democracia nos Estados, bem como a integração regional entre os países-membros. Uma das vertentes de grande importância que está sendo desenvolvida nesse âmbito trata-se da pauta anticorrupção, que ganhou notoriedade no debate internacional principalmente a partir dos anos 90 e tem como expoente inicial, no contexto regional, a Convenção Interamericana Contra a Corrupção, firmada em março de 1996.

3. CORRUPÇÃO

Não há dúvidas de que a corrupção seja tão antiga quanto a própria civilização humana, sendo que a própria origem etimológica da palavra remonta ao latim: *corruptione*, que significa "ação ou efeito de corromper; decomposição; desmoralização"[17]. Entretanto, o debate e as preocupações internacionais acerca do tema ganharam maior notoriedade após o fim da Guerra Fria e pela intensificação do processo de globalização, que permitiu a movimentação de altos fluxos financeiros para além do Estado, consolidando a expansão e hegemonia capitalista.

Além da inovação tecnológica, a globalização também produziu efeitos na esfera jurídico-criminal, especialmente no que tange a crimes econômicos, tendo em vista a mundialização financeira que intensificou trocas comerciais e de investimentos. Assim, as dimensões do delito de corrupção excederam a perspectiva tradicional de desmoralização da administração pública pela incorporação de fatores que o tornaram mais complexo, sobretudo com relação a internacionalização da economia, permitindo que o delito ultrapassasse os limites fronteiriços dos Estados.

Nesse sentido, Joachim Vogel fala sobre o paradigma da criminalidade transnacional – em detrimento da criminalidade global – na medida em que as possibilidades de integração tecnológica alteraram a causalidade física do

da União Soviética em 1991, bem como a ascensão e consolidação do capitalismo, o que se alinha com os interesses em expansão do mercado econômico.

16 "Artigo 9. Um membro da Organização, cujo Governo Democraticamente constituído seja deposto pela força, poderá ser suspenso do exercício do direito de participação nas sessões da Assembleia Geral, da Reunião de Consulta, dos Conselhos da Organização e das Conferências Especializadas, bem como das comissões, grupos de trabalho e demais órgãos que tenham sido criados." (BRASIL, 1998).

17 MICHAELIS, 2002

resultado, dispersando-o na rede do *ciberespaço* e na abrangência de diversas localidades:

> En la medida en que la globalización va acompañada de libertad de movimientos global de personas y cosas, es probable que los hechos con conexión en el extranjero sean más frecuentes ahora. De modo especial cabe afirmar que los hechos a distancia, en los que el lugar de acción y el del resultado (al igual que los respectivos momentos temporales) se encuentran muy alejados entre sí, serán más frecuentes que antes[18]

Os reflexos econômicos e sociais também são de fundamental relevância neste aspecto, principalmente porque contribuem de maneira significativa para a maior magnitude das consequências do delito. A dimensão internacional do problema forneceu potencial à corrupção para deslegitimar governos democráticos e desestabilizar a economia mundial, fazendo-se necessário a construção de normativas e iniciativas supranacionais que auxiliem na integração entre os países para enfrentar este fenômeno de forma conjunta, como demonstram Ignácio Berdugo Gómez de la Torre e Fabián Caparrós:

> Si se pretende sintetizar las características claves que hoy presenta la corrupción, se ha de tomar como punto de partida el hecho innegable que las conductas que incluimos dentro de este término no afectan sólo al bien jurídico que constituye el normal funcionamiento de la Administración pública, sino que, en sus manifestaciones más graves, sus efectos sobre las relaciones económicas la llevan al ámbito de la delincuencia socio-económica y que, por otra parte, la dimensión internacional de algunos de estos comportamientos lleva a que el interés de su prevención transcienda a los Estados individualmente considerados y vaya a la comunidad internacional.[19]

Sendo assim, dois principais fatores inter-relacionados no tempo e no espaço impulsionaram a construção da política criminal anticorrupção, o primeiro, de ordem econômica, segundo o qual era preciso estabelecer regras de competição para o comércio internacional; e o segundo, de ordem político-institucional, relacionado à proteção das instituições democráticas e ao seu processo de consolidação.

18 VOGEL, 2005, p. 115. Tradução livre: Na medida em que a globalização é acompanhada de liberdade de locomoção global de pessoas e coisas, é provável que os fatos com conexão ao estrangeiro sejam mais frequentes agora. De modo especial, cabe afirmar que os fatos a distância, em que o lugar da ação e do resultado (igual aos respectivos momentos temporais) encontram-se muito afastados entre si, serão mais frequentes que antes.

19 BERDUGO GÓMES DE LA TORRE; FABIÁN CAPARRÓS, 2009, p. 18-19. Tradução livre: Se se pretende sintetizar as características chaves que a corrupção apresenta hoje, é preciso tomar como ponto de partida o fato inegável de que as condutas que incluímos nesta terminologia não afetam apenas o bem jurídico que constitui o normal funcionamento da Administração Pública, mas sim que, em suas manifestações mais graves, seus efeitos sobre as relações econômicas a conduzem ao âmbito da delinquência socioeconômica e que, por outro lado, a dimensão internacional de alguns destes comportamentos leva a que o interesse de sua prevenção transcenda os Estados individualmente considerados e chegue a comunidade internacional.

Quanto ao primeiro fator, é evidente que o crescimento da atividade econômica a níveis exponenciais é acompanhado, paralelamente, por um aumento da criminalidade econômica. O primeiro esforço legislativo, de importância fundamental para desencadear o desenvolvimento da política internacional anticorrupção, tratou-se da lei aprovada nos Estados Unidos em 1977, denominada *Foreign Corruption Practices Act (FCPA)*, destinada a combater o suborno de funcionários públicos no exterior. A partir de então, o capital financeiro dos Estados Unidos estava em posição de desvantagem na competição econômica internacional, na medida em que as empresas de outros países faziam uso de práticas corruptas para atingir fins privados, enquanto que as empresas norteamericanas estavam sujeitas a um processo se empreendessem tal conduta[20].

Dessa forma, em razão de pressões dos investidores estadunidenses no sentido de equiparar as condições de concorrência do mercado, a discussão anticorrupção atingiu o patamar das instituições internacionais, resultando em diversos documentos que tentaram coibir tal prática tanto no âmbito transnacional quanto interno de cada país (Gephart, 2009). Nesse sentido, podemos citar a Convenção Interamericana Contra a Corrupção (1996), a Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (1997), a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional (2000) e a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (2003).

No âmbito da América Latina, o contexto histórico de redemocratização pelo qual a região passava favoreceu a alta receptividade desta política, tendo em vista que a implementação de mecanismos contra a corrupção é um aspecto fundamental no processo de fortalecimento da democracia. Para o Estado Democrático de Direito recém-consolidado e inserido na economia globalizada era de extrema importância que se apresentasse como instituição apta a promover o bem comum para a população, fomentando práticas de transparência e fiscalização.

Nesse sentido, assim como as questões econômicas, o fator político-institucional também está relacionado a intensificação do processo de globalização e dos fluxos financeiros internacionais, os quais possuem potencial para afetar significativamente a credibilidade das democracias e dos governos instituídos.

> En la *esfera política*, la corrupción deteriora las instituciones democráticas. Así, cuando el soborno se convierte en una constante en los intercambios entre la Administración Pública y los ciudadanos, éstos perciben que las decisiones que les afectan no se toman atendiendo al interés general. En consecuencia, la confianza del ciudadano en las instituciones democráticas desaparece, y la

20 GEPHART, 2009

> legitimidad del Estado se socava, desapareciendo de este modo el fundamento sobre el que ha de asentarse el Estado democrático y de Derecho[21]

Tendo em vista os fatores que transformaram a corrupção em uma preocupação internacional, é possível inseri-la na categoria dos riscos de grande magnitude que emergiram junto ao processo de globalização e que transpassam o alcance do desenho institucional clássico do Estado-Nação, demandando esforços conjuntos internacionais para abordar a questão. Nesse sentido, a utilização do direito penal, entendido como instrumento de maior austeridade do ordenamento jurídico, como principal mecanismo de combate a corrupção revela o imediatismo e a urgência de se tentar controlar tal manifestação delitiva na sociedade contemporânea.[22]

Portanto, é inquestionável a influência desta configuração socioeconômica na política criminal dos Estados, em processos de harmonização legislativa que nem sempre passam por discussões políticas no parlamento nacional. Em muitos casos, há diretivas supranacionais vinculantes que são incorporadas à legislação nacional sem revisão quanto a seu conteúdo, o que denota o aspecto gerencial – e unilateral – do Direito Penal globalizado[23].

Consequentemente, a legitimidade democrática da instituição proponente de medidas anticorrupção é imprescindível e não diz respeito somente ao aspecto político da ordem social, mas também à própria legitimação das normas, sobretudo tendo em vista a repercussão em aspectos jurídico-criminais. O Direito Penal, cuja aplicação pode culminar em uma pena que restringe a liberdade do indivíduo, necessita de um alto nível de legitimação, visto que diz respeito a direitos e garantias fundamentais[24].

4. OEA E MESICIC

No âmbito supranacional, a OEA foi a primeira organização supranacional a promover uma política anticorrupção de forma a estabelecer diretrizes que preservassem as instituições democráticas e promovessem relações éticas e transparentes no âmbito da economia. O preâmbulo da Convenção Interame-

21 BENITO SÁNCHEZ; PEREZ CEPEDA, 2013, p. 18. Tradução livre: Na *esfera política*, a corrupção deteriora as instituições democráticas. Assim, quando o suborno se converte em uma constante nos intercâmbios entre Administração Pública e os cidadãos, estes percebem que as decisões que lhes afetam não são tomadas atendendo ao interesse geral. Em consequência, a confiança do cidadão nas instituições democráticas desaparece, e a legitimidade do Estado é prejudicada, desaparecendo desse modo o fundamento sobre o qual deve se assentar o Estado Democrático de Direito.

22 Nesse sentido, cf. MACHADO, 2005.

23 VOGEL, 2005.

24 Anabela Miranda Rodrigues (2001) aponta este processo de expansão com relação ao evidenciado na UE pela pretensão de se construir um direito penal europeu.

ricana Contra a Corrupção, firmada em 29 de março de 1996, consagra esta preocupação a partir dos seguintes enunciados:

> OS ESTADOS MEMBROS DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, CONVENCIDOS de que a corrupção solapa a legitimidade das instituições públicas e atenta contra a sociedade, a ordem moral e a justiça, bem como contra o desenvolvimento integral dos povos; CONSIDERANDO que a democracia representativa, condição indispensável para a estabilidade, a paz e o desenvolvimento da região, exige, por sua própria natureza, o combate a toda forma de corrupção no exercício das funções públicas e aos atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício; PERSUADIDOS de que o combate à corrupção reforça as instituições democráticas e evita distorções na economia, vícios na gestão pública e deterioração da moral social[25].

No que tange a corrupção, principalmente a corrupção transnacional, por ser um fenômeno que influencia o mercado global, estabelecendo condições injustas de competição, e enfraquece as bases dos governos democráticos, é importante que a governança global seja orientada por critérios específicos de cada realidade. Nesse sentido, o papel das instituições multilaterais é o de fomentar o debate e reformas organizacionais adequadas e capazes de conter a atuação do poder econômico e das grandes corporações internacionais, de acordo com a proximidade política, jurídica, social e cultural de cada país.

Todavia, é importante que se tenha cuidado ao fazer a transposição de institutos de outros sistemas legislativos e culturas jurídicas para o ordenamento local, tendo em vista as incompatibilidades políticas, sociais ou econômicas que podem surgir no processo de homogeneização jurídico-legislativa. Nesse sentido, Kahn-Freund alerta para os riscos de se utilizar o direito comparado como mecanismo de reformas legislativas e institucionais:

> In most cases one must ask what chances there are that the new law will be adjusted to the home environment and what are the risks that it will be rejected. The chance and, inversely, the risk, may be smaller or larger, and the magnitude of this chance and of this risk determine the point on the scale at which we have to place the foreign law. Are there any criteria, any yardsticks, designed to help the lawmaker in this enterprise? Are there any principles which may assist us in measuring the degree to which a foreign institution can be "naturalized"? Can we do something to trace the line which separates the use of the comparative method in lawmaking from its misuse?[26]

25 OEA, 1996.

26 Kahn-Freund, 1974, p. 6. Tradução livre: Na maioria dos casos, é preciso perguntar quais são as chances de que a nova lei será adaptada ao ambiente local e quais os riscos de ser rejeitada. A chance e, inversamente, o risco, podem ser menores ou maiores, e a magnitude desta chance e deste rico determina o ponto na escala em que devemos colocar a lei estrangeira. Há algum critério, alguma medida, desenhada para auxiliar os legisladores nesta empreitada? Há algum princípio que pode nos ajudar a mensurar o grau em que uma instituição estrangeira pode ser 'naturalizada'? Nós podemos fazer algo para traçar a linha que separa o uso do método comparativo no processo legislativo de sua má utilização?

No âmbito jurídico-penal, a Convenção Interamericana contra a Corrupção não é um diploma legislativo que prevê condutas delitivas e as respectivas sanções. O documento trata de orientar a ação dos Estados quanto a esforços anticorrupção, estabelecendo mecanismos de prevenção e obrigações de criminalizar algumas condutas. No Brasil, tal Convenção foi incorporada ao ordenamento jurídico nacional por meio do Decreto nº 4.410 em 7 de outubro de 2002, a ser executada e cumprida integralmente, com ressalva ao disposto no artigo XI, parágrafo 1º, inciso "c"[27].

No âmbito da OEA, a implementação da CICC pelos países-membros é acompanhada por um mecanismo de avaliação, denominado MESICIC (*Mecanismo de seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana contra la corrupción*), o qual conta com 33 dos 34 estados-membros para analisar a evolução dos países com relação a observância dos dispositivos previstos na Convenção. Além de monitorar a implementação do documento, por promover uma avaliação particularizada, o MESICIC é importante para verificar a adequação dos dispositivos previstos na CICC à legislação de cada país, de forma a garantir maior eficácia das políticas propostas.

O MESICIC[28] é composto por dois órgãos: o primeiro, o órgão de representação política, trata-se da Conferência dos Estados Parte, que é formada por representantes dos países, com atribuição de dar efetividade ao mecanismo; o órgão de representação técnica, por sua vez, é formado por um comitê de especialistas designados pelos Estados-membros, responsável por analisar, de maneira técnica, os informes anticorrupção dos Estados-membros e verificar em que medida se deram os avanços legislativos e institucionais e se estão sendo efetivos em sua finalidade de prevenção e combate à corrupção.

Em cada rodada de análise, o comitê seleciona alguns dispositivos da CICC para serem objeto de análise e os Estados recebem recomendações de políticas a serem implementadas que possam auxiliar na efetivação da Convenção, além de serem submetidos a revisões periódicas para verificar o aperfeiçoamento das recomendações e disposições já implementadas. Além disso, o MESICIC também realiza visitas *in situ* para se reunir com autoridades dos Estados e entidades da sociedade civil de forma a levantar informações específicas do país analisado e elaborar um parecer com recomendações específicas anticorrupção, considerando características históricas, econômicas e políticas próprias do local.

27 Artigo XI, CICC. l. A fim de impulsionar o desenvolvimento e a harmonização das legislações nacionais e a consecução dos objetivos desta Convenção, os Estados Partes julgam conveniente considerar a tipificação das seguintes condutas em suas legislações e a tanto se comprometem: c. toda ação ou omissão realizada por qualquer pessoa que, por si mesma ou por interposta pessoa, ou atuando como intermediária, procure a adoção, por parte da autoridade pública, de uma decisão em virtude da qual obtenha ilicitamente, para si ou para outrem, qualquer benefício ou proveito, haja ou não prejuízo para o patrimônio do Estado;

28 Todas as informações relativas ao MESICIC podem ser obtidas através do site: http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/default.asp

Outro ponto importante refere-se ao "intercâmbio de boas práticas", o qual, desde março de 2018, permite que os países troquem informações e compartilhem conhecimentos considerados úteis em termos de política anticorrupção, possibilitando que outros Estados avancem na temática. Para facilitar e estimular a cooperação entre os países, a secretaria técnica do MESICIC elabora modelos de leis para orientar os países nas respectivas alterações legislativas, de modo que estimule a adoção de um marco jurídico homogêneo entre os membros da Organização.

Para que os Estados apresentem as práticas por eles adotadas no sentido de compartilhá-las com a organização, o MESICIC impõe a observância de uma metodologia específica de apresentação e compilação dos dados relativos a prevenção e repressão à criminalidade econômica, sobretudo à corrupção. A metodologia é, então, organizada nas seguintes fases: a) apresentação; b) compilação pela Secretaria Técnica; c) difusão em meio eletrônico; d) promoção de sua utilização.

No que tange a promoção da utilização, nas reuniões do Comitê de Especialistas é aberto um espaço para que os Estados possam apresentar os resultados obtidos com a prática adotada de forma mais específica e detalhada, bem como para que outros países apresentem as experiências e o aproveitamento que obtiveram com a adoção da referida prática em suas próprias instituições.

Tendo em vista as novas fronteiras dogmáticas e criminológicas evidenciadas no fenômeno da corrupção, o intercâmbio de informações é fundamental por permitir cooperação informal e direta entre órgãos e países, de forma a auxiliar os Estados a lidarem com as novas manifestações do delito[29]. Há um evidente a preocupação por parte das iniciativas de governança global no sentido de formular diretrizes para construção um conhecimento homogêneo, que fortaleça a efetividade das intervenções conjuntas da política anticorrupção, sobretudo no que se refere à sua manifestação transnacional.

4.1. PROPOSTAS BRASILEIRAS

Dessa forma, é importante destacar as propostas brasileiras de boas práticas apresentadas nas reuniões do Comitê de Especialistas, para verificar como o país tem se portado quanto ao compartilhamento de informações, as estratégias tidas como importantes e o que isto revela acerca da realidade nacional, ou seja, quanto disso reporta à política brasileira em matéria de corrupção e o quanto pode ser encampado por outras instituições de forma a promover a integração regional. Como as reuniões ocorrem duas vezes por ano, a apresentação de propostas se deu em três momentos, na seguinte cronologia: a) segundo semestre de 2018; b) primeiro semestre de 2019; e d) segundo semestre de 2019.

29 OLMOS, 2013.

A primeira refere-se a "Metodologia de Avaliação de Nível de Maturidade dos Sistemas de Integridade das Empresas Estatais", uma metodologia de auditoria das empresas estatais, que estabelece programas de integridade baseados em condutas e padrões de atuação para evitar a ocorrência de fraude ou corrupção. Em que pese sua importância no que tange a probidade administrativa das empresas estatais, serão objeto de análise mais profunda as duas outras propostas, por terem relação direta com a corrupção e delitos conexos.

Nesse sentido, a prática compartilhada na reunião do primeiro semestre de 2019 refere-se a Estratégia Nacional de Combate a Corrupção e Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), criada em 2003 pelo Ministério da Justiça, para aprimorar a coordenação e integração entre instituições públicas e privadas na prevenção da corrupção. É uma entidade importante que fomenta discussões especializadas entre os diferentes órgãos, de forma a orientar, posteriormente, políticas públicas de enfrentamento à criminalidade econômica a partir de um critério técnico e atualizado.

A tentativa de articular as diversas instâncias, incluindo a sociedade civil, para promoção de práticas anticorrupção é uma forma dar efetividade à discussão e publicidade às tendências verificadas em outros setores, estruturando diretrizes uniformes e homogêneas para as instituições. Atualmente, os principais resultados evidenciados com a ENCCLA estão relacionados à área de capacitação, produção do conhecimento, integração e sistematização de dados, atos normativos e estruturação dos órgãos[30]. Esses resultados estão em consonância com a finalidade quando a criação da Estratégia, conforme aponta Araújo:

> Até a gestão de casos, individualmente considerados, era demasiadamente complexa. Os casos eram sensíveis demais, com um volume muito grande de evidências e de dados coletados de quebras de sigilo. Na tentativa de se criar uma instância que gerenciasse, acompanhasse e prestasse auxílio técnico às forças-tarefa interagências que começavam a surgir, percebeu-se que não adiantava apenas um ou alguns dos atores do sistema de justiça criminal desenvolver aptidões adequadas ao regime da AML - *Anti-money laundering*[31].

Verifica-se, assim, uma tentativa de lidar com a questão da complexidade das relações políticas e econômicas em matéria de corrupção, de forma que a integração entre diversas instituições surge neste contexto de fragmentação da atividade desempenhada por cada uma, para a efetivação de uma abordagem completa sobre o tema. Além disso, a ENCCLA também promove *softwares* e bancos de dados que auxiliam na promoção da transparência e fiscalização da atividade pública. Dessa forma, é possível afirmar que a iniciativa responde às

30 OEA, 2019a.

31 Araújo, 2012, p. 64

previsões no Artigo III da CICC[32], o qual estabelece a necessidade de que os países signatários da Convenção mantenham sistemas institucionais integrados, de forma a exercer controle efetivo sobre os gastos públicos e possibilitar o compartilhamento de informações entre as agências do sistema penal.

Com relação a apresentação do segundo semestre de 2019, o Brasil compartilhou os avanços obtidos com o sistema de responsabilidade das pessoas jurídicas e acordos de leniência, sendo que ambos fazem referência aos artigos VI e VIII da Convenção Interamericana Contra a Corrupção, relativos a atos de corrupção e suborno transnacional. A promulgação da Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/13) no governo da ex-presidenta Dilma Rousseff foi responsável pela introdução no sistema jurídico brasileiro de importantes institutos utilizados na prevenção e repressão à corrupção.

Logo no art. 1º a Lei n. 12.846/13 consagra a responsabilidade objetiva civil ou administrativa da pessoa jurídica que atentar contra a administração pública, tanto a nível nacional quanto estrangeiro[33]. Trata-se de um mecanismo para compreender o fenômeno da corrupção também pela lógica do corruptor, em observância aos compromissos internacionais assumidos pelo país. Outro ponto fundamental no referido diploma legislativo, trata-se dos acordos de leniência, que permitem que as empresas investigadas tenham sanções atenuadas ou extintas quando da colaboração substancial com a investigação, ou processo civil e administrativo[34].

Entretanto, é de fundamental importância que tais considerações sejam analisadas em consonância com determinados objetivos político-criminais e orientadas por valores constitucionais do respectivo país, para que as iniciativas internacionais possam ser legitimadas de modo que não afrontem condições essenciais relativas à soberania dos Estados. Nesse sentido, especificamente sobre o instituto na legislação brasileira, Aires e Fernandes trazem importantes contribuições:

> (...) a colaboração premiada se apresenta como um instrumento de política criminal, surgindo como um influxo relativo à necessidade de maior eficiência no cumprimento das funções do Sistema Jurídico-Criminal. No entanto, este influxo deve respeitar a irrenunciável tradição garantista do processo penal contemporâneo, sobretudo tratando-se de um modelo de Estado Democrático de Direito. Mas que isso, tendo em vista este paradigma, tal instrumento deve obedecer ao valor fundamental da tutela da dignidade da pessoa humana[35].

32 OEA, 1996.

33 Para uma crítica à referida legislação, cf. BOTTINI; TAMASAUSKAS, 2014, em que os autores demonstram os desenhos de responsabilidade da pessoa jurídica como se próximo à responsabilidade penal objetiva das empresas.

34 OEA, 2019b.

35 AIRES; FERNANDES, 2017, p. 255.

Mas, para além do acordo de leniência em si, importa inserir estas inovações do sistema jurídico-penal, que inclusive são debatidas a nível supranacional, dentro do direito penal da globalização, porque são introduzidos na ordem jurídica a partir de demandas da sociedade contemporânea globalizada, o que se torna muito evidente a partir da pauta de atuação dos organismos internacionais. Além da mundialização, as necessidades econômicas e imediatistas, representativas da sociedade contemporânea, determinam muitos aspectos da intervenção jurídico-penal, a qual, muitas vezes, é realizada dando primazia às necessidades mercadológicas, em detrimento dos efetivos princípios de política criminal.

De forma a ratificar tal constatação, Fernando Fernandes afirma "(...) o sentido da relação existente entre modelo de estado, institucionalização de uma determinada organização social, e respectivo modelo de Direito Penal é de interferência recíproca"[36]. Justamente por tal configuração, nota-se evidente a dificuldade das estruturas institucionais, ordenadas sob o paradigma clássico do Estado-Nação, abarcar as novas formas de relações sociais e econômicas, as quais se dão em espaços, tempos e velocidades descompassados com relação à atuação estatal. Na tentativa de fazer frente a este problema, Navaro Dolmestch aponta que o direito penal da globalização será caracterizado por ser um direito penal flexível e em expansão:

> El derecho penal de la globalización flexible se caracterizará porque paulatinamente se irá ablandando el rigor de la estricta legalidad del paradigma liberal clásico a través de la incorporación de tipos penales cada vez más abiertos, de tipos penales en blanco, del recurso cada vez más frecuente a los delitos de peligro abstracto y aun a importancia de la omisión como conducta penalmente relevante no por la vía tipificadora, sino que a través de los delitos impropios de omisión[37]

Ao mesmo tempo que o tema da corrupção surge como um instrumento de integração a nível regional no continente americano, sobretudo no âmbito da OEA, verifica-se, no âmbito nacional, a ausência de diretrizes concretas que possam homogeneizar as diferentes iniciativas. Nesse sentido, ressurge a problemática da legitimidade das iniciativas de governança global, que aparece como difusa, orientada por um critério abstrato e imediatista para promover o enfrentamento à criminalidade transnacional organizada, em detrimento de fundamentos políticos e democráticos. Evidentemente, isto repercute nos Esta-

36 FERNANDES, 2003, p. 58.

37 NAVARO DOLMESTCH, 2004, p. 163. Tradução livre: O direito penal da globalização flexível se caracterizará porque paulatinamente se irá aplacando o rigor da estrita legalidade do paradigma liberal clássico através da incorporação de tipos penais cada vez mais abertos, de tipos penais em branco, do recurso cada vez mais frequente aos delitos de perigo abstrato e a uma importância da omissão como conduta penalmente relevante não pela via tipificadora, mas através dos delitos impróprios de omissão.

dos, sobretudo na formulação de políticas públicas que tentam responder aos compromissos assumidos internacionalmente, ainda que em situação desalinhada com a legislação nacional.

Há um tensionamento dos limites democráticos para incorporação de tendências internacionais, que afetam a racionalidade jurídica de cada sistema, especialmente no que tange ao direito penal, quando da introdução de perspectivas da sociedade contemporânea no ordenamento jurídico, sem maiores ponderações de ordem político-criminal. Apesar de não ser uma característica exclusiva do regime internacional anticorrupção, manifesta-se de forma substancial nesta área em razão da sensibilidade política do tema, bem como pela contradição entre sua complexidade e o imediatismo das demandas mercadológicas.

> De qualquer forma, a mera articulação de uma política criminal por meio de medidas de natureza ou finalidades administrativas já denuncia um estado de complexidade que apresenta percalços para a teoria jurídica notadamente no contexto da administrativização e da expansão do Direito Penal, em um sintoma de amalgamação entre direito e risco, e de preocupações ao mesmo tempo punitivas e preventivas. Estas características do que denominados complexidade são percebidas pela teoria jurídica atual, também, em outras áreas temáticas da atividade humana (meio ambiente, economia, saúde pública) e problematizadas, especialmente no que toca ao Direito Penal, como um esvaziamento de sua racionalidade e de seus princípios tradicionais[38].

A legitimidade das iniciativas internacionais é construída justamente neste ponto, pela capacidade de auxiliar os Estados a incorporar tendências contemporâneas, mas deve fazê-lo em harmonia com os princípios da integração regional e respeitando-se os limites da soberania estatal. Se o MESICIC tem, como uma de suas atribuições, promover maior eficácia à Convenção Interamericana contra a Corrupção ao monitorar a adequação dos dispositivos do referido documento à legislação de cada país, é importante que o faça a partir de um critério específico de cada realidade. Assim, que sejam levados em consideração os aspectos relativos à política criminal e ao respectivo modelo de Estado, preservando-se a racionalidade interna de cada ordenamento, bem como garantindo a dimensão material da democracia contemporânea.

Nesse sentido, apresenta-se como interessante a posição de Delmas-Marty no que tange a construção de uma ordem de governança global que consiga promover, ao mesmo tempo, a universalização de demandas e a soberania dos Estados, no que a autora denomina de soberania universalizada ou universalismo contextualizado[39]. A questão do tempo presente reside na articulação de tais instâncias como tentativa para limitar as relações de poder, promovendo a

38 ARAÚJO, 2012, p. 61

39 DELMAS-MARTY, 2020.

horizontalidade na integração e desenvolvimento supranacionais em respeito aos fundamentos axiológicos do Estado Democrático de Direito.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os organismos internacionais possuem papel primordial na sociedade globalizada para integração entre os países no cenário mundial. Em um contexto em que os problemas sociais transcendem as fronteiras estatais é incontestável a importância de que haja uma instância de coordenação regional, apta a promover a união entre os Estados em torno de desenvolvimento dos objetivos comuns.

No âmbito da OEA, apesar de inicialmente parecer que as relações de poder exercem uma influência reduzida pela promoção do debate horizontal entre os países da América Latina, a ausência de uma coordenação efetiva pode enfraquecer a democracia, uma vez que os países acabam incorporando tendências internacionais sem adequação aos sistemas legais de forma a corresponder às demandas urgentes de mercado.

O tema da corrupção e como isto se manifesta no âmbito da política criminal é particularmente interessante porque as relações econômicas alcançaram uma importância fundamental na sociedade contemporânea no mundo globalizado, chegando-se a falar, inclusive, em "delinquência transnacional". Em termos jurídico-criminais, o surgimento de um direito penal da globalização caracterizado como "direito penal flexível e expansão" é uma evidente consequência de como as estruturas sociais estão organizadas, e isto pode ser observado em fóruns internacionais de discussões.

Nesse sentido, o fundamento de legitimidade das organizações internacionais ao promoverem discussões em torno da pauta anticorrupção deve ser orientado para fazer frente ao poder econômico, de forma que promova a integração entre os países e fortaleça as instituições que caracterizam o regime democrático, sobretudo nos países emergentes pela posição de maior vulnerabilidade em que se encontram.

Há uma evidente necessidade de harmonização entre as esferas nacional e internacional para construção de uma rede de enfrentamento a questões sociais fortificada e coesa, razão pela qual a proposta de Delmas-Marty da soberania universalizada traz importantes questionamentos e perspectivas de adequação entre ambos os cenários.

REFERÊNCIAS

AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. **Revista Brasileira de Direito Processual Pe-**

nal, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 253-284, jan./abr. 2017. Disponível em: https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.46. Acesso em 13 out. 2020

ARAÚJO, Felipe Dantas de. Uma análise da Estratégia Nacional Contra a Corrupção e a Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) por suas diretrizes. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 53-82, jan./jun. 2012. Disponível em: https://doi.org/10.5102.rbpp.v2i1.1649. Acesso em 16 out. 2020.

ARCHIBUGI, Daniele; CELLINI, Marco. The Internal and External Levers to achieve Global Democracy. **Global policy journal**, v. 8, p. 65-77, 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais:** desigualdades sociais numa era global. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. PEREZ CEPEDA, Ana Isabel. La Política Criminal Internacional contra la Corrupción. In: BECHARA, Ana Elisa Liberatore S.; GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo (Coord.). **Estudios sobre la Corrupción:** una reflexión hispano brasileña. Salamanca: Universidad de Salamanca, Centro de Estudios Brasileños, 2013.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; CAPARRÓS, Eduardo A. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 17, n. 81, p. 7-35., nov./dez. 2009.

BRASIL. **Decreto nº 2.760**, de 27 de agosto de 1998. Promulga o Protocolo de Reforma da Carta da Organização dos Estados Americanos, "Protocolo de Washington", assinado em Washington, em 14 de dezembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2760.htm Acesso em 25 set 2020.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor. A controversa responsabilidade objetiva na Lei 12.846/13. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 34, n. 125, p. 125-130, dez. 2014.

CONTIPELLI, Ernani. Constitucionalismo Climático Global. **Revista Justiça do Direito**, Brasil, v. 32, n. 2, p. 278-300, 24 out. 2018.

DAIBERT, Letícia de Souza; PEREZ, Ana Luisa Soares. Governança global e a Organização Mundial do Comércio: desafios impostos pelo novo mandato de desenvolvimento. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2014 p. 217-238.

DELMAS-MARTY, Mireille. Governing Globalisation through Law. **European Journal of Risk Regulation**, Cambridge University Press, v. 11, n. 2, 2020, p. 195-201. Disponível em: https://doi.org/10.1017/err.2020.31. Acesso em 16 out. 2020.

FERNANDES, Fernando Andrade. Sobre uma opção jurídico-política e jurídico-metodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais. In: **Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra, 2003.

GEPHART, Malte. **Contextualizing conceptions of corruption: challenges for the international anti-corruption campaign**. GIGA Research Programme – Working papers: Power, Norms and Governance in International Relations. Hamburg: GIGA – German Institute of Global and Area Studies, nº 115, December 2009.

GIDDENS, Anthony. **O Mundo na Era da Globalização.** Tradução: Saul Barata. 6 ed. Lisboa: Editorial Presença, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional**. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HELD, David. Democratic accountability and political effectiveness from a cosmopolitan perspective. **Government and Opposition**, v. 39, n. 2, p. 364-391, 2004.

KAHN-FREUND, Otto. On Uses and Misuses of Comparative Law. **Modern Law Review**, Vol. 37, pp. 1-27, 1974.

KEOHANE, Robert O.; MACEDO, Stephen; MORAVCSIK, Andrew. Democracy-Enhancing Multilateralism. **International Organization,** vol. 63, no. 1, 2009, pp. 1–31.

MACHADO, Maíra Rocha. **Internacionalização do direito penal**: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena. São Paulo: Ed. 34, 2004.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM e Editora Método, 2005. v. 01.

MICHAELIS. **Dicionário Escolar Língua Portuguesa**. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2002.

NAVARO DOLMESTCH, Roberto. "Reconfiguración" del sistema de fuentes del derecho penal y "amenaza de crisis" del principio de legalidad: la incorporación del derecho internacional convencional y el fenómeno de la globalización. In: BANDARIZ GARCÍA, José Ángel; PUENTE ABA, Luz María (coord.). **Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.

REZENDE, Maria José. As Nações Unidas e a questão democrática hoje. **Polít. Cult.**, México, n. 30, p. 91-118, janeiro, 2008. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/pdf/polcul/n30/n30a5.pdf. Acesso em 13 out 2020.

OEA – Organização dos Estados Americanos. **Formulário de Buenas Práticas***:* Estratégia Nacional de Combate a Corrupção e Lavagem de Dinheiro (ENCCLA). Washington D.C.: Comité de Expertos, 2019a. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/bp2019_sem1_bra_form_cooptec.pdf. Acesso em 13 out. 2020.

OEA – Organização dos Estados Americanos. **Formulário de Buenas Práticas**: Sistema de responsabilidade jurídica da pessoa jurídica e acordos de leniência. Washington D.C.: Comité de Expertos, 2019b. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/bp2019_sem2_bra_formc.pdf. Acesso em 13 out. 2020.

OLMOS, Eduardo Alonso. **Recuperación de Activos en casos de corrupción: cooperación civil internacional**. 2013. Tesis (Master en Corrupción y Estado de Derecho) – Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Relatório do Desenvolvimento Humano:** Aprofundar a democracia num mundo fragmentado. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2002. Disponível em: https://www.undp.org/content/dam/brazil/docs/RelatoriosDesenvolvimento/undp-br-RDH-pt-2002.pdf. Acesso em 24 set. 2020.

RODRIGUES, Anabela Miranda. O direito penal europeu emergente. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). **Inovações no Direito Penal Econômico:** contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Corrupción y economía global. En **Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, núm. 10, abril, 1999, pp. 51-82.

VOGEL, Joachim. Derecho penal y globalización. **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,** n. 9, 2005, p. 113-126.

Recebido em: 05/03/2025

Aprovado em: 10/12/2025

DOI: 10.12818/P.0304-2340.2025v87p41

OS DESAFIOS JURÍDICOS DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DA BIODIVERSIDADE DIANTE DA CRISE CLIMÁTICA

THE LEGAL CHALLENGES OF THE INTERNATIONAL PROTECTION OF BIODIVERSITY IN THE FACE OF THE CLIMATE CRISIS

Bernardo Mageste Castelar Campos[*]

RESUMO

O presente artigo examina os desafios que as mudanças climáticas impõem ao regime jurídico internacional de proteção da biodiversidade, considerando a crise climática como um fenômeno juridicamente desestabilizador. Com base em uma análise normativa e sistemática dos principais tratados ambientais, aliada às contribuições doutrinárias e à prática decisória das Conferências das Partes (COPs) e de tribunais internacionais, o estudo identifica duas fragilidades centrais na arquitetura jurídica vigente. A primeira decorre do caráter conservador das normas sobre biodiversidade, que buscam preservar um estado ecológico estático, em descompasso com as transformações induzidas pelo clima; a segunda refere-se à fragmentação normativa entre os regimes de biodiversidade e de mudanças climáticas. Diante desse diagnóstico, o estudo aponta para a necessidade de incorporar estratégias de adaptação baseadas em ecossistemas e de reconhecer o papel interpretativo das decisões das COPs como instrumentos de soft law e de interpretação subsequente, nos termos da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Além disso, propõe-se uma interpretação sistêmica e integrada entre os tratados ambientais, à luz do artigo 31(3)(c) da Convenção de Viena, de modo a harmonizar obrigações e evitar contradições. Conclui-se que apenas uma leitura dinâmica, interconectada e adaptativa do direito internacional ambiental poderá assegurar a proteção efetiva da biodiversidade diante da intensificação da crise climática.

ABSTRACT

The article examines the challenges that climate change poses to the international legal regime for the protection of biodiversity, framing the climate crisis as a legally destabilizing phenomenon. Based on a normative and systemic analysis of the main environmental treaties, combined with doctrinal contributions and the decision-making practice of the Conferences of the Parties (COPs) and international courts, the study identifies two central weaknesses in the current legal architecture. The first stems from the conservative character of biodiversity norms, which seek to preserve a static ecological state, at odds with the transformations induced by climate change; the second concerns the normative fragmentation between the biodiversity and climate change regimes. In light of this diagnosis, the study highlights the need to incorporate ecosystem-based adaptation strategies and to acknowledge the interpretative role of COP decisions as instruments of soft law and subsequent interpretation under the Vienna Convention on the Law of Treaties. Furthermore, it advocates a systemic and integrated interpretation of environmental treaties, pursuant to Article 31(3)(c) of the Vienna Convention, in order to harmonize obligations and prevent contradictions. The article concludes that only a dynamic, interconnected, and adaptive reading of international environmental law can ensure the effective protection of biodiversity in the face of the escalating climate crisis.

[*] Doutor em Direito Internacional (Universitá degli Studi di Milano-Bicocca, Itália, em cotutela com a Université Côte d'Azur, França, 2022). Professor e pesquisador de pós-doutorado na Università degli Studi di Milano-Bicocca (Itália). *E-mail:mailto:bernardo.mageste@gmail.com* ORCID: https://orcid.org/0000-0002-1579-2819.

PALAVRAS-CHAVE: Mudanças climáticas. Biodiversidade. Direito internacional ambiental. Interpretação sistêmica. Conferências das Partes.

KEYWORDS: *Climate change. Biodiversity. International environmental law. Systemic interpretation. Conferences of the Parties.*

1. INTRODUÇÃO: A NATUREZA "JURIDICAMENTE DESESTABILIZADORA" DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS E OS DESAFIOS DA PROTEÇÃO DA BIODIVERSIDADE

As mudanças climáticas estão destinadas a se tornar, nas próximas décadas, uma das principais causas de perda de biodiversidade. Seus efeitos diretos se manifestam por meio do risco de extinção de espécies e da perda irreversível de ecossistemas já ameaçados pela redução ou fragmentação.[1] Nos pontos críticos de biodiversidade, o risco de extinção das espécies endêmicas aumentará em pelo menos dez vezes caso o aquecimento global passe de 1,5°C para 3°C.[2] Além disso, as mudanças climáticas favorecem o surgimento de doenças e aumentam a frequência e a intensidade de fenômenos climáticos extremos como incêndios, tempestades, secas e inundações, elevando a probabilidade de extinções em massa.[3]

Segundo o Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC, na sigla em inglês), os riscos de curto prazo para a biodiversidade são classificados como moderados ou elevados em ecossistemas florestais e em ecossistemas marinhos, onde as ondas de calor marinhas aumentarão o risco de perda de biodiversidade e de eventos de mortalidade em massa.[4] Em alguns ecossistemas críticos, como certos ambientes terrestres e o Ártico, os riscos variam de altos a muito altos.[5] Os recifes de corais são particularmente vulneráveis, apresentando o mais rápido aumento do risco de extinção devido ao branqueamento induzido pela acidificação dos oceanos.[6]

Além de ameaçar os ecossistemas, as mudanças climáticas desafiam os marcos normativos internacionais existentes para a proteção da biodiversidade. A natureza "juridicamente desestabilizadora" do fenômeno decorre do fato de que:

1 Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas, *Climate Change 2023: Synthesis Report*, p. 77 (a partir daqui, *Relatório de Síntese do IPCC sobre Mudanças Climáticas 2023*)

2 *Relatório de Síntese do IPCC sobre Mudanças Climáticas 2023*, p. 71.

3 *Relatório de Síntese do IPCC sobre Mudanças Climáticas 2023*, p. 46.

4 *Relatório de Síntese do IPCC sobre Mudanças Climáticas 2023*, p. 98.

5 *Relatório de Síntese do IPCC sobre Mudanças Climáticas 2023*, p. 98.

6 Sobre estes riscos, veja Secretariado da Convenção sobre Diversidade Biológica, *Global Biodiversity Outlook 5*, 2020, p. 78 e *Relatório de Síntese do IPCC sobre Mudanças Climáticas 2023*, p. 98.

> As mudanças climáticas podem ser compreendidas como juridicamente disruptivas, na medida em que exigem uma "ruptura" na continuidade das práticas jurídicas existentes e do "funcionamento habitual" da doutrina. As mudanças climáticas não constituem o único problema que provoca uma disrupção jurídica, mas sua natureza altamente policêntrica, incerta, carregada de implicações sociopolíticas e dinâmica apresenta desafios particulares para as ordens jurídicas e para a adjudicação. Essas características colocam potencialmente as mudanças climáticas em uma categoria distinta de disrupção jurídica, uma vez que os amplos desafios jurídicos que apresentam refletem a perturbação fundamental das ordens sociais e econômicas ameaçadas pelas mudanças climáticas.[7]

O impacto disruptivo das mudanças climáticas suscita duas grandes críticas ao regime jurídico de proteção da biodiversidade, relacionadas às suas características estruturais: a abordagem conservadora baseada no *status quo* e sua fragmentação normativa. O presente artigo analisa esses desafios e explora algumas soluções possíveis.

O primeiro desafio diz respeito à necessidade de flexibilização do regime jurídico internacional relativo à proteção da biodiversidade para o enfrentamento das mudanças climáticas. A normativa atual se concentra em áreas protegidas e na preservação do *status quo*, mas não oferece instrumentos para a adequação dos ecossistemas às transformações climáticas. Uma solução proposta é a integração de estratégias de adaptação, embora a rigidez dos tratados multilaterais dificulte sua implementação (Seção 2). O segundo desafio é a fragmentação entre as normas sobre biodiversidade e sobre o clima, que dificulta a identificação e adoção de medidas coordenadas pelos Estados. Apesar da opção por um instrumento internacional único ser politicamente inviável, uma interpretação harmonizada das obrigações existentes pode favorecer uma abordagem holística (Seção 3).

2. ADAPTAÇÃO ÀS MUDANÇAS CLIMÁTICAS E PRÁTICA SUBSEQUENTE

As mudanças climáticas, um problema que emergiu no debate ambiental global apenas a partir da década de 1980, não são explicitamente consideradas como um fator determinante nas ações dos Estados nos instrumentos jurídicos internacionais voltados à proteção da biodiversidade.[8] Por exemplo, a *Convenção sobre Diversidade Biológica* (CDB, 1992), principal instrumento internacional para a tutela da biodiversidade, não contém disposições específicas relativas ao clima.

7 FISHER; SCOTFORD; BARRITT, 2017, p. 174, tradução livre.

8 TROUWBORST, 2022, p. 275.

A maioria dos tratados sobre proteção da biodiversidade baseia-se em estratégias conservacionistas de espécies[9] e ecossistemas[10] voltadas à preservação do *status quo* ou à restauração de condições pré-existentes.[11] Essa abordagem conservacionista adotada por tais instrumentos não leva adequadamente em conta as transformações ecológicas induzidas pelas mudanças climáticas, o que pode tornar ineficazes os objetivos de conservação e comprometer os esforços já empreendidos.

Do ponto de vista da técnica legislativa, a opção ideal para suprir essa lacuna normativa consistiria na adoção de um tratado específico destinado a disciplinar a adaptação das estratégias de conservação da biodiversidade aos efeitos das mudanças climáticas. No entanto, essa opção revela-se politicamente inviável, pois implicaria a reabertura de negociações internacionais em um contexto já marcado por incertezas quanto ao compromisso de alguns Estados com a mitigação climática. Além disso, um tratado tradicional dificilmente garantiria a flexibilidade necessária para ajustar as obrigações estatais à evolução dinâmica da crise climática.

Uma alternativa mais viável para garantir a flexibilidade necessária nas ações de proteção da biodiversidade diante das mudanças climáticas é representada pelas iniciativas elaboradas no âmbito das Conferências das Partes (*Conference of the Parties* ou COPs, na sigla em inglês), órgãos instituídos pelos tratados ambientais para monitorar sua aplicação e adotar decisões operacionais.[12] Entre os exemplos mais significativos de COPs criadas por tratados internacionais figuram a *Convenção sobre Zonas Úmidas de Importância Internacional, especialmente como Habitat de Aves Aquáticas* (Convenção de Ramsar, 1971), a *Convenção sobre Diversidade Biológica* (1992) e a *Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima* (UNFCCC na sigla em inglês, 1992).

Ao longo do tempo, esses organismos demonstraram sua eficácia na adaptação tanto dos instrumentos de proteção ambiental quanto das políticas voltadas à biodiversidade. A partir dos anos 2000, as COPs da CDB e de outros acordos sobre biodiversidade passaram gradualmente a integrar estratégias de adaptação da biodiversidade às mudanças climáticas, com o objetivo de aumen-

9 Veja, por exemplo, a *Convenção Internacional para a Regulamentação da Caça à Baleia* (1946), a *Convenção Internacional para a Proteção das Aves* (1950), o *Acordo sobre a Conservação dos Ursos Polares* (1973), a *Convenção para a Conservação e Manejo da Vicuña* (1979), a *Convenção sobre a Conservação das Espécies Migratórias de Animais Silvestres* (1979) e o *Acordo sobre a Conservação de Albatrozes e Petréis* (2001).

10 Veja, por exemplo, a *Convenção de Ramsar sobre Zonas Úmidas de Importância Internacional, especialmente como habitat de aves aquáticas* (1971), e a *Convenção sobre a Conservação dos Recursos Marinhos Vivos da Antártica* (1980).

11 Sobre esta característica dos tratados sobre a proteção da biodiversidade, veja MAFFEI, 2009, p. 266.

12 Conclusão 11(1), Conclusões Preliminares sobre Acordos e Práticas Subsequentes em Relação à Interpretação dos Tratados, 2018.

tar a resiliência dos ecossistemas por meio da redução dos fatores de estresse climático.

Nesse contexto, a "abordagem ecossistêmica" emergiu como uma estratégia central para a adaptação da biodiversidade às mudanças climáticas. Adotada pela COP-CDB em 2000 como principal quadro de referência para a implementação da Convenção, essa abordagem promove uma "gestão integrada dos recursos biológicos" voltada a garantir "a conservação e o uso sustentável de maneira equitativa".[13]

A partir de 2004, a COP-CDB estendeu a aplicação da abordagem ecossistêmica ao contexto das mudanças climáticas, elevando-a à condição de estratégia global para o fortalecimento da resiliência dos ecossistemas mais vulneráveis.[14] A validade dessa abordagem é amplamente reconhecida pela comunidade científica, que ressalta sua importância para a integração de diferentes setores nos processos decisórios e nas ações de adaptação, assegurando, assim, sua eficácia. Nessa perspectiva, o IPCC destaca que as estratégias de desenvolvimento climaticamente resiliente mais eficazes são aquelas que consideram o clima, os ecossistemas, a biodiversidade e a sociedade humana como componentes interdependentes de um sistema integrado.[15]

Um passo significativo em direção à aplicação da abordagem ecossistêmica à adaptação da biodiversidade às mudanças climáticas concretizou-se em 2018, com a adoção, pela COP-CDB, das "Diretrizes Voluntárias para o Desenho e a Implementação Eficaz de Abordagens Baseadas em Ecossistemas para a Adaptação às Mudanças Climáticas e a Redução do Risco de Desastres".[16] Elaboradas em colaboração com a COP-UNFCCC e o Escritório das Nações Unidas para a Redução do Risco de Desastres (UNDRR), essas diretrizes fornecem um "quadro de referência flexível" para o planejamento e a implementação da adaptação baseada em ecossistemas e da redução do risco de desastres por governos, organizações, povos indígenas e comunidades locais, setor privado e sociedade civil, incentivando uma abordagem inclusiva da adaptação.[17]

13 5ª Conferência das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica, *Decision V/6 (Ecosystem approach)*, 2000, UNEP/CBD/COP/5/23, Anexo, para 1. Sobre a adoção da abordagem ecossistêmica pela COP-CDB, veja PRIP, 2024, p. 33.

14 7ª Conferência das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica, *Decision VII/15 (Biodiversity and Climate Change)*, 2004, UNEP/CBD/COP/DEC/VII/15, para. 8. Veja também a adoação da estratégia na 13ª Conferência das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica, *Decision XIII/4 (Biodiversity and Climate Change)*, 2016, CBD/COP/DEC/XIII/4, para 4 e no anexo à 14ª Conferência das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica, *Decision 14/5 (Biodiversity and Climate Change)*, 2018, CBD/COP/DEC/14/5, p. 6 (a partir daqui, *Decisão 14/5 (Biodiversidade e Mudanças Climáticas)*), que estabelece as "Voluntary Guidelines for the Design and Effective Implementation of Ecosystem-Based Approaches to Climate Change Adaptation and Disaster Risk Reduction".

15 *Relatório de Síntese do IPCC sobre Mudanças Climáticas 2023*, p. 114.

16 *Decisão 14/5 (Biodiversidade e Mudanças Climáticas)*, para. 1.

17 *Decisão 14/5 (Biodiversidade e Mudanças Climáticas)*, anexo, p. 7, para. 3.

Apesar da utilidade indiscutível desses instrumentos, persistem debates quanto à sua natureza jurídica e ao seu valor vinculante para os Estados. Em regra, as decisões das COPs não têm caráter obrigatório para os Estados Parte, salvo disposição expressa no tratado constitutivo.[18] No caso específico da CDB, a COP exerce funções essencialmente consultivas e de monitoramento da implementação da Convenção, sem competência para criar obrigações jurídicas vinculantes às Partes.[19] Nesse contexto, suas deliberações assumem o valor de simples orientações ou instrumentos de *soft law*.

Entretanto, as decisões das COPs podem adquirir relevância interpretativa nos termos do Artigo 31 da *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados* (CVDT, 1969). Essa disposição estabelece que "qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições", bem como "qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação", podem ser utilizados para interpretar as disposições do tratado.[20] Tal abordagem permite interpretar tanto as obrigações convencionais quanto as modalidades de sua implementação.

Embora o Artigo 31 da CVDT não especifique as formas pelas quais tais acordos ou práticas posteriores se manifestam, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (CDI) reconheceu que decisões adotadas no âmbito das COPs podem, explícita ou implicitamente, incorporar acordos ou práticas posteriores nos termos do referido artigo, uma vez que "[d]ecisões adotadas no âmbito de uma Conferência das Partes frequentemente apresentam um conjunto não exaustivo de opções práticas para a implementação do tratado".[21]

Em sua Opinião Consultiva sobre as *Obrigações dos Estados em Relação às Mudanças Climáticas* (2025), a Corte Internacional de Justiça (CIJ) entendeu que, ao interpretar as obrigações previstas nos tratados sobre mudança do clima dos quais são partes, os Estados "também precisam recorrer às decisões pertinentes dos órgãos de governança desses tratados", como as COPs.[22] De acordo com a CIJ:

18 Por exemplo, o Art. 17 do *Protocolo de Quioto* estabelece que a COP possa definir princípios, modalidades e normas aplicativas vinculantes para as partes.

19 A COP da *Convenção sobre Diversidade Biológica* de 1992, em particular, tem como função "manter sob exame a implementação" da Convenção e, *inter alia*, estabelecer a forma e a frequência da comunicação de informações pelos Estados, examinar pareceres científicos, técnicos e tecnológicos sobre a biodiversidade, bem como adotar protocolos e emendas à Convenção (art. 23(4), (a), (b), (c), (d)). A Conferência das Partes também tem a função de "examinar e tomar todas as demais medidas que possam ser necessárias para alcançar os fins desta Convenção, à luz da experiência adquirida na sua implementação" (art. 23(4)(i)).

20 *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*, Art. 31(3)(a) e (b).

21 Conclusão 11(1), Conclusões Preliminares sobre Acordos e Práticas Subsequentes em Relação à Interpretação dos Tratados, 2018, tradução livre.

22 Corte Internacional de Justiça, *Obligations of States in respect of Climate Change*, Advisory

> Em certas circunstâncias, as decisões desses órgãos produzem determinados efeitos jurídicos. Em primeiro lugar, quando o tratado assim o dispõe, as decisões das COPs podem criar obrigações juridicamente vinculantes para as partes. (...) Em segundo lugar, as decisões desses órgãos podem constituir acordos posteriores nos termos do Artigo 31, parágrafo 3 (a), da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, na medida em que tais decisões expressem um acordo de substância entre as partes quanto à interpretação do tratado pertinente, devendo, portanto, ser levadas em consideração como meios de interpretação dos tratados sobre mudanças do clima (...).[23]

Portanto, ainda que não possuam natureza juridicamente vinculante em sentido estrito, as decisões das COPs constituem uma referência imprescindível para a formulação de estratégias de adaptação da biodiversidade às mudanças climáticas. Esses instrumentos favorecem a integração progressiva de novos princípios e normas nos regimes existentes, assegurando ao mesmo tempo a flexibilidade operacional necessária para enfrentar emergências ambientais em constante evolução.[24]

3. FRAGMENTAÇÃO JURÍDICA E INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA

Há um amplo consenso científico de que a mitigação dos efeitos das mudanças climáticas requer uma ação coordenada e multissetorial entre os Estados. Como destaca o IPCC:

> A viabilidade, a eficácia e os benefícios das ações de mitigação e adaptação aumentam quando são adotadas soluções multissetoriais que atravessam diferentes sistemas. Quando essas opções são combinadas com objetivos mais amplos de desenvolvimento sustentável, podem gerar benefícios maiores para o bem-estar humano, a equidade e a justiça social, bem como para a saúde dos ecossistemas e do planeta.[25]

Essa coordenação entre as ações dos Estados em diferentes áreas pressupõe uma abordagem holística capaz de conciliar as exigências de conservação da biodiversidade com as estratégias de adaptação. Por um lado, as estratégias de conservação devem incorporar avaliações dos impactos climáticos; por outro, as obrigações decorrentes das convenções sobre o clima deveriam integrar sistematicamente a proteção dos ecossistemas. As medidas de conservação dos ecossistemas, de fato, podem atenuar os efeitos prejudiciais das mudanças climáticas, como a desertificação, e reduzir o risco de desastres ambientais.[26] Como

---

Opinion of 23 July 2025, p. 62 (para. 184) (a partir daqui, *Obrigações dos Estados em Relação às Mudanças Climáticas*).

23 *Obrigações dos Estados em Relação às Mudanças Climáticas*, p. 62 (para. 184), tradução livre. Sobre o valor jurídico das COPs segundo a CIJ, veja LIMA; FRANCO, 2025.

24 Sobre as múltiplas funções jurídicas das COPs, veja BOISSON DE CHAZOURNES, 2009, p. 295.

25 *Relatório de Síntese do IPCC sobre Mudanças Climáticas 2023*, p. 114.

26 12ª Conferência das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica, *Decision XII/20 (Biodiversity and Climate Change and Disaster Risk Reduction)*, 2014, UNEP/CBD/COP/DEC/

demonstram os relatórios do IPCC, a conservação e a restauração dos habitats terrestres e marinhos não apenas combatem fenômenos como a desertificação, mas também geram benefícios colaterais significativos, que vão desde a garantia da segurança alimentar até a proteção da diversidade biológica.[27]

Todavia, essa potencial sinergia esbarra na ausência de um quadro jurídico unificado capaz de definir obrigações claras para os Estados na dupla tarefa de enfrentar as mudanças climáticas e proteger a biodiversidade. A atual arquitetura normativa apresenta uma marcada fragmentação que se manifesta em diferentes níveis (nacional, regional e internacional) sem uma integração efetiva entre eles.[28]

Para superar essas dificuldades, um caminho possível consiste na adoção de uma abordagem jurídica integrada, capaz de conectar as diversas obrigações dos Estados. Nesse contexto, o direito internacional pode exercer uma importante função de articulação, promovendo uma interpretação sistêmica que harmonize as obrigações internacionais dos Estados relativas à biodiversidade com aquelas relativas ao clima.

Um fundamento jurídico crucial para essa abordagem é fornecido pelo Artigo 31(3)(c) da CVDT, que permite a interpretação das disposições convencionais à luz de "quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes".[29] Esse princípio possibilita uma leitura combinada das obrigações climáticas e das obrigações sobre biodiversidade, criando um quadro interpretativo coerente capaz de identificar e embasar a ação coordenada dos Estados.

A eficácia desse critério sistêmico é demonstrada por sua crescente aplicação por diversas jurisdições, com o objetivo de integrar considerações climáticas na interpretação de tratados que originalmente não as contemplavam. Essa abordagem tem permitido superar a fragmentação normativa, criando uma valiosa interconexão entre os princípios ambientais e as normas gerais do direito internacional.[30]

A título de exemplo, pode-se recordar a *Opinião Consultiva de 21 de maio de 2024*, na qual o Tribunal Internacional do Direito do Mar (TIDM) afirmou que as disposições da *Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar* (CNUDM, 1982) devem ser interpretadas em harmonia com as demais normas de direito internacional, incluindo o regime jurídico sobre as mudan-

XII/20, para. preambular 1.

27 *Relatório de Síntese do IPCC sobre Mudanças Climáticas 2023*, p. 108.

28 CADDELL; MCCORMACK, 2024, p. 5. Veja também TRENTINI, 2019, p. 339, que considera a governça global em relação às mudanças climáticas como um "regime complexo".

29 *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*, Art. 31(3)(c).

30 Sobre a utilização do critério sistêmico no campo do direito internacional das mudanças climáticas, veja VOIGT, 2023, pp. 237-249.

ças climáticas.[31] Ao citar expressamente o Artigo 31(3)(c) da CVDT, o Tribunal destacou que:

> A coordenação e a harmonização entre a Convenção [das Nações Unidas sobre o Direito do Mar] e as normas externas são importantes para esclarecer e informar o significado das disposições da Convenção, bem como para assegurar que esta funcione como um instrumento vivo. A relação entre as disposições da Parte XII da Convenção, intitulada "Proteção e Preservação do Meio Marinho", e as normas externas é de particular relevância neste caso.[32]

O TIDM especificou, ainda, que o complexo normativo climático, que compreende a UNFCCC, o *Protocolo de Kyoto*, o *Acordo de Paris* e outros instrumentos setoriais, constitui "normas externas relevantes" para a interpretação sistêmica da CNUDM.[33]

O mesmo critério hermenêutico encontra aplicação no contexto da interpretação dos tratados de direitos humanos. Na sentença *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz v. Suíça* (2024), a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) afirmou que a interpretação das obrigações dos Estados nos termos da *Convenção Europeia de Direitos Humanos* deve levar em conta os "efeitos adversos graves e potencialmente irreversíveis sobre o gozo dos direitos humanos" causados pela degradação ambiental, refletidos em "constatações científicas, nos instrumentos internacionais e na legislação e normas internas".[34] A CEDH reiterou o caráter dinâmico da Convenção, destacando que:

> Deve-se recordar que a Convenção [Europeia de Direitos Humanos] é um instrumento vivo, que deve ser interpretado à luz das condições contemporâneas e em conformidade com os desenvolvimentos do direito internacional, de modo a refletir o padrão cada vez mais elevado exigido na área da proteção dos direitos humanos (…). Com efeito, uma abordagem adequada e específica (…) deve levar em consideração as evidências científicas existentes e em constante evolução quanto à necessidade de combater as mudanças climáticas e à urgência de enfrentar seus efeitos adversos, incluindo o grave risco de sua inevitabilidade e irreversibilidade, bem como o reconhecimento científico, político e judicial da relação entre os efeitos adversos das mudanças climáticas e o gozo de (diversos aspectos dos) direitos humanos.[35]

31 Tribunal Internacional do Direito do Mar, *Request for an Advisory Opinion submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law*, Advisory Opinion of 21 May 2024, pp. 52-53 (paras. 136-137) (a partir daqui, *Parecer do Tribunal do Mar sobre Mudanças Climáticas e Direito Internacional*).

32 *Parecer do Tribunal do Mar sobre Mudanças Climáticas e Direito Internacional*, p. 51 (para. 130), tradução livre.

33 *Parecer do Tribunal do Mar sobre Mudanças Climáticas e Direito Internacional*, p. 53 (para 137).

34 Corte Europeia dos Direitos Humanos, Grande Câmara, *Decisão de 9 de abril de 2024 no caso Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e outros vs. Suíça*, Processo nº 53600/20, paras. 431-433 (a partir daqui, *caso Verein KlimaSeniorinnen Schweiz*).

35 *Caso Verein KlimaSeniorinnen Schweiz*, para. 434.

Em sua Opinião Consultiva sobre a *Emergência Climática e Direitos Humanos* (2025), a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) também adotou essa abordagem interpretativa. A Corte IDH entendeu que a interpretação da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* e do *Protocolo de San Salvador* baseia-se não apenas no *corpus iuris* formado pelos instrumentos fundadores da Organização dos Estados Americanos e do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, mas considera igualmente os princípios e normas internacionais, convencionais ou consuetudinárias, em matéria de meio ambiente e mudanças climáticas.[36] De acordo com a Corte IDH:

> As normas gerais de interpretação estabelecidas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (...) exigem levar em consideração o objeto e o fim dos tratados a interpretar e que, como instrumentos vivos, a interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e das condições de vida no momento da adoção deste Parecer Consultivo. Igualmente, segundo a Convenção de Viena, "as normas devem ser interpretadas como parte de um todo cujo significado e alcance se determinam em função do sistema jurídico ao qual pertencem".[37]

Essa mesma abordagem foi utilizada pela CIJ em sua Opinião Consultiva de 2025 sobre as *Obrigações dos Estados em Relação às Mudanças Climáticas*. A CIJ entendeu que, "quando diversas normas incidirem sobre uma mesma questão, elas devem, na medida do possível, ser interpretadas de modo a dar origem a um conjunto único de obrigações compatíveis".[38] Assim:

> Os tratados, em particular os tratados multilaterais sobre meio ambiente, devem ser interpretados levando em consideração quaisquer normas pertinentes de direito internacional aplicáveis às relações entre as partes (Artigo 31, parágrafo 3 (c), da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados). Tais normas incluem as regras do direito internacional consuetudinário. Conforme já afirmou a Corte, os tratados devem ser "interpretados e aplicados no quadro do sistema jurídico vigente no momento da interpretação" (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 31, para. 53).[39]

36 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Parecer Consultivo PC-32/25 de 29 de Maio de 2025 Solicitado por República do Chile e República da Colômbia Emergência Climática e Direitos Humanos*, p. 14 (para. 36) (a partir daqui, *Emergência Climática e Direitos Humanos*).

37 *Emergência Climática e Direitos Humanos*, p. 14 (para. 35). A frase "as normas devem ser interpretadas como parte de um todo cujo significado e alcance se determinam em função do sistema jurídico ao qual pertencem", aparentemente atribuída à CVDT, parece fazer menção à decisão da Corte IDH no caso *González e outros ("Campo Algodonero") vs. México*, em que a Corte afirma que "según el argumento sistemático, las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen" (sentença de 16 de novembro de 2009, Série C, No. 205, p. 12, para. 43).

38 *Obrigações dos Estados em Relação às Mudanças Climáticas*, p. 95 (para. 310), tradução livre. Do original: "when several norms bear on a single issue they should, to the extent possible, be interpreted so as to give rise to a single set of compatible obligations".

39 *Obrigações dos Estados em Relação às Mudanças Climáticas*, p. 95 (para. 311), tradução livre.

Dessa forma, a CIJ considerou que tratados de proteção ambiental como a CDB, os tratados sobre mudanças climáticas e as obrigações pertinentes decorrentes do direito internacional consuetudinário "se informam mutuamente".[40] Em outras palavras:

> Os Estados partes devem, portanto, levar em consideração as suas obrigações decorrentes desses tratados ambientais ao implementarem suas obrigações nos termos dos tratados sobre mudanças climáticas e do direito internacional consuetudinário, assim como devem levar em consideração suas obrigações decorrentes dos tratados sobre mudanças climáticas e do direito internacional consuetudinário ao implementarem suas obrigações nos termos desses tratados ambientais.[41]

Os desenvolvimentos jurisprudenciais mais recentes indicam uma aplicação cada vez mais ampla do critério sistêmico de interpretação, especialmente no contexto da chamada "*climate change litigation*". A interpretação sistêmica confirma-se, assim, como um instrumento útil para garantir coerência na aplicação dos regimes jurídicos relativos à biodiversidade e às mudanças climáticas.

Um exemplo concreto dessa tendência pode ser observado na iniciativa adotada pela COP-CDB em 2018, destinada a promover "uma implementação coerente, integrada e co-benéfica das ações" previstas na UNFCCC, no *Acordo de Paris*, na Agenda 2030 e em outros instrumentos internacionais pertinentes.[42] Essa iniciativa inovadora, que transcende o quadro normativo da CDB ao envolver instrumentos externos, enfatiza a necessidade de que os Estados desenvolvam estratégias para a implementação coordenada das obrigações internacionais por meio dos planos nacionais de aplicação das obrigações convencionais. Nessa perspectiva, por um lado, promove-se a inclusão de considerações sobre as mudanças climáticas nos "Planos de Ação Nacionais para a Biodiversidade", previstos no artigo 6º da CDB.[43] Por outro lado, incentiva-se a incorporação das preocupações relativas à proteção da biodiversidade e à integridade dos ecossistemas nas estratégias e planos nacionais sobre mudanças climáticas.[44]

Assume particular relevância a recomendação da COP-CDB para que as Partes integrem a abordagem ecossistêmica em suas "Contribuições Nacionalmente Determinadas" (*nationally determined contributions*, ou NDCs), instrumentos pelos quais os Estados, em conformidade com o *Acordo de Paris*,

40 *Obrigações dos Estados em Relação às Mudanças Climáticas*, p. 101 (para. 335). Além da CDB, a Corte menciona expressamente também a *Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio e Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio* (1985) e a *Convenção das Nações Unidas de Combate à Desertificação* (1994).

41 *Obrigações dos Estados em Relação às Mudanças Climáticas*, p. 101 (para. 335), tradução livre.

42 *Decisão 14/5 (Biodiversidade e Mudanças Climáticas)*, anexo, para. 5(a).

43 *Decisão 14/5 (Biodiversidade e Mudanças Climáticas)*, para. 4(b).

44 *Decisão 14/5 (Biodiversidade e Mudanças Climáticas)*, para. 4(b).

definem suas políticas de redução de emissões e de adaptação às mudanças climáticas.[45]

Essa abordagem integrada, de caráter global, favorece a interconexão entre as múltiplas obrigações internacionais, gerando sinergias capazes de ampliar de forma significativa a eficácia das medidas adotadas. A verificação da implementação dessas estratégias poderá apoiar-se no mecanismo de coordenação entre as diferentes Conferências das Partes, garantindo, assim, um monitoramento coerente e multilateral.

4. CONCLUSÕES

As mudanças climáticas representam um desafio complexo e multidimensional para a biodiversidade, afetando não apenas os ecossistemas em termos ecológicos, mas também a própria estrutura dos mecanismos jurídicos concebidos para sua proteção. O atual regime normativo de proteção da biodiversidade, já caracterizado por fragilidades intrínsecas, tem visto suas criticidades se acentuarem justamente em razão das pressões induzidas pelas mudanças climáticas.

Embora uma aplicação mais rigorosa e eficaz dos instrumentos existentes possa trazer melhorias significativas, favorecendo a adaptação das espécies às novas condições climáticas, torna-se cada vez mais necessário o desenvolvimento de estratégias inovadoras capazes de enfrentar essa problemática emergente. As propostas mais recentes elaboradas no âmbito internacional, ainda que promissoras, exigirão uma verificação concreta de sua eficácia em um futuro próximo.

REFERÊNCIAS

BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence. Environmental Treaties in Time. **Environmental Policy and Law**, Amsterdã, vol. 39, n. 6, pp. 293-298, 2009.

CADDELL, Richard; MCCORMACK, Phillipa. Climate change and biodiversity law: Quo Vadis? In: CADDELL, Richard; MCCORMACK, Phillipa (orgs.). **Research Handbook on Climate Change and Biodiversity Law**. Cheltenham: Edward Elgar, pp. 2-24, 2024.

FISHER, Elizabeth; SCOTFORD, Eloise; BARRITT, Emily. The Legally Disruptive Nature of Climate Change. **Modern Law Review**, Londres, v. 80, n. 2, pp. 173-201, 2017.

LIMA, Lucas Carlos; FRANCO, Rodrigo Machado. O valor jurídico das decisões tomadas nas COPs segundo a CIJ. **Jota**. São Paulo, 10 out. 2025. Disponível em: https://www.jota.info/coberturas-especiais/dialogos-da-cop30/o-valor-juridico-das-decisoes-tomadas-nas-cops-segundo-a-cij. Acesso em: 10 out. 2025.

45 Acordo de Paris, Art. 4. *Decisão 14/5 (Biodiversidade e Mudanças Climáticas)*, para. 5(b).

MAFFEI, Maria Clara. La protezione delle specie, degli habitat e della biodiversità. In: FODELLA, Alessandro; PINESCHI, Laura (orgs). **La protezione dell'ambiente nel diritto internazionale**. Turim: Giappichelli, 2009, pp. 263-314, 2009.

PRIP, Christian. The Convention on Biological Diversity and Climate Change. In: CADDELL, Richard; MCCORMACK, Phillipa (orgs.). **Research Handbook on Climate Change and Biodiversity Law**. Cheltenham: Edward Elgar, pp. 25-46, 2024.

TRENTINI, Flávia. Governança Global Ambiental e o Regime Complexo das Mudanças Climáticas. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 95, n. 24, pp. 327-347, 2019.

TROUWBORST, Arie. Climate change adaptation and biodiversity law. In: VERSCHUUREN, Jonathan (org.). **Research Handbook on Climate Change Adaptation Law**. Cheltenham: Edward Elgar, pp. 275-299, 2022.

VOIGT, Christina. The Power of the Paris Agreement in International Climate Litigation. **Review of European, Comparative & International Environmental Law**, Oxford, v. 32, n. 2, pp. 237-249, 2023.

DOI: 10.12818/P.0304-2340.2025v87p55

REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM* E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DE FILIAÇÃO E SUCESSÓRIO

POST-MORTEM ASSISTED REPRODUCTION AND ITS IMPLICATIONS FOR FILIAL AND SUCCESSION LAW

Edwirges Elaine Rodrigues[*]

RESUMO

Este estudo analisa os desafios jurídicos da reprodução assistida *post mortem*, com ênfase no direito sucessório do filho concebido após o falecimento de um dos genitores. O tema é relevante diante do avanço das técnicas reprodutivas e da ausência de regulamentação específica no ordenamento jurídico brasileiro, o que gera incertezas e controvérsias, especialmente no âmbito do direito das famílias e sucessões. O objetivo do trabalho é examinar os impactos jurídicos da reprodução assistida póstuma, abordando a necessidade de consentimento prévio, a forma dessa autorização, os direitos sucessórios do descendente e o prazo para a realização do procedimento. A metodologia de abordagem empregada é dedutiva e o método de procedimento é o bibliográfico e documental, com análise de normas jurídicas, doutrina especializada e jurisprudência. O estudo defende que a reprodução assistida post mortem deve ser permitida, desde que respeitados certos requisitos, como a existência de consentimento do falecido. Contudo, diverge da necessidade de forma solene para essa autorização, propondo que ela possa ser formalizada no Termo de Consentimento Livre e Esclarecido dos procedimentos reprodutivos, desde que contenha cláusula autônoma e específica. Além disso, sugere-se a fixação de um prazo de três anos para a utilização do material genético criopreservado, garantindo previsibilidade sucessória. Diante das lacunas normativas, conclui-se que é urgente a criação de legislação específica para conferir segurança jurídica e harmonizar as inovações tecnológicas com os princípios do direito brasileiro.

ABSTRACT

This study analyzes the legal challenges of post-mortem assisted reproduction, with an emphasis on the inheritance rights of a child conceived after the death of one of the parents. The topic is relevant due to advancements in reproductive techniques and the lack of specific regulations in the Brazilian legal system, which creates uncertainties and controversies, particularly in family and inheritance law. The objective of this study is to examine the legal impacts of post-mortem assisted reproduction, addressing the need for prior consent, the form of authorization, the inheritance rights of the descendant, and the timeframe for carrying out the procedure. The methodological approach employed is deductive, and the procedural method is bibliographic and documentary, involving the analysis of legal norms, specialized doctrine, and case law. The study argues that post-mortem assisted reproduction should be permitted, provided that certain requirements are met, such as the deceased's consent. However, it disagrees with the requirement for a formal notarized authorization, proposing instead that consent may be given through the Informed Consent Form used in reproductive procedures, as long as it contains an autonomous and specific clause. Additionally, a three-year limit for the use of cryopreserved genetic material is suggested to ensure inheritance predictability. Given the regulatory gaps, the study concludes that the creation of specific legislation is urgently needed to provide legal certainty and to harmonize technological innovations with the principles of Brazilian law.

* Doutora em Direito Civil (FDUSP 2023). Professora do curso de graduação em Direito Claretiano do Centro Universitário, (CEUCLAR).
E-mail: edwirges_elaine@yahoo.com.br ORCID:.https://orcid.org/0000-0002-6028-7985

PALAVRAS-CHAVE: Reprodução Assistida. *Post Mortem*. Direitos de Filiação. Direitos Sucessórios.

KEYWORDS: *Post-Mortem. Assisted Reproduction. Parentage Rights. Succession Rights.*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Reprodução humana assistida *post mortem*. 2.1 Autorização dos cônjuges ou dos companheiros e formas de consentimento. 3 Direito sucessório do filho concebido por reprodução assistida *post mortem*. 3.1 Petição de herança do filho nascido das técnicas da reprodução humana assistida. 3.2 Prazo para a reprodução assistida *post mortem*. 4 Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

As relações humanas sofreram constantes transformações ao longo da história da civilização, mas, sem dúvida, a realidade contemporânea da humanidade se mostra bem mais revolucionária do que em outros tempos, pois a ciência proporcionou a procriação sem a relação sexual. Com isso, os métodos de reprodução humana artificial têm alargado o direito à liberdade de procriação.

Embora as técnicas reprodutivas assistidas mais conhecidas sejam a inseminação artificial (introdução do esperma na cavidade uterina ou no canal cervical, por meio de uma cânula) e a fertilização *in vitro* (fecundação do óvulo, em laboratório, com a posterior transferência ao útero ou às trompas de Falópio), a expressão "reprodução assistida" não se limita a essas práticas, pois corresponde a todos os procedimentos clínicos e laboratoriais que visam a obter uma gestação, substituindo ou facilitando etapas deficientes do processo reprodutivo natural.

Quanto ao material genético utilizado, a procriação medicamente assistida pode ser homóloga, quando o sêmen e o óvulo são fornecidos pelo casal que planeja o filho, ou heteróloga, quando se utilizam sêmen e/ou óvulo de doador.

O Conselho Federal de Medicina (CFM), através de suas resoluções, estabelece os critérios éticos para o uso das técnicas de reprodução humana assistida. Atualmente, a Resolução em vigor é a de nº. 2.320/2022. Contudo, estes instrumentos, são considerados normas deontológicas que regulam a profissão médica e possuem como destinatários diretos apenas os médicos.

Diante do avanço dessas tecnologias, surgem novos desafios jurídicos que demandam análise e regulamentação, uma vez que tais inovações impactam diretamente a sociedade e, consequentemente, o ordenamento jurídico. A reprodução assistida *post mortem*, por exemplo, suscita diversos questionamentos, tais como a possibilidade de utilização do material genético após o falecimento de um dos cônjuges ou companheiros, a necessidade de consentimento prévio, a

forma de manifestação dessa autorização, os prazos para a realização do procedimento, bem como os direitos de filiação e sucessórios do filho concebido após a morte de um dos genitores.

Diante desse cenário, este estudo tem como objetivo examinar as implicações jurídicas da reprodução assistida *post mortem*, especialmente no que concerne ao direito sucessório do filho concebido após o falecimento de um dos pais. Pretende-se verificar como essa temática se relaciona com os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, buscando contribuir para a reflexão e o aperfeiçoamento das normativas aplicáveis ao tema.

A justificativa para a realização desta pesquisa decorre da crescente utilização das técnicas de reprodução assistida, aliada à ausência de regulamentação específica sobre a reprodução póstuma no ordenamento jurídico brasileiro. Essa lacuna normativa gera incertezas e controvérsias, sobretudo no âmbito sucessório, impactando diretamente a segurança jurídica das famílias que recorrem a esses procedimentos. Assim, o estudo se mostra relevante para fomentar o debate sobre a necessidade de legislação específica que contemple as particularidades dessa forma de concepção.

Metodologicamente, a pesquisa adota o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento bibliográfico e documental, partindo da análise das normas jurídicas vigentes e da doutrina especializada para, então, examinar as possíveis interpretações e consequências jurídicas da reprodução assistida *post mortem*, com enfoque no direito sucessório do filho concebido por esse meio.

Nesse contexto, o presente estudo será estruturado em três eixos principais: inicialmente, será analisada a reprodução assistida *post mortem* sob o prisma de sua regulamentação, das formas de manifestação de consentimento e das divergências doutrinárias a respeito da prática; em seguida, serão examinados os reflexos sucessórios do filho concebido após a morte de um dos genitores, com destaque para a discussão em torno da petição de herança e da delimitação de prazos para a realização do procedimento; por fim, serão apresentadas as conclusões extraídas da pesquisa, enfatizando a necessidade de legislação específica que harmonize os avanços biotecnológicos com a proteção dos direitos de filiação e sucessórios.

2. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA *POST MORTEM*

O reconhecimento legal da presunção de que os filhos concebidos por reprodução assistida homóloga na constância do casamento ou da união estável, mesmo após o falecimento do marido ou companheiro, gerou amplos debates no âmbito jurídico[1]. A ausência de legislação específica que regulamente a matéria agrava as discussões, limitando-se o ordenamento jurídico a previ-

1 SCALQUETTE, 2009, p. 69;

sões pontuais no artigo 1.597 do Código Civil e ao item VIII da Resolução nº 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina.

O inciso III do artigo 1.597 do Código Civil refere-se aos casos em que o sêmen do marido ou do companheiro está criopreservado e poderá fecundar o óvulo da esposa ou da companheira supérstite, após o falecimento daquele, através de inseminação artificial ou de fertilização *in vitro*. Já o inciso IV do mesmo diploma legal diz respeito à implantação *post mortem* de embriões congelados, também decorrentes de material homólogo.

Ainda que a reprodução assistida póstuma encontre respaldo nos princípios da liberdade e da autonomia privada[2], há argumentos contrários que destacam possíveis impactos nas relações familiares e sucessórias, bem como no interesse do descendente[3], podendo afrontar princípios fundamentais do Direito, como a parentalidade responsável[4], o melhor interesse da criança[5] e o próprio projeto parental[6].

Nesse sentido, Karla Fisher levanta a questão se a reprodução assistida *post mortem* seria constitucional, reforçando a divisão doutrinária com relação à referida temática[7]. Guilherme Calmon Nogueira Gama também se posiciona de maneira contrária à prática, argumentando que, mesmo com vontade expressa deixada em vida pelo falecido, não se deve permitir que a ex-esposa ou ex-companheira tenha acesso à técnica de reprodução assistida homóloga, por afrontar os princípios da paternidade responsável, da dignidade humana, do melhor interesse da criança e da igualdade entre filhos[8].

Do ponto de vista ético, Eduardo Leite defende que a reprodução assistida *post mortem* desvia o sentido da procriação artificial, que consiste em remediar as consequências da esterilidade e da hipofertilidade. Além disso, alega que tal prática não se justifica porque não mais existe o casal, situação a qual poderia acarretar perturbações psicológicas graves em relação à criança e à mãe[9].

Por outro lado, a corrente favorável sustenta sua argumentação com base nos princípios da autonomia da vontade, do livre planejamento familiar e da igualdade entre filhos. A previsão legal da reprodução assistida após o falecimento do detentor do material genético respalda-se no direito à procriação e na continuidade do projeto parental iniciado em vida[10].

2 FREITAS, 2018;
3 ASCENSÃO, 2007;
4 GAMA, 2003, p. 733;
5 BRAUNER, 1998, p. 151;
6 LEITE, 1995, p. 155;
7 FICHER, 2009;
8 GAMA, 2003, p. 733;
9 LEITE, 1995, p. 142, 154, 155;
10 RIBEIRO, 2017, p. 39;

Carlos Cavalcanti esclarece que o planejamento familiar, sem dúvida, dá-se quando vivos os partícipes, mas seus efeitos podem se produzir após a morte[11]. Com o mesmo entendimento, Douglas Phillips afirma que a Constituição Federal, em seu artigo 226, § 7º, defende a livre decisão do casal quanto ao planejamento familiar[12].

Silmara Chinelatto e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf reconhecem a importância da biparentalidade, mas argumentam que essa não deve ser utilizada para inviabilizar a reprodução assistida após a morte de um dos pais quando houver um projeto parental preexistente[13].

No mais, o texto constitucional não distingue as causas da monoparentalidade, de forma que essa pode edificar-se "por diversas razões: viuvez, divórcio, separação judicial, adoção unilateral, não reconhecimento da prole pelo outro genitor, inseminação artificial (homóloga – após a morte do marido, ou de mulher solteira; heteróloga), produção independente"[14]. Além disso, o progresso da biotecnologia viabilizou a formação de famílias monoparentais planejadas, refutando a ideia de que a infertilidade seja critério essencial para acesso às técnicas reprodutivas. A condição de filho póstumo não compromete, por si só, seu melhor interesse, sob pena de se desconsiderar a proteção conferida às famílias monoparentais e à adoção póstuma[15].

Assim, este trabalho defende que, diante de um projeto parental claramente estabelecido por parte do genitor falecido, e existindo uma decisão ponderada e informada do cônjuge ou do companheiro sobrevivente, com acompanhamento psicológico e após um adequado período de reflexão, não há razão para impedir o prosseguimento do projeto parental, como forma de assegurar o respeito à autonomia reprodutiva de ambos.

Além disso, o filho concebido por esse método terá seu estado de filiação reconhecido a qualquer momento, uma vez que tal direito é personalíssimo, indisponível e imprescritível. O Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) permite que o registro civil do filho advindo da reprodução assistida *post mortem* seja realizado diretamente no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais. Para tanto, será necessário apresentar termo de autorização prévia específica do falecido ou da falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida, além dos seguintes documentos:

11 ALBUQUERQUE FILHO, 2006, p. 175;

12 FREITAS, 2018;

13 CHINELLATO, 2004, p. 54; MALUF, 2020, p. 215;

14 MALUF; MALUF, 2013, p. 9;

15 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Artigo 42, § 6º: "A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença".

> Art. 17. Será indispensável, para fins de registro e de emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos:
>
> I – declaração de nascido vivo (DNV);
>
> II – declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários;
>
> III – certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal.
>
> [...]
>
> § 2º Nas hipóteses de reprodução assistida post mortem, além dos documentos elencados nos incisos do caput deste artigo, conforme o caso, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida.

Assim sendo, os direitos familiares e identitários do filho concebido após a morte de seu genitor serão resguardados, da mesma maneira que os direitos do filho nascido com pais vivos. A filiação será estabelecida por presunção decorrente do vínculo matrimonial ou convivencial e, uma vez preenchidos os requisitos do Provimento acima destacado, o registro será feito, independentemente de processo judicial, ou seja, priorizando a igualdade entre os filhos. Assim, diante de todas essas argumentações, deve-se concluir pela possibilidade da reprodução assistida *post mortem*.

No tocante ao direito estrangeiro, o tema também não é pacífico. Há países como a França, a Alemanha e a Itália, por exemplo, que proíbem a prática. Por outro lado, o procedimento é permitido em outros países, como no Reino Unido, na Espanha e na Bélgica.

A França foi o primeiro país no mundo a discutir essa questão, através do julgamento do caso Parpalaix, em 1984, em que uma jovem viúva de nome Corinne Parpalaix solicitou, à Justiça francesa, autorização para se inseminar com o material genético de seu falecido marido Alain. Sabendo-se doente de câncer nos testículos, Alain depositou seu sêmen no Centro de Estudos e Conservação de Esperma, porquanto teria que se submeter a fortes doses de quimioterapia, as quais poderiam torná-lo estéril. O Tribunal de Creteil, em decisão sem precedentes, decidiu favoravelmente à viúva. No entanto, ironicamente, em decorrência das más condições em que se encontrava o material genético, Corinne não conseguiu engravidar[16].

Para o Direito francês, a procriação assistida póstuma é proibida, dispondo a lei, inclusive, que o consentimento para tal prática perderá efeito, auto-

16 SÁ, 2003, p. 4;

maticamente, com a morte de seu signatário. Além disso, caso a criança, ainda assim, venha a nascer, o parentesco será constituído apenas com relação à mãe[17].

Na Alemanha, a Lei de Proteção ao Embrião, de 1º de janeiro de 1991, regulamenta as questões envolvendo a medicina reprodutiva. Em muitos aspectos, a legislação é considerada restritiva, inclusive, com relação à reprodução assistida póstuma[18].

Apesar dessa proibição, debates insurgem no país, como, por exemplo, uma demanda judicial, em 2009, em que uma mulher viúva buscou o direito de utilização do material genético do casal (óvulos no estágio pró-núcleo) para procriação assistida *post mortem*. Em primeira instância, foi negado o direito de utilização do material genético. No entanto, em fase de apelação, em 2010, o Tribunal alemão determinou que a clínica devolvesse o óvulo fertilizado à esposa como forma de restituição de sua propriedade. Embora a restituição tenha acontecido, a implantação não foi possível por inviabilidade do material genético[19].

A Lei italiana nº. 40, de 19 de fevereiro de 2004, relativa à procriação medicamente assistida, também impede que o procedimento seja realizado após a morte de um dos consortes[20].

No Reino Unido, o Human Fertilization and Embryology Act (HFEA), de 1990, revisto em 2008, autoriza expressamente a reprodução assistida *post mortem*, desde que haja consentimento prévio por escrito para a utilização do material genético. Também sobre o assunto, em 2003, foi aprovada legislação que versa sobre o registro civil do filho concebido através desse procedimento, tornando-se necessários: consentimento escrito para a concepção póstuma e para o reconhecimento da paternidade; anuência da mãe sobre a inclusão do nome do pai no registro do filho; atestado médico declarando o procedimento de reprodução assistida utilizado[21].

A legislação espanhola sobre reprodução assistida (Lei nº. 14/2006)[22], considerada uma das mais permissivas, admite a procriação artificial *post mortem*, e a doutrina justifica a constitucionalidade de tal prática sob o argumento de que o artigo 10-1 da Constituição espanhola garante o direito da pessoa ao livre desenvolvimento de sua personalidade e, nesse contexto, encontra-se o direito de procriação[23].

17 LEITE, 1995, p. 393; FRANÇA, 2021;
18 ALEMANHA, 1991;
19 KRÜGER, 2011, p. 41-46;
20 ITÁLIA, 2004;
21 REINO UNIDO, 1990; REINO UNIDO, 2008;
22 ESPANHA, 2006;
23 CÁRCABA FÉRNANDEZ, 1995, p. 84.

Em Portugal, a legislação sobre reprodução assistida *post mortem* passou por mudanças significativas em 2021. Antes da Lei nº 72/2021[24], a inseminação póstuma era proibida, mesmo com consentimento do falecido, e o material genético deveria ser destruído. No entanto, a utilização *post mortem* de embriões era permitida caso houvesse um projeto parental previamente formalizado.

Atualmente, a Lei de Reprodução Assistida permite tanto a inseminação artificial e fertilização *in vitro post mortem* quanto a transferência de embriões, desde que o material tenha sido criopreservado com base no receio de futura esterilidade. O procedimento deve ocorrer entre seis meses e três anos após o falecimento, mediante consentimento prévio do falecido.

A legislação também limita o uso do material genético a uma única gravidez com nascimento vivo e estabelece que, em caso de violação da norma, a criança será considerada filha do falecido apenas se a mãe não tiver contraído novo casamento ou união estável.

Também com base na Lei de Procriação Medicamente Assistida de Portugal, Marianna Chaves defende que a transferência póstuma de embriões, em nome da segurança jurídica e do respeito à autonomia das partes, incluindo quem já faleceu, deve seguir dois pressupostos, sendo eles, a existência de uma autorização expressa do falecido ou da falecida; e a determinação de um prazo, a contar do falecimento do autor da herança, para a realização da técnica.

Com base nesse entendimento, este trabalho analisará a necessidade e a forma de autorização, assim como a fixação de prazo para a realização da reprodução assistida *post mortem*.

2.1 Autorização dos cônjuges ou dos companheiros e formas de consentimento

Mostra-se de grande relevância a discussão acerca do consentimento para a realização da reprodução humana assistida após a morte de um dos cônjuges ou companheiros, uma vez que o legislador exige autorização manifestada em vida apenas para o procedimento heterólogo. Já nas situações de procriação assistida homóloga *post mortem*, seja inseminação artificial, fertilização *in vitro* ou implantação de embrião criopreservado, o legislador não menciona a necessidade de manifestação expressa do consorte falecido para a utilização de seu material genético após sua morte.

Mário Delgado ressalta que a redação dos incisos III e IV do artigo 1.597 do Código Civil faz entender que, para a reprodução homóloga póstuma, bem como para o uso de embriões excedentários, oriundos de material genético homólogo, o consentimento prévio do cônjuge ou do companheiro seria dispensável[25]. No entanto, para o referido autor, os incisos III, IV e V do artigo 1.597 da

24 PORTUGAL, 2021;

25 DELGADO, 2019;

legislação civilista devem ser interpretados de forma sistêmica e harmônica, de modo que, em qualquer situação de reprodução assistida *post mortem*, homóloga, heteróloga ou com o uso de embriões excedentários, não se prescinda da autorização expressa, manifestada em vida, pelo cônjuge ou pelo companheiro, pois, o contrário representaria violação a direito da personalidade[26].

Com o mesmo entendimento, Ana Cláudia Scalquette defende que, "a despeito da falta de previsão legislativa, o marido deverá autorizar a utilização de seu material genético de maneira expressa, sendo medida imprescindível para a inequívoca manifestação de sua vontade"[27].

De fato, a autorização mostra-se indispensável diante da insegurança de se presumir o desejo de ser pai ou mãe, após sua morte, simplesmente pela atitude de criopreservação do material genético. Mas, qual deve ser a forma dessa autorização: verbal, termo de consentimento informado, instrumento particular, instrumento público ou testamento?[28]

Seguindo o disposto na legislação espanhola sobre reprodução assistida, a qual, em seu artigo 9, 2, determina ser indispensável o consentimento expresso do autor da herança, em documento formal, como escritura pública, testamento ou diretiva antecipada de vontade[29]; Maria Helena Diniz, além de afirmar a necessidade de prévia autorização do consorte falecido para a utilização de seu material genético, uma vez que possui propriedade sobre as partes destacadas de seu corpo, reforça também que a anuência deve ser escrita, por instrumento público ou testamento[30].

Nesse mesmo sentido, o Provimento nº. 63/2017, do Conselho Nacional de Justiça[31], que dispõe sobre o registro de nascimento e a emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida, exige que a autorização para o procedimento póstumo seja expressa em instrumento público ou particular com firma reconhecida[32].

Já a Resolução nº. 2.320/2022, do Conselho Federal de Medicina, ao permitir a reprodução assistida póstuma, exige autorização específica do falecido para o uso do material biológico criopreservado, conforme legislação vigente. Ocorre que o legislador civilista, ao tratar do assunto, não exige a autorização para tal procedimento na modalidade homóloga e se omitiu quanto à forma da autorização prevista na hipótese de reprodução assistida heteróloga[33].

26 DELGADO, 2019;
27 SCALQUETTE, 2009, p. 70;
28 MOREIRA FILHO, 2015, p. 192;
29 ESPANHA, 2006;
30 DINIZ, 2014, p. 688;
31 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017;
32 DELGADO, 2019;
33 BARBOZA, 2004, p. 23;

Assim, verifica-se que os posicionamentos que exigem uma forma especial para o consentimento tendem a onerar os procedimentos de reprodução assistida e, como bem ressalta Mário Delgado, não existindo forma prescrita em lei no que diz respeito à autorização, deve-se compreender que a sua forma é livre, não sendo restrita à forma escrita, como pretende impor o Provimento do Conselho Nacional de Justiça[34]. É, inclusive, a posição de Paulo Lôbo, no sentido de que o consentimento não precisa ser, necessariamente, por escrito, mas apenas tem de ser prévio[35].

No entanto, em junho de 2021, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) negou a autorização para a implantação de embriões após a morte de um dos cônjuges, reforçando a necessidade de autorização formal expressa.

No caso concreto, a viúva desejava utilizar embriões criopreservados com seu falecido marido, mas os filhos do primeiro casamento do falecido ajuizaram ação para impedir o procedimento, obtendo decisão favorável em primeira instância. O Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a sentença, permitindo a implantação, com base no acordo prévio do casal sobre a destinação dos embriões. No entanto, ao julgar o recurso, o STJ decidiu pela impossibilidade do procedimento, seguindo o voto divergente do ministro Luis Felipe Salomão, que enfatizou que a manifestação de vontade do falecido deve ser inequívoca, expressa e formal, especialmente quando envolve efeitos patrimoniais e existenciais após sua morte. O ministro concluiu que a autorização dada em formulário para a transferência dos embriões se restringia ao período em que ambos estivessem vivos. Assim, o STJ restabeleceu a decisão de primeira instância, negando a autorização para a implantação[36].

Em que pese o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, a exigência de autorização expressa e formal, através de testamento, para a reprodução assistida *post mortem*, conforme anteriormente mencionado, é de rigor exacerbado e onera o procedimento procriativo.

Buscando-se uma solução para a questão, embora este trabalho entenda que o consentimento para reprodução assistida poderá ser manifestado de forma livre, uma vez que a legislação atual não exige forma especial, poderá ser útil o documento de consentimento informado exigido pelo Conselho Federal de Medicina para a realização das técnicas reprodutivas, respeitando-se, assim, a vontade daqueles que não mais podem manifestá-la[37].

As normas éticas médicas também estabelecem que, antes da geração dos embriões, os cônjuges ou os companheiros deverão expressar, por escrito, sua vontade, quanto ao destino que será dado aos embriões criopreservados em

34 DELGADO, 2019;

35 LÔBO, 2003, p. 53;

36 INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2021.

37 TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2014, p. 197;

caso de divórcio, de dissolução da união estável ou de falecimento de um ou de ambos. Entende-se que, de igual modo, o consentimento livre e esclarecido também deverá ser emitido quanto ao destino do óvulo e do sêmen criopreservados, nas situações mencionadas.

Além disso, diante dos reflexos ocasionados no âmbito jurídico, em especial no Direito das Famílias, o presente trabalho defende que o termo de consentimento informado deverá ser esclarecido tanto pelo médico, no tocante às técnicas reprodutivas, quanto por um setor jurídico capacitado para esclarecer todas as possíveis consequências jurídicas que envolvem tal processo médico. Com isso, evita-se que termos sejam simplesmente assinalados, ou ainda, em determinadas situações, nem isso acontece, ou seja, o casal não decide sobre a possibilidade ou não da utilização do material genético após divórcio ou viuvez.

A respeito do tema, a Lei portuguesa nº. 32/2006 recebeu um novo dispositivo, inserido, em 2021, pela Lei nº. 72, estabelecendo os requisitos do consentimento para a reprodução assistida *post mortem*. Dentre as regras previstas no artigo 22º-A, a autorização deve ser reduzida a escrito ou registrada em videograma após prestação de informação ao detentor do material genético quanto às suas consequências jurídicas. A norma portuguesa também permite que a manifestação de vontade seja inserida no documento em que é prestado o consentimento informado, desde que conste de cláusula autônoma. Além disso, o documento de prestação de consentimento, autorizando a reprodução póstuma, deve ser comunicado ao Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida para efeitos do seu registro centralizado[38].

De maneira semelhante, em legislação brasileira especial sobre o tema, que ainda deverá ser aprovada, o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido poderá servir de instrumento adequado para procriação assistida póstuma, desde que a autorização conste de cláusula autônoma.

3. DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO CONCEBIDO POR REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*

Segundo o princípio da *saisine*, a transmissão da herança ocorre no instante da abertura da sucessão, sendo nesse momento em que se verifica a legitimidade do herdeiro para receber seu quinhão hereditário. Assim, conforme o artigo 1.798 do Código Civil, para que os herdeiros adquiram a capacidade sucessória, é necessário que estejam vivos ou já concebidos ao tempo da morte do autor da herança[39].

Apesar de o ordenamento jurídico brasileiro presumir a parentalidade dos filhos frutos da reprodução medicamente assistida, mesmo após o faleci-

38 PORTUGAL, 2006; PORTUGAL, 2021;

39 MOREIRA FILHO, 2015, p. 205;

mento de um dos cônjuges ou companheiros, o legislador não soluciona os problemas práticos decorrentes dessa inovação. Dessa forma, gerou-se um ambiente de incerteza quanto à legitimação sucessória desses filhos oriundos de embriões excedentários ou de material fecundante congelado, mostrando-se necessária a discussão sobre a possibilidade da vocação hereditária deles.

Para Mário Delgado, Guilherme Calmon Nogueira Gama e Euclides de Oliveira, os filhos havidos por quaisquer das técnicas de procriação assistida *post mortem*, não obstante o estado de filiação legalmente assegurado – artigo 1.597 do Código Civil –, não terão direito sucessório algum, pois o artigo 1.798 do Código Civil refere-se ao nascituro e não ao embrião *in vitro*[40]:

> Como a lei fala em "concepção", ainda que extrauterina, valeria como tal para enquadramento sucessório de filhos "concebidos" antes da morte do autor da herança? Em interpretação puramente literal do texto, a resposta haveria de ser positiva. Há que se levar em conta, porém, a exegese doutrinária de que a garantia de direitos ao nascituro exige a efetiva concepção no ventre materno (in nido), para que, vindo a nascer com vida, se considere titular de personalidade[41].

Dessa forma, para os referidos autores, haverá situação, em tais casos, de filhos havidos após a morte do autor da herança, como tais considerados no plano do Direito de Família, porém sem abrigo do direito aos bens no campo sucessório.

Nesse mesmo sentido, José Roberto Moreira Filho defende que o embrião apenas receberá bens por sucessão legítima, se estiver implantado no ventre materno, ou seja, considerado nascituro. Caso contrário, o embrião apenas poderá herdar se o autor da herança tiver disposto em testamento, por analogia ao conceito de prole eventual, "e desde que indique quem gestará o embrião e qual o tempo máximo para sua implantação"[42].

Por outro lado, Silmara Chinellato defende que a lei, ao falar em pessoa já concebida, não distingue o *locus* da concepção e não determina que esteja implantado, exigindo, apenas, a concepção[43]. Assim, quando a fecundação ocorreu antes da morte do genitor e apenas a implantação do embrião foi posterior, o filho deve ter os mesmos direitos sucessórios dos demais, pois a concepção já havia ocorrido.

Com esse entendimento, Eduardo Leite também reconhece direitos sucessórios ao embrião excedentário implantado após o falecimento do pai, mas nega direitos hereditários à criança concebida por inseminação póstuma, ou seja, pela utilização de sêmen ou de óvulo congelados, porque não estava conce-

40 DELGADO, 2021; GAMA, 2003, p. 1.015; OLIVEIRA, 2005, p. 27-28;

41 OLIVEIRA, 2005, p. 27-28;

42 MOREIRA FILHO, 2005, p. 242;

43 CHINELLATO, 2004, p. 58;

bida no momento da abertura da sucessão (art. 1.798, CC). Para o autor: "solução favorável à criança ocorreria se houvesse disposição legislativa favorecendo o fruto de inseminação *post mortem*. Sem aquela previsão, não há que se cogitar a possibilidade de eventuais direitos sucessórios"[44].

Do mesmo modo, o Enunciado nº. 267, da III Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal, explicita que a regra do artigo 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer, cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança, mas nada fala acerca do filho concebido por inseminação artificial póstuma[45].

Contudo, deve-se tecer uma crítica à interpretação meramente literal desse dispositivo legal, pois a distinção entre sêmen e embrião congelado não faz sentido. Heloísa Helena Barboza enfatiza que, nos casos de inseminação artificial *post mortem*, por mais que a concepção tenha ocorrido após a abertura da sucessão, presume-se que o embrião foi concebido durante o casamento ou a união estável. Deve-se, assim, analisar o artigo 1.798 do Código Civil em consonância com o artigo 1.597 do mesmo diploma[46]. Essa posição também é adotada por Jussara Meirelles, que considera incompatíveis as regras sobre presunção de parentalidade decorrente de reprodução assistida póstuma e o sistema de vocação hereditária[47].

Por sua vez, também no tocante à reprodução assistida após a morte de um dos consortes, Giselda Hironaka entende que, em relação ao filho decorrente, tanto de embrião criopreservado, quanto de gametas congelados, operar-se-á o vínculo parental de filiação, com todas as consequências daí resultantes, conforme a regra basilar da Constituição Federal, contida em seu artigo 227, § 6º, incluindo os direitos sucessórios relativamente à herança do genitor falecido[48]. Caso contrário, a aplicação puramente textual geraria tratamento diferenciado entre os filhos, o que não é admissível no ordenamento jurídico brasileiro.

Não se pode esquecer que o ordenamento jurídico é unitário e deve ser lido sempre sob a ótica da Constituição Federal, de modo que todas as normas devem ser embasadas por princípios constitucionais, que, nesse caso, seriam o da igualdade entre os filhos e o da proibição de qualquer forma de discriminação entre eles. Acrescenta-se, ainda, que o direito de herança integra o rol dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, conforme dispõe o artigo 5º, inciso XXX, da Constituição Federal.

44 LEITE, 2003, p. 110;
45 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2005;
46 BARBOZA, 2004, p. 238;
47 MEIRELLES, 2001, p. 10;
48 HIRONAKA, 2008;

Nesse mesmo sentido, Carlos Cavalcanti sustenta que não se pode admitir legislação infraconstitucional restritiva do direito do filho concebido mediante procriação assistida póstuma: "tal situação não encontra guarida constitucional; ao contrário, o legislador constitucional não previu exceção, não cabendo ao legislador ordinário, tampouco ao intérprete, estabelecer exceções ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos"[49].

Diante disso, deve-se realizar a seguinte indagação: o nascido por tais técnicas é considerado filho? A resposta deve ser afirmativa, uma vez que o legislador civilista possibilita o reconhecimento da parentalidade póstuma, inclusive, estabelecendo a sua presunção. Além disso, o direito de filiação é considerado direito de personalidade, sendo, assim, imprescritível, e podendo ser reivindicado a qualquer tempo, inclusive, após a morte do genitor.

Destarte, uma vez reconhecida a admissibilidade jurídica da reprodução assistida póstuma, a melhor solução é a de considerar que o artigo 1.798 do Código Civil disse menos do que queria, "devendo o intérprete proceder ao trabalho de estender o preceito para os casos de embriões já formados e daqueles a formar"[50]. Assim sendo, em decorrência do princípio da igualdade entre filhos e do direito fundamental à herança, o filho nascido por tais técnicas, não importa se por embrião concebido *in vitro* ou por material genético criopreservado, também terá direito sucessório.

Além, disso, os efeitos sucessórios da reprodução assistida *post mortem* não devem se restringir à sucessão testamentária, isto é, o herdeiro poderá buscar assegurar seus direitos, também, através da sucessão legítima.

3.1 Petição de herança do filho nascido das técnicas da reprodução humana assistida

Tanto a habilitação, quanto o pleito da herança do filho nascido das técnicas da reprodução humana assistida deve observar o que dispõem as legislações civil e processual civil.

Se o inventário ainda estiver em trâmite quando do nascimento do filho, ele, representado pelo genitor sobrevivente, deverá ingressar no inventário por meio de processo de habilitação (artigos 687 a 692 do Código de Processo Civil) e exigir que seja integrado ao rol de herdeiros, para que possa receber sua herança[51].

Caso o inventário já tenha se encerrado, com partilha devidamente homologada, o filho deverá pleitear seus direitos sucessórios por meio de petição de herança (artigos 1.824 a 1.828 do Código Civil), dirigida aos herdeiros con-

49 ALBUQUERQUE FILHO, 2006, p. 175;

50 GAMA, 2004, p. 218, 219;

51 MOREIRA FILHO, 2015, p. 206;

templados, e lhes exigindo que lhe entreguem seu quinhão devido, seja por meio de entrega de bens herdados, de bens particulares e/ou por meio de pagamento em dinheiro do seu quinhão hereditário[52].

Esse também é o posicionamento doutrinário contemplado pelo Enunciado nº. 267, da III Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que afirma que, nos casos de embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, caso a criança nasça após a abertura da sucessão, a situação será resolvida pela ação de petição de herança, conforme dispõe o artigo 1.824 da lei civil[53].

No entanto, é válido apontar que, embora o direito de filiação seja imprescritível, há entendimento de que isso não ocorre com o direito hereditário, uma vez que a petição de herança está sujeita ao prazo prescricional geral de dez anos, conforme artigo 205 do Código Civil[54]. Diante desse posicionamento, levantam-se mais algumas questões acerca do termo inicial desse prazo prescricional. Terá início logo após a abertura da sucessão? Ou o prazo será contado a partir do reconhecimento da filiação, ou seja, do nascimento?

Entende-se, desde os tempos remotos, que o prazo tem início a partir da abertura da sucessão, como regra, que se dá pela morte daquele de quem se busca a herança[55]. No entanto, a questão não é considerada pacífica, haja vista que alguns acórdãos superiores mais recentes decidiram no sentido de que o prazo prescricional para a petição de herança tem início após o trânsito em julgado da ação de reconhecimento da filiação[56]. No final de 2019, contudo, o Superior Tribunal de Justiça voltou a aplicar a visão clássica, de que o prazo prescricional deve ter início a partir da abertura da sucessão, sob o fundamento de que, na prática, o entendimento contrário leva à imprescritibilidade dessa ação, causando grave insegurança às relações sociais[57].

Conforme os ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira, a contagem dos prazos prescricionais se inicia quando o interessado pode, sem embaraço, manifestar a pretensão em juízo[58]. Deve-se considerar, ainda, que, uma vez que o filho não seja nem nascido e nem esteja concebido, não poderiam ser imputados contra ele os efeitos da prescrição dos direitos sucessórios. Assim, somente quando há o nascimento com vida e a verificação de que esse herdeiro não consta como sucessor no inventário, é que se pode falar em lesão ao direito.

52 MOREIRA FILHO, 2015, p. 206;

53 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2005;

54 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula nº. 149. "É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança".

55 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1974;

56 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2018;

57 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020;

58 PEREIRA, 2020, p. 584;

Vale ainda destacar a impossibilidade da contagem do prazo contra menor impúbere, conforme dispõe o artigo 198, inciso I, do Código Civil. Assim sendo, o termo inicial do prazo prescricional da pretensão de petição de herança, em se tratando de herdeiro absolutamente incapaz, conta-se da data em que completa dezesseis anos[59].

No entanto, assim como Orlando Gomes, Giselda Hironaka, Luiz Paulo Vieira de Carvalho e Flávio Tartuce, o presente trabalho entende que, não apenas o direito de filiação seja imprescritível, mas, também, o direito à petição de herança, a qual, por isso, poderá ser intentada a qualquer tempo, uma vez que a qualidade de herdeiro não se perde[60].

Conforme os ensinamentos de Orlando Gomes, há um equívoco a respeito da prescritibilidade da ação de petição de herança, na doutrina e na jurisprudência pátrias, que se dividem entre a prescrição das ações reais e pessoais. Inclina-se a maioria, contraditoriamente, pela tese da prescrição das ações pessoais, embora sustentem que a petição de herança se trata de ação real:

> No rigor dos princípios, a ação é imprescritível. Ainda que tivesse a natureza real, não prescreveria, como não prescreve a ação de reivindicação, a que se equipararia. Fosse ação pessoal, também seria imprescritível porque, destinada ao reconhecimento da qualidade hereditária de alguém, não se perde esta pelo não-uso. Busca-se um título de aquisição. Seu reconhecimento não pode ser trancado pelo decurso do tempo. Há de ser declarado, passem ou não os anos[61].

Em igual direção, Luiz Paulo Vieira Carvalho aponta ser necessário se atentar para o fato de que as pretensões reais não estão sujeitas à prescrição extintiva, porque tal prescrição somente incidiria nos chamados direitos subjetivos relativos pessoais, quais sejam, os direitos obrigacionais, que têm por objeto imediato a obtenção ou o cumprimento de uma prestação pecuniária. Já os direitos reais são direitos absolutos, tendo por objeto imediato uma coisa, e não uma prestação, e são, por sua natureza, perpétuos. Desse modo, não se aplicam a esses direitos os prazos concernentes à prescrição extintiva, regendo-se pelos prazos da prescrição aquisitiva ou usucapião[62].

Nesse sentido, deve-se advertir que a construção teórica da imprescritibilidade da petição de herança pode se tornar ineficaz na prática, uma vez que, sempre que transcorrido o lapso temporal referente à prescrição aquisitiva, pode o meio originário de aquisição da propriedade ser oposto como meio de defesa pelo herdeiro aparente ou quem por ele, ou como seu sucessor, se encon-

59 MOREIRA FILHO, 2015, p. 206;

60 GOMES, 2019, p. 207; HIRONAKA, 2004, p. 202; CARVALHO, 2019, p. 321; TARTUCE, 2018, p. 126;

61 GOMES, 2019, p. 207;

62 CARVALHO, 2019, p. 321;

tre na posse dos bens da herança. Nessa hipótese, a petição de herança torna-se inútil, em vista de não se produzir sua consequência natural, que é a restituição dos mesmos bens. No entanto, não é a ação que prescreve, mas a exceção de usucapião que a inutiliza.

Dessa feita, correta é a disposição do Código Civil português ao estabelecer, em seu artigo 2.075º, que a ação de petição de herança poderá ser intentada a qualquer tempo, sem prejuízo da aplicação das regras da usucapião relativamente a cada uma das coisas possuídas.

Buscando uma solução para o problema da prescritibilidade da petição de herança ou para a possibilidade da alegação da exceção de usucapião pelos herdeiros, Ana Cláudia Scalquette defende uma analogia ao instituto da ausência, previsto no Código Civil. Dessa forma, após a morte de um dos genitores, e existindo autorização expressa para que o sobrevivente faça uso do material genético congelado, será estabelecido um prazo para que o procedimento de reprodução assistida *post mortem* seja realizado. Durante esse tempo, deve-se abrir uma sucessão provisória, que passará a ser definitiva com o transcurso do prazo[63].

Para a autora, tanto os filhos ainda não concebidos, em caso de congelamento de óvulo ou de sêmen, quanto os embriões ainda não implantados, teriam seus direitos patrimoniais resguardados por prazo determinado e, o mais importante, com regra clara e pré-estabelecida, possibilitando a organização e o planejamento de seus nascimentos pelo genitor sobrevivente. Portanto, se decorrido o prazo sem que o embrião seja implantado, todo e qualquer direito patrimonial será extinto, em relação aos bens do falecido[64].

Mostra-se válida a utilização de um procedimento parecido com a ausência, mas algumas considerações devem ser feitas. Durante a sucessão provisória, o acervo hereditário será partilhado entre os herdeiros, que tomarão posse dos bens. De tal modo, nesse momento, a quota parte do filho a ser gerado pela reprodução póstuma deverá ser reservada e ficará sob os cuidados de um curador, que poderá ser o genitor sobrevivente. Todavia, quantos filhos poderão ser gerados após a morte do doador do material genético? Sabe-se que é possível que dezenas de embriões já estejam criopreservados ou possam ser concebidos através dos gametas congelados. Por essa razão, além da discussão acerca de um possível prazo para a realização do procedimento de procriação medicamente assistida póstuma, também é preciso discutir quantos procedimentos poderão ser realizados com sucesso, ou seja, quantos filhos poderão nascer após a morte de seu genitor.

63 SCALQUETTE, 2009, p. 197;

64 SCALQUETTE, 2009, p. 197;

3.2 Prazo para a reprodução assistida *post mortem*

Com as inovações tecnológicas, é possível a utilização de gametas ou a implantação de embriões, muitos anos após terem sido congelados. Há relatos de nascimento de criança decorrente de embrião que estava criopreservado há vinte e sete anos[65].

Hoje, como não existe a imposição de prazo para que o filho póstumo venha a nascer, em tese, o procedimento poderá ser realizado a qualquer momento e, mesmo que seja reconhecido o direito à herança a esse filho, os bens hereditários já podem ter sido partilhados entre os herdeiros até então existentes.

Nesse sentido, Eduardo de Oliveira Leite ressalta que, caso o legislador não delimite um prazo de possibilidade de acesso ao recurso reprodutivo, certamente, a técnica poderá gerar embaraços cada vez maiores na esfera jurídica[66].

Por essa razão, pretendendo acolher os direitos sucessórios do filho concebido após a morte do genitor e, também, minimizar a precariedade da situação, seria benéfica a imposição de um prazo, não para o recebimento da herança, mas, sim, para a própria utilização do material genético congelado, seja ele sêmen, óvulo ou embrião. Além disso, diante do objetivo de dar continuidade ao projeto parental, não é coerente que, somente após muitos anos da morte do cônjuge ou do companheiro, haja o interesse em gerar um filho em comum.

Na Bélgica, por exemplo, é permitida a procriação artificial póstuma se houver autorização expressa do consorte falecido, mas o prazo para a realização deve ser entre seis meses e dois anos após o falecimento. O objetivo do prazo mínimo de seis meses é para evitar discussões meramente emocionais, e na suposição de que muitos cônjuges ou companheiros sobreviventes desistirão desse plano após alguns meses de reflexão[67]. Já na Espanha, o prazo para a utilização do material congelado do falecido marido ou companheiro é de doze meses que se seguirem ao falecimento, desde que haja consentimento expresso do falecido[68].

Os Estados da Califórnia e da Louisiana, nos Estados Unidos da América, estabelecem o prazo de dois e três anos, respectivamente, para que o procedi-

65 HONDERICH, 2020;

66 LEITE, 2004, p. 29;

67 PENNINGS, 2007; p. 260;

68 Lei espanhola nº. 14/2006, artigo 9.2: "No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas. Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge supérstite hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido".

mento da reprodução assistida *post mortem* seja realizado, desde que exista autorização, e que seja atribuído ao filho concebido o consequente direito à herança[69].

Nesse sentido, Eduardo Dantas, Marianna Chaves e Carlos Cavalcanti sugerem a aplicação, por analogia, do prazo referente à prole eventual, constante do artigo 1.800, § 4º, do Código Civil, ou seja, de dois anos a contar da abertura da sucessão[70].

Heloísa Helena Barboza, adepta da imposição do mesmo lapso temporal, entende que, após esse período, os bens passariam aos herdeiros legítimos, se não houvesse disposição em contrário no testamento. Para a autora, os concebidos após dois anos da abertura da sucessão terão a sua filiação reconhecida, contudo não terão direito à herança, uma vez que a concretização dos direitos dos demais herdeiros já existentes não pode ficar eternamente na expectativa da realização dessa condição suspensiva, qual seja, o não nascimento de possíveis irmãos[71].

Em que pese o posicionamento da referida autora no tocante ao reconhecimento da filiação daquele que foi concebido após o prazo estabelecido por lei, como visto anteriormente, este trabalho defende que os efeitos da filiação devem ser ilimitados, ou seja, pessoais e patrimoniais.

Já para Ana Cláudia Scalquette, os direitos sucessórios serão garantidos se a reprodução assistida ocorrer em até três anos após a morte do genitor, tomando-se como paradigma o prazo previsto na Lei de Biossegurança, para a destinação de embriões para pesquisa. Para a autora, o prazo de três anos não pode ser considerado longo a ponto de prejudicar os herdeiros já existentes à época do falecimento, pois já estariam eles em posse dos bens por força da abertura da sucessão provisória; como também não é demasiadamente curto, a ponto de forçar o possível genitor sobrevivente, ainda sob as dores do luto, a se submeter ao procedimento necessário para que a criança fosse gerada[72].

Por sua vez, Carolina Ferraz aponta que o embrião deve ter até cinco anos para ser implantado e, nascendo com vida, efetivamente tomar posse dos bens que lhe seriam reservados. O lapso temporal de cinco anos é derivado da soma do tempo estabelecido pelo artigo 1.800, § 4º, do Código Civil (dois anos) e o do artigo 5º, inciso II, da Lei de Biossegurança (três anos)[73].

Mais uma vez, a multiplicidade de posicionamentos, decorrentes de interpretações analógicas de outros instrumentos normativos, demonstra a fragilidade do Direito sobre as questões relacionadas à reprodução assistida e demons-

69 BARON; BAZZELL, 2014;

70 DANTAS; CHAVES, 2017, p. 166; ALBUQUERQUE FILHO, 2006, p. 175;

71 BARBOZA, 2008, p. 326-327;

72 SCALQUETTE, 2010, p. 356;

73 FERRAZ, 2011, p. 118;

tram a necessidade de legislação própria. Diante disso, qual seria o prazo ideal: dois, três, cinco anos ou mais?

Com o intuito de não prolongar ainda mais essa indefinição, é válido que, em legislação própria, seja fixado um prazo para a utilização do material genético preservado. Como o principal fundamento da reprodução assistida póstuma é a possibilidade de continuidade do projeto parental interrompido pela morte de um dos consortes, deve-se ponderar que um prazo longo não condiz com esse propósito. Contudo, sabe-se que um prazo exíguo poderá comprometer a própria execução do projeto parental, uma vez que o consorte sobrevivente estará vivenciando a dor do luto, além do fato de que o tratamento de reprodução assistida, como um todo, não ser rápido.

Portanto, o ideal será o estabelecimento de um prazo que leve em consideração: a) o período de luto vivenciado pelo cônjuge ou pelo companheiro sobrevivente; b) o prazo e as inúmeras tentativas que o tratamento reprodutivo demanda e; c) principalmente, a caracterização da continuidade do projeto parental.

Assim sendo, seguindo o pensamento de Ana Cláudia Scalquette, anteriormente mencionado, e fazendo uma analogia ao prazo estabelecido pelo artigo 5º, inciso II, da Lei de Biossegurança, parece razoável a estipulação de um prazo de três anos para a utilização do material genético do consorte falecido, seja sêmen, óvulo ou embrião criopreservados. Um lapso temporal dessa amplitude assegurará tempo suficiente para que o cônjuge sobrevivente exerça o seu direito de escolha em procriar ou não, certificará que o nascido seja considerado filho com todos os efeitos jurídicos, respeitando, portanto, o princípio da igualdade da filiação consagrado pela Constituição Federal[74].

A demora na manifestação de vontade, ou seja, após o decurso do lapso temporal de três anos, demonstrará não mais existir projeto parental conjunto e, a partir daí, não será mais possível a realização do procedimento com o material criopreservado do falecido. O acolhimento de tal limite impedirá o prolongamento indefinido da situação, e ainda evitará o nascimento de um filho desamparado patrimonialmente e em desigualdade com relação aos seus irmãos.

No mais, vale apontar a necessidade de conceder aos embriões e aos gametas um destino diverso da criopreservação, tanto após o lapso temporal que determina a abertura da sucessão definitiva (três anos), quanto nas situações em que não haja autorização para a reprodução assistida após a morte de um dos cônjuges ou companheiros.

Nesse sentido, deve existir uma constante atualização cadastral por parte das clínicas de procriação humana e dos centros de criopreservação de material genético. A partir disso, tomando-se ciência do falecimento de um dos cônjuges

74 CHAVES, 2015, p. 329;

ou dos companheiros e de que se passaram três anos desse acontecimento, a clínica, mediante autorização judicial, será responsável pela destinação dada aos embriões ou aos gametas criopreservados, conforme a escolha anteriormente feita pelos detentores do material genético, ou seja, descarte ou doação.

Por outro lado, caso não exista autorização para a reprodução assistida *post mortem*, não haverá necessidade de se aguardar o prazo de três anos, devendo o material genético ser doado ou descartado logo após o falecimento do consorte. Além disso, os próprios herdeiros poderão solicitar judicialmente que seja dada destinação apropriada aos embriões ou aos gametas criopreservados.

No mais, além do estabelecimento desse prazo, também se deve estabelecer quantos procedimentos bem-sucedidos poderão ser realizados nesse período, pois, dentro do prazo de três anos, é possível que sejam feitos até três procedimentos procriativos com sucesso, com a possibilidade de nascerem até três crianças por vez (número máximo de embriões implantados, a depender da idade da paciente). Assim, podem nascer, durante o prazo determinado para a reprodução assistida *post mortem*, nove filhos, ou até mais (uma vez que um embrião poderá se dividir em dois), sendo que todos eles terão direito à herança.

Diante de mais essa problemática, sugere-se que haja a determinação legal de que apenas um procedimento reprodutivo, que tenha sido concluído com sucesso, ou seja, com o nascimento de filho vivo, seja permitido, evitando-se, assim, sucessivas gestações. Ainda assim, não será possível afirmar se nascerão um, dois, três ou mais filhos, devendo-se apenas observar as determinações do Conselho Federal de Medicina para o número de embriões que serão transferidos ao útero.

4. CONCLUSÃO

Diante da evolução das técnicas de reprodução assistida e da crescente demanda por sua regulamentação, este estudo analisou os desafios jurídicos da reprodução assistida *post mortem*, com ênfase nos direitos de filiação e sucessórios do filho concebido após o falecimento de um dos genitores. O avanço da ciência proporcionou novas possibilidades de procriação, ampliando o direito à liberdade reprodutiva e gerando questionamentos acerca da necessidade de consentimento prévio, da forma dessa autorização, dos prazos para a realização do procedimento e dos direitos patrimoniais do descendente.

A pesquisa evidenciou que a reprodução assistida *post mortem* deve ser admitida, desde que respeitados determinados requisitos, a fim de garantir a segurança jurídica e a proteção dos direitos envolvidos. No que tange à autorização, o presente estudo reconhece sua necessidade para garantir a manifestação da vontade do falecido. No entanto, diverge da exigência de que essa autorização deva ser concedida de forma solene, considerando que o Código Civil adota como regra a forma livre para os negócios jurídicos. Assim, sugere-se que a

autorização possa ser formalizada por meio do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, utilizado nos procedimentos de reprodução assistida, desde que contenha uma cláusula autônoma e específica para a reprodução *post mortem*. Essa medida garantiria a manifestação de vontade do falecido sem impor formalidades excessivas que possam inviabilizar a continuidade do projeto parental previamente planejado.

Ademais, a pesquisa destacou a relevância da igualdade sucessória entre os filhos, independentemente da forma de concepção, bem como a necessidade de um prazo razoável para a utilização do material genético criopreservado, evitando insegurança jurídica e impactos patrimoniais indevidos aos demais herdeiros. A fixação do prazo de três anos para a realização do procedimento se mostra coerente com o princípio da estabilidade das relações jurídicas e da previsibilidade no âmbito sucessório.

Por fim, a análise realizada demonstra a urgência de uma legislação específica para disciplinar a reprodução assistida *post mortem*, visando garantir segurança jurídica, proteger os direitos dos envolvidos e harmonizar as inovações tecnológicas com os princípios jurídicos vigentes. O estudo contribui, assim, para o debate sobre a regulamentação desse tema, apontando caminhos para um equilíbrio entre autonomia reprodutiva, proteção familiar e segurança patrimonial.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Embryonenschutzgesetz**, vom 13 dezember 1990. Lei de proteção de embriões, de 13 de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.gesetze-im-internet.de/eschg/BJNR027460990.html. Acesso em: 30 jan. 2025.

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família: família e dignidade humana, 5. ed., 2005, Belo Horizonte. **Anais...** São Paulo: IOB Thomson, 2006. Disponível em: https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/8.pdf. Acesso em: 30 jan. 2025.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Direito das sucessões: sucessão em geral. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). **Código civil comentado.** São Paulo: Atlas, 2003. v. 18.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A Lei nº. 32/06, sobre procriação medicamente assistida. **Revista da Ordem dos Advogados,** ano 67, v. III, dez. 2007. Disponível em: https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-iii-dez-2007/doutrina/jose-de-oliveira-ascensao-a-lei-n%C2%BA-3206-sobre-procriacao-medicamente-assistida/. Acesso em: 14 mar. 2025.

BARBOZA, Heloisa Helena. Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República. In: TEPEDINO, Gustavo

(org.). Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. **Anais...** São Paulo: Atlas, 2008.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução assistida e o novo Código Civil. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coords.). **Bioética, Biodireito e o Código Civil de 2002.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BARON, Noah; BAZZELL, Jennifer. Assisted Reproductive Technologies. **Georgetown Journal of Gender and the Law**, v. 15, n. 1, p. 71-72, 2014.

BRASIL. Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, Distrito Federal, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 3 mar. 2025.

BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, Distrito Federal, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 25 fev. 2025.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. A monoparentalidade projetada e o direito do filho à biparentalidade. **Estudos Jurídicos, São Leopoldo**, v. 31, n. 83, set./dez., 1998.

CÁRCABA FÉRNANDEZ, María. **Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana**. Barcelona: J.M. Bosch Ed., 1995.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CHAVES, Marianna. Famílias ectogenéticas: os limites jurídicos para utilização de técnicas de reprodução assistida. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família, 10. ed., 2015, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. Disponível em: https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/246.pdf. Acesso em: 10 fev. 2025.

CHINELLATO, Silmara Juny. **Comentários ao código civil.** In: AZEVEDO, Antonio Junqueira (coord.). São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. III Jornada de Direito Civil, **Enunciado nº. 267**: "A regra do artigo 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer, cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança". Disponível em: http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/526. Acesso em: 16 mar. 2025.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº. 2.320, de 20 de setembro de 2022. Adota normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução

assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº. 2.294, publicada no Diário Oficial da União de 15 de junho de 2021, Seção I, p. 60. **Diário Oficial da União**, Brasília, Distrito Federal, 20 set. 2022. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320. Acesso em: 2 mar. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº. 63**, de 14 de novembro de 2017. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotados pelos ofícios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e da maternidade socioafetiva no Livro "A" e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380. Acesso em: 25 mar. 2025.

DANTAS, Eduardo; CHAVES, Marianna. **Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida: comentários à Resolução nº. 121/2015 do Conselho Federal de Medicina.** 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.

DELGADO, Mário Luiz. **Os direitos sucessórios do filho havido por procriação artificial, implantado no útero após a morte de seu pai.** Disponível em: https://mldadv.com.br/wp-content/uploads/2021/02/mario-luiz-delgado-2.pdf. Acesso em: 6 mar. 2025.

DELGADO, Mário Luiz. Prévia autorização na reprodução assistida heteróloga post mortem. **Revista Consultor Jurídico,** set. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-set-15/processo-familiar-previa-autorizacao-reproducao-assistida-heterologa-post-mortem/. Acesso em: 6 jan. 2025.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ESPANHA. **Ley 14/2006,** de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana assistida. Disponível em: https://www.boe.es/eli/es/l/2006/05/26/14/con. Acesso em: 3 jan. 2025.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Estado da Califórnia. **Family Code – FAM**. Disponível em: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=FAM&division=1.&title=&part=1.&chapter=&article=. Acesso em: 3 jan. 2025.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Estado da Flórida. **Florida Statutes.** Disponível em: http://www.leg.state.fl.us/statutes/. Acesso em: 3 jan. 2025.

FERRAZ, Carolina Valença. **Biodireito:** a proteção jurídica do embrião in vitro. São Paulo: Verbatim, 2011.

FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no direito de família e no direito sucessório. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família, 7. ed., 2009, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: IBDFAM, 2009. Disponível em: https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/224.pdf. Acesso em: 30 jan. 2025.

FRANÇA. **Lei nº. 2021-1017**, de 2 de agosto de 2021. Loi relative à la bioéthique. Dispõe sobre Bioética. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043884384. Dispõe sobre Bioética. Acesso em: 16 mar. 2025.

FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança.** Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/423/reproducao+assistida+apos+a+morte+e+o+direito+de+he. Acesso em: 14 mar. 2025.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais:** o estabelecimento da parentalidade – filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. In: HIRONAKA, Giselda; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **Direito das sucessões e o novo código civil.** Belo Horizonte: Del Rey / IBDFAM, 2004.

GOMES, Orlando. **Sucessões.** 17. ed. rev. atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões.** Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/290/As+inova%C3%A7%C3%B5es+biotecnol%C3%B3gicas+e+o+direito+das+sucess%C3%B5es%2A. Acesso em 21 mar. 2025.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Comentários ao código civil: da sucessão em geral. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). **Comentários ao código civil.** São Paulo: Saraiva, 2004. v. 20.

HONDERICH, Holly. Baby girl born from record-setting 27-year-old embryo. **BBC News,** Washington, 2 December 2020. Disponível em: https://www.bbc.com/news/world-us-canada-55164607. Acesso em: 10 mar. 2025.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Viúva não tem direito a implantar embriões sem autorização prévia do marido, decide Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: https://ibdfam.org.br/noticias/8564 - :~:text=Home-,Vi%C3%BAva%20n%C3%A3o%20tem%20direito%20a%20implantar%20embri%C3%B5es,pr%C3%A9via%20do%20marido%2C%20deci-

de%20STJ&text=A%20Quarta%20Turma%20do%20Superior,morte%20de%20um%20dos%20c%C3%B4njuges.. Acesso em: 3 jan. 2025.

ISLÂNDIA. Lei nº. 55, de 29 de maio de 1996. Lög um tæknifrjóvgun og notkun kynfrumna og fósturvísa manna til stofnfrumurannsókna. Dispõe sobre a inseminação tecnológica e uso de células sexuais humanas e de embriões para pesquisa de células-tronco. Disponível em: https://www.althingi.is/lagasafn/pdf/154c/1996055.pdf. Acesso em: 19 jan. 2025.

ISLÂNDIA. Lei nº. 76, de 27 de março de 2003. Barnalög. Dispõe sobre o direito das crianças. Disponível em: 1443/128 lög (samhlj.): barnalög | Þingtíðindi | Alþingi. Acesso em: 3 jan. 2025.

ITÁLIA. Lei nº. 40, de 19 de fevereiro de 2004, **Norme in materia di procreazione medicalmente assistita.** Dispõe sobre a matéria de procriação medicamente assistida. Disponível em: https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2004-02-19;40!vig. Acesso em: 16 mar. 2025.

ITÁLIA. Lei nº. 76, de 20 de maio de 2016. **Regolamentazione dele unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina dele convivenze**. Regulamenta a união civil entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2016;76. Acesso em: 16 mar. 2025.

KRÜGER, Matthias. The prohibition of post-mortem-fertilization, legal situation in Germany and European Convention on human rights. **Revue Internationale de droit penal**, 2011/1, v. 82, p. 41-46. Disponível em: https://droit.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2011-1-page-41?lang=fr. Acesso em: 22 jan. 2025.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Bioética e presunção de paternidade: considerações em torno do artigo 1.597 do Código Civil. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (org.). **Grandes temas da atualidade:** bioética e biodireito: aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo código civil:** do direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 21.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito:** aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Comentários aos artigos 1.591 a 1.693. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça de (coord.). **Código civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial:** artigos 1.591 a 1.693. v. 16. São Paulo: Atlas, 2003.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito.** 4. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

MALUF, Carlos Aberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A família na pós-modernidade: aspectos civis e bioéticos. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 108, p. 221-242, 22 nov. 2013. Disponível em: https://revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67984. Acesso em: 17 fev. 2025.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Filhos da reprodução assistida. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família, 3. ed., 2001, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: IBDFAM, 2001. Disponível em: https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/209.pdf. Acesso em: 9 jan. 2025.

MOREIRA FILHO, José Roberto. As novas formas de filiação advindas das técnicas de inseminação artificial homóloga post mortem e as suas consequências no direito de família e das sucessões. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família, 10. ed., 2015, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. Disponível em: https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/240.pdf. Acesso em: 10 mar. 2025.

MOREIRA FILHO, José Roberto. Os novos contornos da filiação e dos direitos sucessórios em face da reprodução humana assistida. In: GERRA, Arthur Magno e Silva (coord.). **Biodireito e bioética:** uma introdução crítica. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

OLIVEIRA, Euclides. Concorrência sucessória e a nova ordem de vocação hereditária. **Revista Brasileira de Direito de Família,** n. 29, abr.-maio 2005. IOB Thomson.

PENNINGS, Guido. Belgian law on medically assisted reprodution and the disposition of supernumerary embryos and gametes. **European Journal of Health Law,** 14, Martinus Nijhoff, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil:** introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil. Revisão e atualização: Maria Celina Bodin de Moraes. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 1.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº. 47344, de 25 de novembro de 1966. Aprova o Código Civil português. **Diário do Governo,** nov. 1966. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075. Acesso em: 3 jan. 2025.

PORTUGAL. Lei nº. 32, de 26 de julho de 2006. Dispõe sobre a procriação medicamente assistida. **Diário da República,** jul. 2006. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis. Acesso em: 20 jan. 2025.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional português. **Acórdão nº. 225/2018**. Relator Pedro Machete, 24 de abril de 2018. Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html. Acesso em: 17 jan. 2025.

REINO UNIDO. **Human Fertilization and Embryology Act 1990.** Dispõe sobre a fertilização humana e embriologia. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents. Acesso em: 19 jan. 2025.

REINO UNIDO. **Human Fertilization and Embryology Act 2008.** Promove alterações no Human Fertilization and Embryology Act 1990 e no Surrogacy Arrangements Act 1985. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents. Acesso em: 10 jan. 2025.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Reprodução assistida post mortem no direito brasileiro. **Revista de Biodireito e Direito dos Animais**, v. 3, n. 1, jan./jun. 2017. Disponível em: https://indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/view/2026/0. Acesso em: 21 jan. 2025.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. Monoparentalidade e biodireito. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família, 4. ed., 2003, Belo Horizonte, Minas Gerais. **Anais...** Belo Horizonte: IBDFAM, 2003. Disponível em: https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/138.pdf. Acesso em: 12 jan. 2025.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. Estatuto da reprodução assistida. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) – **Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Estatuto da reprodução assistida.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SUÍÇA. Código Civil, de 10 de dezembro de 1907. **Schweizerisches Zivilgesetzbuch.** Disponível em: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/de. Acesso em: 3 jan. 2025.

SUÍÇA. Lei federal 810.11, de 18 de dezembro de 1998, a partir de 1º de setembro de 2017. Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung. Dispõe sobre a reprodução medicamente assistida. Disponível em: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2000/554/de?ref=cada.com&print=true. Acesso em: 19 jan. 2025.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgInt no AREsp: 479648 MS 2014/0039759-2, Relator Ministro Raul Araújo, j. 10/12/2019, Quarta Turma, data de publicação: DJe 6/3/2020. Disponível em: STJ – Consulta Processual. Acesso em: 9 ago. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1.475.759/DF**, Relator Ministro João Otávio de Noronha, j. 17.5.2016, DJe 20.5.2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, **REsp 1.368.677/MG**, Terceira Turma, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. 5.12.2017, DJe 15.2.2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula nº. 149**. "É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança".

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 741.00/SE**, Tribunal Pleno, Relator Ministro Eloy da Rocha, j. 3.10.1973, DJU 2.1.1974.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil:** direito das sucessões. 11. ed. rev., atual. e ampl. v. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. v. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

UCRÂNIA. **Lei nº. 2947-III**, de 1º de outubro de 2002. Código de Família. Disponível em: https://zakon-rada-gov-ua.translate.goog/laws/show/2947-14?_x_tr_sl=uk&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-PT&_x_tr_pto=sc. Acesso em: 25 jul. 2022.

UCRÂNIA. **Portaria do Ministério da Saúde nº. 787**, de 9 de setembro de 2013. Sobre a aprovação do procedimento para o uso de tecnologias de reprodução assistida na Ucrânia. Disponível em: https://zakon-rada-gov-ua.translate.goog/laws/show/z1697-13?_x_tr_sl=uk&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-PT&_x_tr_pto=sc. Acesso em: 25 jul. 2022.

Recebido em: 21/03/2025

Aprovado em: 26/08/2025

DOI: 10.12818/P.0304-2340.2025v87p85

A LEGITIMIDADE DA MORAL E O CONCEITO DE LIBERDADE NA GRÉCIA ANTIGA: DO *BASILEUS* À *PÓLIS*

LEGITIMACY OF MORALITY AND THE CONCEPT OF FREEDOM IN ANCIENT GREECE: FROM THE BASILEUS TO THE POLIS

*Francisco Eliandro Souza do Nascimento**
*Thales Cavalcante Linhares***

RESUMO

Este artigo tem como objetivo analisar a legitimidade da moral na Antiguidade grega e o conceito de liberdade desenvolvido pelos antigos gregos. Inicialmente, examina-se a fundamentação da moral a partir da figura do *basileus*, delineando o quadro teórico que estruturava a moral na Grécia antiga, em especial no período micênico. Em seguida, aborda-se o surgimento da filosofia e da *pólis* como elementos fundamentais para o desenvolvimento da esfera da liberdade e da democracia na Antiguidade grega. Sustenta-se que a legitimidade da moral passou por mudanças em seu quadro teórico de validação das normas morais a partir do surgimento da filosofia grega e do nascimento da *pólis*, pois, com o surgimento da filosofia e da *pólis*, a esfera pública configurava o espaço de efetivação da liberdade no mundo grego, entendida como a participação coletiva e direta nas principais decisões políticas da pólis — deliberações sobre guerra e paz, tratados de aliança com estrangeiros, formulação de leis, julgamentos e demais assuntos de interesse comum. Dessa forma, a moral grega na antiguidade sofreu uma mudança em seu quadro teórico. A metodologia adotada consistiu em revisão bibliográfica de obras pertinentes ao tema, contemplando diferentes áreas do saber — filosofia, direito e história — que forneceram suporte teórico para o aprofundamento do objeto de estudo. Entre os principais autores consultados para o desenvolvimento do trabalho e como referencial teórico, destacam-se Jean-Pierre Vernant, Sófocles, Manfre-

ABSTRACT

This article aims to analyze the legitimacy of morality in Ancient Greece and the concept of freedom developed by the ancient Greeks. Initially, the foundation of morality is examined through the figure of the basileus, outlining the theoretical framework that structured morality in Ancient Greece, especially during the Mycenaean period. Next, the emergence of philosophy and the polis is addressed as fundamental elements for the development of the sphere of freedom and democracy in Ancient Greece. It is argued that the legitimacy of morality underwent changes in its theoretical framework for validating moral norms with the emergence of Greek philosophy and the birth of the polis, since with the advent of philosophy and the polis, the public sphere became the space in which freedom was exercised in the Greek world, understood as collective and direct participation in the main political decisions of the polis — deliberations on war and peace, alliance treaties with foreigners, lawmaking, judgments, and other matters of common interest. Thus, Greek morality in antiquity experienced a shift in its theoretical framework. The methodology adopted consisted of a bibliographic review of relevant works, encompassing different areas of knowledge — philosophy, law, and history — which provided theoretical support for a deeper understanding of the study's object. Among the main authors consulted for the development of this work and as theoretical references are Jean-Pierre Vernant, Sophocles,

* Doutor em Filosofia (UFC, 2023). Professor do do Centro Universitário Inta – UNINTA. *E-mail:* francisco_eliandro@hotmail.com. ORCID:.https://orcid.org/0000-0003-1617-6134

** Doutorando em Ciências Jurídico-Sociais pela Universidade Museo Social Argentino. Professor do Centro Universitário Inta (UNINTA).
E-mail: thales.linhares@uninta.edu.br ORCID:.https://orcid.org/0009-0001-5775-2356

do A. de Oliveira, Aristóteles, Platão e Werner Jaeger.

PALAVRAS-CHAVE: Moral. *Basileus*. *Pólis*. Liberdade. Democracia.

Manfredo A. de Oliveira, Aristotle, Plato, and Werner Jaeger.

KEYWORDS*: Morality. Basileus. Bolis. Freedom. Femocracy.*

INTRODUÇÃO

A reflexão sobre a legitimidade da moral e o conceito de liberdade na Grécia antiga representa um ponto de convergência entre filosofia, política e direito, evidenciando a complexidade da organização social e intelectual dos povos gregos. Desde os primórdios da civilização grega, a moral e as normas jurídicas encontravam-se intimamente vinculadas à figura do *basileus*, cujo poder se legitimava por um vínculo direto com o divino, funcionando como expressão de autoridade absoluta sobre a comunidade. Nesse contexto, o *ethos* coletivo era orientado por uma fundamentação religiosa e metafísica, e a aceitação das normas morais dependia da sua conexão com a vontade dos deuses, configurando um modelo no qual a moral estava submetida à autoridade do soberano.

Com o colapso do sistema palaciano micênico na antiguidade grega e a posterior ascensão da *pólis*, a centralidade do rei divino cede lugar à participação direta do demos nas decisões comunitárias, abrindo caminho para a consolidação de práticas democráticas e a redefinição do fundamento da moral. Esse processo de transformação implicou mudanças significativas no conceito de liberdade, que, ao contrário da concepção moderna centrada na autonomia individual, era entendido como participação coletiva e direta nas deliberações políticas da cidade. A liberdade grega antiga, portanto, surge como experiência vivida na esfera pública, articulando o indivíduo ao todo da *pólis*. O surgimento da filosofia na Grécia antiga, especialmente a partir da investigação racional dos pré-socráticos e da crítica sofista, contribuiu para a transição do pensamento mítico para a reflexão racional sobre a ordem natural (*physis*) e a ordem humana (*nomos*). Essa mudança de paradigma provocou a laicização do conhecimento, rompendo com a dependência da divindade como fundamento único das normas morais e abrindo espaço para a fundamentação das leis morais na razão, na convenção humana e na deliberação coletiva. Nesse sentido, os sofistas, ao afirmarem que "o homem é a medida de todas as coisas", antecipam perspectivas que serão retomadas posteriormente na filosofia política moderna, destacando a centralidade do indivíduo e da convenção social na criação de normas morais.

Ao longo desse percurso histórico e intelectual, a Grécia antiga desenvolveu uma concepção de moral e liberdade que articula três dimensões centrais: o fundamento da moral, a organização política e a participação social. A legitimidade da moral deixa de depender exclusivamente de preceitos divinos e passa a

integrar o debate racional e a prática coletiva na vida da *pólis*. Assim, analisar o fundamento da moral a partir do conceito *basileus* ao surgimento *pólis* é compreender não apenas a transformação do poder e das normas jurídicas, mas também o surgimento de um novo modo de pensar o ser humano, a sociedade e a relação entre indivíduo e comunidade, estabelecendo bases duradouras para a tradição filosófica e política ocidental.

Este artigo, portanto, propõe-se a examinar a legitimidade da moral e o conceito de liberdade na Grécia antiga, articulando a análise histórica, filosófica e política que conecta o poder centralizado do *basileus* à participação cidadã na *pólis*. Por meio de revisão bibliográfica de obras clássicas e estudos contemporâneos, pretende-se delinear como mudanças estruturais na organização política e no pensamento racional impactaram a concepção de moralidade e liberdade, contribuindo para a compreensão do legado grego na tradição ocidental.

A LEGITIMIDADE DA MORAL NA GRÉCIA ANTIGA E A FIGURA DO *BASILEUS*

Um dos problemas centrais da filosofia jurídica e política, seja ela antiga, moderna ou contemporânea, é a questão da instituição de um sistema de leis que ordene corretamente a ação humana. Em outros termos, é a discussão sobre a legitimidade das leis estatuídas pelos governantes e a sua aceitação por aqueles que serão seus destinatários. A resposta para tal problema tem sido levantada desde a antiguidade até nossos dias e corresponde à fundamentação e à legitimidade do direito e do Estado.

Nas sociedades antigas, ou tradicionais, a legitimidade dos costumes e da moral possuía como elemento estruturante de seu conteúdo normativo a fundamentação metafísica ou religiosa. Tal fundamentação estabelecia um *ethos* coletivo que era interpretado a partir das imagens religiosas e metafísicas de mundo. Vejamos uma citação da obra *Antígona* de Sófocles onde é possível observar a questão da legitimidade de uma ação a luz da tradição:

> Tu o compreendeste. A tua lei não é a lei dos deuses; apenas o capricho ocasional de um homem. Não acredito que tua proclamação tenha tal força que possa substituir as leis não escritas dos costumes e os estatutos infalíveis dos deuses. Porque essas não são leis de hoje, nem de ontem, mas de todos os tempos: ninguém sabe quando apareceram. Não, eu não iria arriscar o castigo dos deuses para satisfazer o orgulho de um pobre rei. Eu sei que vou morrer, não vou? Mesmo sem teu decreto. E se morrer antes do tempo, aceito isso como uma vantagem.[1]

Na citação acima, extraída da obra *Antígona* de Sófocles, é possível observar a argumentação de Antígona a favor da legitimidade de sua ação e a crítica feita à falta de fundamentação e validade da lei estatuída pelo rei Creonte, seu

1 SÓFOCLES, 2003, p. 25.

tio. Após o conflito entre os dois irmãos de Antígona, Polinices e Etéocles, em que o resultado foi a morte de ambos, surge um decreto[2] de Creonte ordenando pompas de herói para Etéocles, respeito total a todos os rituais e costumes no ato fúnebre de um grego. Porém, para o sobrinho Polinices, tido como traidor da pátria ao se aliar a Argos, inimiga de Tebas, Creonte ordena que ninguém o sepulte, ou ainda lamente sua morte, e que sua sepultura seja um banquete fácil dos abutres. Vejamos a ordem estabelecida pelo rei Creonte para toda Tebas:

> Ninguém poderá enterrá-lo, velar-lhe o corpo, chorar por ele, prestar-lhe enfim qualquer atenção póstuma. Que fique exposto à voracidade dos cães e dos abutres, se é que esses quererão se alimentar de sua carcaça odienta. O sentido de minha decisão é que, mesmo depois de mortos, não devemos tratar heróis e infames de maneira idêntica. Nunca, enquanto eu for rei, Tebas dará tratamento igual ao traidor e ao justo.[3]

Tratar sobre o conflito das duas leis, lei estabelecida pelo rei e a lei moral sacra que orientava a ação de Antígona, seria o mesmo que discutir sobre a legitimidade das normas morais, a lei de Creonte por ter sido decretada pelo rei e a lei moral sacra por ter uma fundamentação religiosa "metafísica".

A obra literária *Antígona* não só narra a história dos descendentes do rei Édipo após sua morte, como também levanta a problemática da legitimidade das normas morais e sua aceitação por seus destinatários, além de abordar de forma subjacente a temática do público e do privado[4]. A distinção entre as esferas pública e privada tem sido objeto de análise e fonte de debates desde a Antiguidade até a contemporaneidade. Essa discussão reveste-se de particular relevância, pois impacta diretamente a compreensão da legitimidade da moral e do direito, estabelecendo o fundamento teórico para a análise dos conceitos que serão explorados nos tópicos subsequentes.

2 Cf. Sófocles (2003, p. 6-7): "Um e outro, os dois, ambos – nossos irmãos morreram nessa guerra sem fim que travamos contra Argos, por umas miseráveis escavações de argila e cobre. Polonicis, quase menino, acreditava em Argos e morreu por ela. Eteócles, ainda mais jovem, lutou até o fim, defendendo do próprio irmão a última porta de Tebas. Separados na vida, também não poderão se reencontrar sob o manto da terra. Para Eteócles, que morreu nobremente pela pátria e pelo direito, Creonte ordenou pompas de herói, respeito total e detalhado a todos os ritos e costumes. Mas o corpo do desgraçado Polinices, o traidor, não terá sepultura. Vieram me dizer – o edital do rei proclama que ninguém poderá enterrá-lo, nem sequer lamentá-lo, para que, sem luto ou sepultura, seja banquete fácil dos abutres. Esse é o edital que o bom Creonte preparou para ti e para mim – para mim, sim! – e que virá aqui comunicar mais claramente aos que pretendem não tê-lo entendido. Sua decisão é fria, e ameaça quem desrespeitar com lapidação, morte a pedradas. Agora sabes tudo. Logo poderás demostrar se tu mesmo és nobre ou se és apenas filha degenerada de uma raça de nobre"

3 SÓFOCLES, 2003, p. 14.

4 Essa discussão trata da lei pública, que servirá como guia de ação para toda a sociedade de Tebas, como também aborda a esfera da autonomia privada no que diz respeito à liberdade em velar os mortos a partir da crença individual de Antígona. Público e privado se chocam nesta obra.

A discussão sobre a autenticidade das leis morais e sobre a relação entre público e privado, expresso nas entrelinhas da obra citada, é uma questão que se estende desde os antigos aos contemporâneos, gerando assim quadros teóricos que serão interpretados como paradigmas de legitimidade da moral e do direito. Alguns desses paradigmas apresentam como critério de fundamentação da norma jurídica uma perspectiva religiosa, como é o caso da figura do senhor supremo, ou seja, o *basileus*[5], "que, como descendente mais próximo e imediato do antepassado divino, como rebento dileto dos deuses (*diogenés, diotrephés*), detém sob suas mãos o apanágio do poder absoluto sobre os demais membros do *oikos*."[6] Os termos gregos *basileus* e *diogenés* são utilizados para designar um rei como filho ou da raça de Zeus. Esses dois conceitos são os principais adjetivos utilizados na épica homérica para atribuir descendência divina aos reis. Deste modo, a lei que emana da vontade do rei "*basileus*" era legítima por ele possuir um vínculo direto com os deuses e representar a vontade divina na terra.

É um fato notável, no contexto do pensamento e da cultura grega, que o problema da lei e de sua fundamentação sempre representou um ponto central de discussões, seja no âmbito literário, seja no filosófico. Estabelecer a constituição e natureza da lei e entender o seu significado, objetivos e o fundamento das instituições legais sempre foram temas recorrentes nos escritos dos pensadores gregos, poetas e filósofos. Na *Ilíada* e na *Odisseia*, de Homero, são perceptíveis as relações do *nómos* e do direito com questões sacras. Citamos no parágrafo anterior a relação do *nómos* e da lei com o conceito *basileus*, o qual serviu, durante muito tempo, como critério de legitimidade não só da lei jurídica, mas também de todo o poder econômico, político, militar e religioso centralizado nas comunidades gregas que se situavam em torno do palácio real. Deste modo, o rei, *basileus,* detém todo o poder sobre sua comunidade, e é ele mesmo o critério de legitimidade de todas as leis estatuídas para a comunidade.

De acordo com Vernant, a vida social na Grécia antiga em seus primórdios, em especial no período micênico, era centralizada em torno do palácio do rei divino:

> A vida social aparece centralizada em torno do palácio cujo papel é ao mesmo tempo religioso, político, militar, administrativo e econômico. Neste sistema

5 Segundo Oliveira (2013, p. 22-23), "o basileus obedece a uma designação precisa: é o descendente, por via masculina, mais direto do antepassado divino e, dessa maneira, traz nas veias o sangue divino. Ele não só dispõe de poder absoluto sobre sua mulher, a quem pode repudiar, vender ou matar, sem ter de justificar-se; dispõe ainda de ilimitada autoridade sobre todos os membros do grupo. "

6 OLIVEIRA 2013, p. 22. O *oikos* era a casa patriarcal, o centro à volta do qual a vida da comunidade se organizava, de onde provinha a satisfação de necessidades materiais, segurança, normas e valores éticos, ocupações, obrigações, vínculos sociais e relações com os deuses por meio dos preceitos sagrados estabelecidos pelo rei divino.

> de economia que se denominou palaciana, o rei concentra e unifica em sua pessoa todos os elementos do poder, todos os aspectos da soberania. Por intermédio de escribas, que formam uma classe profissional fixada na tradição, graças a uma hierarquia complexa de dignatários do palácio e de inspetores reais, ele controla e regulamenta minuciosamente todos os setores da vida econômica, todos os domínios da atividade social.[7]

Neste sistema político, em que o poder absoluto estava concentrado nas mãos do rei e toda a comunidade girava em torno do palácio, não existia abertura para a democracia, e a organização palaciana representava um notável instrumento de poder. Essa organização social permitia o estabelecimento de um poder rigoroso da cidade-Estado sobre o extenso território dominado pelo rei divino, e junto a esse domínio estava concentrada a acumulação de toda riqueza do país. O império micênico foi o principal representante desse sistema político, e sua queda representa o fim de uma era e o surgimento de uma nova Grécia.

> Em 1600 a.C., aproximadamente, a Grécia começou a ser ocupada por povos que o poeta Homero, mais tarde, denominaria de aqueus. Esses povos ergueram grandes fortificações em Micenas, Tirinto, Pilos, fundando comunidades que guerreavam entre si. Micenas, a grande vencedora dessas lutas, irradiou para toda a Grécia seu modo de vida. A sociedade micênica tinha uma organização hierarquizada em torno da família real e da aristocracia – o que se refletia na hierarquia de suas divindades. O povo dedicava-se ao comércio e à pilhagem de guerra. Seu raio de ação compreendia Tróia, Sicília, península Itálica e até mesmo o Oriente.
>
> A partir de 1150 a. C. (data aproximada), os dórios, vindos do norte, começaram a invadir a Grécia, estabelecendo-se em Epiro, Etólia, Acarnânia, Peloponeso, Creta e Anatólia. Outros povos, como os beócios, os tessálios e os trácios, também entraram em terras gregas. A civilização micênica foi destruída e a cultura, de certa maneira, retraiu-se: o comércio cedeu à economia agrícola e a escrita desapareceu, para só ser reencontrada no final do século IX a.C. Vivia-se no isolamento das aldeias, com forma de vidas tribais. Por isso, esse período, que vai até o início do século VIII a.C., é conhecido como "idade das trevas".
>
> Transformações decisivas dão-se no plano político: a realeza desaparece e o poder político passa a ser controlado por uma aristocracia de ricos proprietários de terras. O resultado é o fim da unidade política que o rei encarnava. Sem essa unidade, a sociedade passa a ser vista como um lugar de desordem, de conflitos entre os variados grupos sociais: das famílias aristocráticas entre si e entre a aristocracia e as camadas mais pobres da população. Como recuperar a ordem e a harmonia perdidas? Como preservar a unidade e a coesão da comunidade se não existe rei? A organização da pólis impõe-se, aos poucos, como resposta a essas perguntas.[8]

Com a falência e desaparecimento do sistema político representado pelo governo micênico, passa a existir uma mudança no cenário político grego. Por

7 VERNANT, 2011, p. 24.

8 ABRÃO, 2004, p. 15, 16.

volta de 1150 a.C., povos vindos do Norte e de outras regiões começaram a invadir o território grego e se estabeleceram como unidades políticas. Povos como os dórios, beócios, tessálios e trácios entraram no cenário grego e causaram uma revolução na Grécia com suas invasões. O resultado dessa disputa territorial, entre os povos invasores e a potência dominadora, foi a destruição da civilização micênica e uma mudança no cenário cultural. A cultura grega sofreu uma forte mudança, as relações comercias cederam lugar à economia agrícola, a escrita desapareceu, voltando a surgir novamente séculos mais tarde. Essas mudanças possibilitaram a abertura para a criação da polis, da filosofia e do novo modelo de organização social que irá revolucionar o mundo grego e impactar os sistemas políticos futuros, como a democracia.

O SURGIMENTO DA *POLIS* E O NASCIMENTO DA FILOSOFIA: O CONTRASTE ENTRE *PHYSIS* E *NOMOS*

No mundo grego antigo, iniciaram-se, por volta dos séculos VIII e V a. C, a busca pela elaboração de uma sociedade justa e a construção de um pensamento racional livre, liberto de preconceitos e com abertura para a ressignificação do mundo grego, tanto em uma perspectiva política como intelectual. Com a ruína do antigo sistema político e em meio às lutas entre as classes mais pobres, entre os comerciantes ricos desprovidos do acesso ao poder e a aristocracia que monopolizava o poder, a democracia surge, de forma frágil e tensa[9], como um equilíbrio entre as diversas camadas da sociedade. Deste modo, passa a existir uma revolução no mundo grego nunca presenciada antes, cujo impacto será de tal forma que influenciará todo o modo de pensar e compreender a realidade.

As mudanças ocorridas no cenário político possibilitaram a elaboração de uma nova Grécia, com novas formas de governo. O desaparecimento da figura do rei divino alterou o modelo clássico de governo, que era concentrado no sistema monárquico, cedendo lugar a duas novas formas de poder: aristocracia e democracia. Será nesse contexto de mudança cultural que as maiores invenções gregas irão surgir: a polis[10] e a democracia. O surgimento da polis, da democracia, e o desenvolvimento do pensamento racional por meio da especulação foram pontos centrais nessa revolução grega. Acerca do surgimento da

9 Cf. Farias (2007, p. 17): "A democracia se afirma contra os antigos privilégios do berço ou da fortuna – o homem comum, enriquecido pelo comércio, também é capaz de colaborar na defesa da cidade e reivindica sua igualdade, seus direitos, suas responsabilidades perante as famílias tradicionais, os *aristoi* – bem-nascidos".

10 O termo grego *polis* pode ser traduzido por *cidade*, porém seu significado se expressa melhor quando compreendemos o conceito *pólis* como a maior comunidade. Cf. de Oliveira (2015, p. 79-80): "A pólis é a *cidade-estado* grega; portanto, não qualquer lugar construído como cidade, mas a *comunidade de cidadãos*. Não é qualquer domínio que constitui a ordem política. A pólis é essencialmente uma comunidade de cidadãos, isto é, de pessoas que são membros plenos da cidade, e não simplesmente dos que moram na cidade".

polis e da transição das formas de governo até a criação da democracia, Faria afirma que:

> Aristóteles aponta em sua *Política* que há uma passagem progressiva do clã às vilas, destas à *polis*; da *polis* monárquica passa-se à aristocracia, e desta à democracia. Essa passagem não é tranquila, mas dolorosa – entre a aristocracia e a organização a partir da participação dos *demos* (o povo comum, o conjunto de dos cidadãos), as cidades conhecem a tirania e é por reação a esta que a democracia se impõe. As observações de Aristóteles não são apenas dedução teórica, mas fruto da observação atenta da história da maioria das cidades. Esparta aparece como a exceção que confirma a regra e lhe serve de contraponto, mantendo acesa a discussão. São vários modelos de organização, várias constituições, e o debate sobre as vantagens/ desvantagens de cada uma delas ocupa as preocupações dos cidadãos, divide-os em partidos.[11]

Ao lado da criação da polis, presenciamos também uma revolução no desenvolvimento do pensamento humano. Cita Abrão:

> Na origem da polis, porém, encontram-se outros fatores. A partir do século VIII a.C., o renascimento do comércio — que ganha impulso com a invenção da moeda cunhada — termina com o isolamento das aldeias. Isso leva a uma união que acaba por dissolver as antigas linhagens tribais. A sociedade torna-se mais complexa. Deixa de ser um aglomerado de agricultores e artesãos — o *demos* — reunidos em torno do palácio central.
>
> Também o centro da cidade sofre uma mudança radical. Passa a ser a ágora, a praça pública, onde acontecem as transações comerciais e as discussões sobre a vida da cidade, a começar por sua defesa. O acesso à ágora torna-se cada vez maior, estendendo-se, com a instituição da democracia, a todos os que têm direito à cidadania, ou seja, habitantes do sexo masculino, adultos e que não sejam estrangeiros ou escravos.
>
> Essa nova forma de organização social e política é a pólis, cujas características, segundo o historiador francês Jean-Pierre Vernant, são a supremacia do logos (que significa "palavra", "discurso" e "razão"), pois a decisão sobre os assuntos públicos depende apenas da força das palavras dos oradores, cuja condição social e econômica não é mais levada em conta; do caráter público das discussões políticas, que deixam de ser privilégio de grupos (as leis são elaboradas em conjunto e depois escritas, para que todos possam conhecê-las); da ampliação do culto, uma vez que a religião já não é um saber secreto de reis e sacerdotes, mas sim algo afeito ao Estado, público, acessível a todos.
>
> Essa revolução política foi fundamental para o desenvolvimento do pensamento humano. Na polis, com os cidadãos em pé de igualdade, vence quem sabe convencer. É preciso valer-se exclusivamente do raciocínio e da correta exposição de ideias — em suma, do logos. Essa fórmula de raciocinar, de falar e até de polemizar não se limita à política, porém. Passa a ser o critério para pensar qualquer coisa.[12]

Essa revolução ocorrida na Grécia antiga não só gerou abertura para novas formas de poder político, como também possibilitou uma revolução mental

11 FARIA, 2007, p. 17.

12 ABRÃO, 2004, p. 17-18.

no pensamento grego e no modo de compreender o mundo. A revolução mental que ocorreu na Grécia antiga será denominada de filosofia e irá impactar a compreensão do cosmos e as estruturas da intelectualidade grega. Os mitos gregos são questionados, a interpretação das forças da natureza é ressignificada, o fundamento da *physis*[13] e do *nomos*[14] sofre uma mudança de paradigma, e um novo modo de interpretar o mundo e suas forças irá surgir e marcará toda a história da cultura ocidental. Presenciamos, assim, uma nova era na cultura grega.

O surgimento da filosofia e a investigação racional elaborada pelos pré-socráticos acerca da *physis* foram um ponto fundamental para a mudança de paradigma na legitimidade das normas morais. Com a descoberta da ordem natural, ou leis da natureza, realizada pelos filósofos da *physis*, passou a existir um estudo minucioso sobre o contraste entre ordem natural e ordem humana *"nomos"*, e será nesse contexto que acontecerá a quebra de paradigma sobre a fundamentação da *physis* e das normas morais, pois acreditava-se que ambas tinham o mesmo fundamento, o divino. Um novo campo do saber se desenvolve, um novo modo de compreender a realidade é criado, e a investigação racional é a ferramenta utilizada nessa nova maneira de desvelar do mundo natural e compreender as origens dos fenômenos naturais e das normas morais.

O raciocínio lógico e a contemplação assumem o lugar da consciência religiosa e mítica que desempenhava o papel de legitimadora das explicações dos fenômenos naturais[15] e da ordem moral. É nesse contexto que presenciamos o nascimento da matriz filosófica de uma filosofia da natureza e de uma filosofia moral. Segundo Muñoz, acerca da originalidade do pensamento dos filósofos pré-socráticos:

> O pensamento pré-socrático distinguiu-se de seus predecessores por uma série de características, sendo a primeira delas a formulação do que poderíamos denominar de *maneira científica ou racional* de investigar o mundo e elaborar explicações. O mundo é visto agora como algo ordenado e inteligível, cuja história obedece a um desenvolvimento explicável e suas partes são organizadas num sistema compreensível. Não é mais uma reunião aleatória de partes nem uma série arbitrária de eventos, mas uma totalidade cujas partes podem ser explicadas umas pelas outras, através de um sistema de princípios gerais

13 O conceito grego *physis* deriva da palavra *phyein*, que significa brotar, surgir, nascer. Deste modo, *physis* significa tudo o que vem a ser, que surge, que se origina. *Physis* também pode ser compreendida como ordem natural, natureza.

14 O termo grego *nomos* pode ser interpretado como ordem humana ou leis morais.

15 De acordo com Muñoz A. A. (2008, p. 61), "o fato de os pré-socráticos serem fundamentalmente 'físicos' – que tivessem interesse, em seu trabalho, pelo estudo dos fenômenos naturais, em sentido duplo – não significa que, já nessa época, não houvesse nenhuma autonomia de outras disciplinas que hoje costumamos chamar de 'científicas', nem que só se interessassem pela natureza. A matemática, a história e a medicina foram provavelmente os setores do conhecimento humano que primeiro ganharam independência, ou melhor, que já desfrutavam de uma autonomia concorrente com a filosofia".

> aplicáveis a todos. As explicações elaboradas pelos Pré-Socráticos são marcadas por três características distintivas:
>
> **1.** São internas, ou seja, explicam o universo a partir de dentro, a partir das próprias características e eventos do universo, sem recorrer a intervenções arbitrárias ou originadas de fora do universo.
>
> **2.** São sistemáticas, pois essas explicações procuram dar conta da totalidade dos eventos naturais empregando os mesmos termos e os mesmos métodos.
>
> **3.**São econômicas, já que empregam poucos termos, exigem poucas operações e assumem poucas "incógnitas".[16]

Até o surgimento da filosofia (investigação racional), todos os fenômenos naturais eram compreendidos como manifestações da vontade divina dos deuses gregos, a *physis* (natureza) era a expressão do poder divino e não existia uma lógica própria que explicasse seus acontecimentos. Fenômenos como raio, terremoto, tempestade, movimentação das ondas do mar, período fértil para plantio, movimentação do sol, guerras e outros mais eram explicados a partir de uma perspectiva mítica/religiosa. O divino era a fundamentação não só para todos esses fenômenos, como também para as normas morais. Com o novo modo de pensar elaborado pelos pré-socráticos, a investigação racional, os fenômenos naturais ganham uma nova interpretação e serão compreendidos como fenômenos que atuam de forma independente não tendo mais o divino como força geradora de tais acontecimentos. Deste modo, presenciamos o nascimento do que será chamado, a partir da perspectiva pré-socrática, de natureza. O principal objeto de estudo dos primeiros filósofos era a natureza, e suas investigações filosóficas giravam em torno da busca de compreensão da realidade em sua totalidade. Os primeiros filósofos, além de serem denominados de pré-socráticos, eram também chamados de filósofos da natureza devido ao seu principal objeto de estudo, porém destacamos que "natureza para eles não era uma região específica da realidade, mas o ser, a realidade em sua globalidade, de tal sorte que aqui filosofia da natureza significa filosofia do todo".[17]

Os filósofos pré-socráticos foram os primeiros a questionar a validade dos mitos e a propor uma nova interpretação para os fenômenos naturais. Os pré-socráticos partiram do rompimento da consciência mítica para o estabelecimento de uma consciência voltada para um aspecto racional, direcionando essa nova forma de pensar e compreender a realidade para uma perspectiva que poderíamos denominar de lógico-ontológica. Numa palavra, foi por meio da "laicização, que tornou possível a passagem do 'logos sapiencial', próprio ao mito, para o 'logos epistêmico', que vai fazer surgir a 'teoria, no sentido estrito em que os gregos a entenderam".[18] O pensamento filosófico elaborado pelos

16 MUÑOZ, 2008, p. 63.

17 OLIVEIRA, 2015, p. 32.

18 OLIVEIRA, 2015, p. 31

pré-socráticos possuía um olhar direcionado para a análise do real, a partir de uma compreensão do todo, da totalidade do ser enquanto unidade de uma pluralidade. A filosofia pré-socrática buscava compreender a relação do homem com o todo, por meio da identificação do homem com o todo, do ente com o ser.[19] Essa problemática levantada pelos pré-socráticos acerca da identidade e da totalidade do ser, denominada de todo, é fruto de uma nova forma de pensar com o que a consciência mítica não dava conta de responder a tais questões de forma racional, pois:

> O problema da identidade aflora à consciência mitológica, mas sua solução é ôntica, isto é, através de uma fusão de um ente com outro ente. O específico do pensamento pré-socrático, que faz com que ele supere a consciência mitológica, é, precisamente, sua tentativa de desenvolver o problema da identificação numa perspectiva que poderíamos chamar de lógico-ontológica, ou seja, declara-se impossível a identificação de um ente com outro, pois o que existe é a identificação do ente com o ser, precisamente numa perspectiva de participação: o todo está em mim e eu estou no todo; é exatamente esta identificação que se capta pela razão. Daí a célebre unidade entre ser e pensar em Parmênides. O todo e o homem são um: o todo precisa do homem, pois é através do homem que ele se revela, se manifesta; por outro lado, o homem só é através do todo (o cosmos), apesar de ele, normalmente, esquecer-se disto.[20]

Com o desenvolvimento dessa nova forma de pensar e compreender o mundo, elaborada pelos filósofos da natureza, quando foi questionada a validade do pensamento mítico e estabelecida a investigação racional como caminho para compreender a realidade do todo, outro ramo da cultura será problematizado, e as normas morais terão uma quebra de paradigma em seu fundamento. Porém, esse novo modo de compreender a realidade, relacionado às normas morais, seguirá um caminho diferente da investigação racional elaborada pelos pré-socráticos e será alvo de inúmeras críticas dentro da tradição do pensamento filosófico ocidental.

Paralelo ao conceito de *physis*, outro sistema de leis será questionado, e seu fundamento será reinterpretado. O *nomos* grego perderá sua fundamentação divina e não expressará mais a vontade dos deuses, e sim leis morais criadas pelo homem. Um grupo de pensadores do século V a.C. denominado de sofistas foram um dos primeiros pensadores a quebrar o paradigma religioso/divino de fundamentação do *nomos* grego e concentraram na convenção humana a legi-

19 Destacamos que, mesmo que o desenvolvimento da filosofia pré-socrática tenha se ocupado em pesquisar a totalidade da realidade a partir da identificação do ente com o ser, do homem com o todo, sua fisiologia "pergunta pelo todo e não ainda pelas regiões dos diferentes entes, em sua estrutura regional, dentro do todo. Ainda não emergiu a pergunta pelas 'essências regionais'. Como veremos, uma das grandes diferenças entre o pensamento pré-socrático e o pensamento metafísico é a descoberta da pergunta pela 'essência'. O pensamento pré-socrático acentua a prioridade do todo: sobre ele não temos domínio, mas antes a ele pertencemos" (OLIVEIRA, 2015, p. 31).

20 OLIVEIRA, 2015, p. 31.

timidade para qualquer norma moral. Presenciamos com os sofistas as bases do que será desenvolvido com uma maior força na modernidade, o homem como centro de tudo, uma perspectiva antropocêntrica. Os sofistas desenvolveram um breve apontar do que seriam os fundamentos do direito moderno em que a fonte criadora do Estado, a partir das teorias contratualistas modernas, será o homem/convenção. A filosofia política e do direito modernas concentram no homem a fundamentação e legitimidade da moral e da política, e os sofistas já apontavam para essa postura moderna a partir da sua tese do *homo mensura*.

Vejamos, no próximo tópico, as mudanças ocorridas na Grécia antiga que possibilitaram a quebra de paradigma na legitimidade das normas morais e o surgimento da liberdade para os antigos gregos.

O FUNDAMENTO DA MORAL E A LIBERDADE DOS ANTIGOS

A expressão *Anthropos Metron Panton*[21], desenvolvida pelo sofista Protágoras, é a marca do início de um novo cenário político na Grécia antiga. Os sofistas iniciam uma quebra de paradigma sobre a origem das normas morais e concentram sua fundamentação na força do coletivo. Eles rompem com a perspectiva divina e apresentam a força da convenção humana como criadora de toda moral e preceitos jurídicos. Seus principais representantes, Protágoras de Abdera (490-421 a.C.), Górgias de Leontinos (487-380 a.C.), Hípias de Élis (460-400 a.C.) e Isócrates de Atenas (436-338 a.C.), sustentavam a tese de que os conceitos de justo, injusto, certo, errado, verdadeiro e falso são interpretações humanas e que o homem é quem define todos esses conceitos a partir da interpretação e força da convenção. A posição dos sofistas acerca das normas morais e dos conceitos de justo, injusto, certo, errado, verdadeiro e falso foi duramente criticada pelos filósofos antigos, em especial por Sócrates, Platão[22] e Aristóteles. A postura filosófica dos sofistas representava uma crise na cultura grega em relação ao desenvolvimento do pensamento racional, pois ela tematizava o direito do indivíduo de autoimpor-se contra o predomínio do todo:

> A cultura grega, depois de ter ultrapassado a consciência mitológica pela descoberta da "razão" e da "ciência", experimentou sua primeira crise com o

21 "O homem é a medida de todas as coisas".

22 Cf. de Oliveira (2015, p. 33): "Para Platão, a sofística significa a dissolução da vida política, uma vez que o antropocentrismo defendido por ela implica o mais radical "individualismo", que destrói pelas raízes a vida política. O homem é a medida de todas as coisas: essa ideia tem seu lado positivo, que é a relação de tudo ao homem, mas pode significar relativismo radical. Para Platão, a *aisthesis* (gosto, percepção) era constitucionalmente relativa. Ora, o homem que tem uma vida baseada na *aisthesis* estabelece como fundamento de seu existir uma "medida" radicalmente limitada, que, aliás, não é medida, pois só é validade para o indivíduo. Nesse sentido, manifesta-se que uma vida baseada na *aisthesis* é necessariamente isolada, sem relacionamento com o outro. Daí a afirmação da sofística de que cada um segue seus próprios interesses. Ora, Platão julgava experimentar, em seu tempo, as consequências do pensamento sofístico, que provocaram a destruição da pólis, o que precisamente levou à filosofia".

> aparecimento da sofistica. Em contraposição à prioridade do todo, a sofística acentuará o direito do indivíduo de auto-impor-se contra a dominação do todo. Por isso, ela não está propriamente interessada pela verdade, a não ser como meio de auto-imposição. Enquanto a filosofia pretende convencer pela força da argumentação racional, o interesse da sofistica é persuadir a qualquer custo. Seu aparecimento significou, na cultura grega, uma verdadeira "revolução", porque de repente o homem, e o homem como indivíduo, tornou-se a fonte de determinação de sentido de tudo que é. "O homem é a medida de todas as coisas": do homem, como indivíduo, depende se algo, neste mundo, tem sentido. Há aqui a primeira reviravolta antropocêntrica, embora antropocentrismo do indivíduo, o que se diferencia do antropocentrismo dos tempos modernos, e positivista (para a sofistica, a realidade se reduzia ao que é dado em minha experiência imediata, isto é, o singular que me resiste) do pensamento ocidental.[23]

A tese desenvolvida pelos sofistas destaca a primazia da esfera individual perante o todo. Seu principal interesse era a técnica de argumentação (erística) e persuasão no processo de debates públicos; não importava se o argumento era verdadeiro ou falso, pois o que importava era a prevalência do argumento do indivíduo sobre os demais argumentos elaborados por seus debatedores. Essa forma de pensar dos sofistas ia contra todo o desenvolvimento da filosofia clássica, seja ela pré-socrática, platônica ou aristotélica, pois a filosofia clássica buscava a compreensão da relação do homem com o todo, e sua perspectiva política estava relacionada com o desenvolvimento do pensamento metafísico, portanto, metafísica e política estão relacionadas no processo de elaboração da filosofia clássica. De acordo com Oliveira, acerca da filosofia política platônica e sua relação com a metafísica, não existe separação entre o pensamento político platônico e a metafísica:

> A grande saída de Platão foi encontrar as normas como paradigmas eternos, portanto, num mundo que se distingue radicalmente de nossa historicidade, o que constitui a tentação básica de todo pensamento metafísico até hoje. Platão é o fundador da metafísica, e ele permanece metafísico, em sua filosofia política. Não tem sentido, como fazem hoje pensadores americanos e ingleses, separar a metafisica e a teoria do conhecimento da filosofia política de Platão. Em primeiro lugar, porque em Platão, como nos pré-socráticos, não há ainda distinções de regiões na filosofia, o que vai ser, propriamente, a tarefa de Aristóteles. Em segundo lugar, porque se pode dizer que toda a filosofia de Platão é política, pois pretende explicitar as condições de possibilidade da vida política. Mas, precisamente por essa razão, para Platão a filosofia política é metafísica porque busca a norma imutável, que deve regrar a vida política empírica.[24]

A tese sofística não conseguiu se sobressair perante a força do pensamento cosmocêntrico. Sua tese foi combatida pela filosofia platônica e aristotélica,

23 OLIVEIRA, 2015, p. 32

24 OLIVEIRA, 2015, p. 34 - 35.

que buscavam dar um fundamento seguro para o desenvolvimento do pensamento racional, negando a fundamentação de qualquer forma de saber que se ocupa apenas da persuasão. Ou seja, sua análise filosófica estava concentrada na questão da essência. De acordo com Oliveira, acerca do pensamento sofístico:

> No pensamento fisiológico, há primazia do todo sobre o indivíduo, pois ele só é através do todo. Sobre esse todo, o indivíduo não tem domínio, mas, antes, a ele pertence. A sofística significou a reação do indivíduo contra essa primazia do todo: para a sofística, é só o singular que existe, e seu sentido é dado pelo indivíduo. O todo desaparece do pensamento. O fundamento, pois, do conhecer e do agir humano é o próprio arbítrio do indivíduo. A metafísica vai significar enorme esforço para salvar a normatividade do conhecer e do agir humano, através do levantamento da questão da essência.[25]

Em contraposição, a tradição aristotélica sustentava a tese da existência de uma força prima que movimentava todas as coisas, força esta que determinava a finalidade última de cada coisa existente no universo e que orientava a ação humana. Cada ente é marcado por uma finalidade natural que serve como bússola para sua ação no mundo. Ele é direcionado por esse motor que movimenta tudo e é imóvel e que era o fundamento de tudo. Deste modo, "a filosofia, desde os gregos, implicava uma 'transcendência': transcendia-se dos fenômenos para o seu 'fundamento'"[26]

O princípio ético que tem como fonte de sua ação a natureza movida pelo motor imóvel chama-se ética teleológica, e sua finalidade última é a ordem do todo efetivada na vida social e pessoal de cada homem[27]. A natureza[28] na filosofia aristotélica é concebida como fundamento da práxis humana, ela é fundamento e fim da ação humana. Para Aristóteles, a ação ética era guiada por um *télos* ultimo da natureza do homem. Esse télos, para o filósofo grego, seria o que:

> Pode realizar, atualizar plenamente, as possibilidades essenciais que constituem o homem enquanto tal. A práxis é o processo através do qual o homem em potência torna-se homem em ato. O télos é a situação em que a atualização de um ser se plenifica, onde se obtém o que atualiza as possibilidades.

25 OLIVEIRA, 2015, p. 86.

26 OLIVEIRA, 1995, p. 9.

27 Não pretendemos nessa pesquisa desenvolver um aprofundamento sobre a teoria do motor imóvel de Aristóteles nem sobre as bases da ética teleológica. Antes, nosso intuito foi apresentar de forma resumida que a tradição permaneceu, até o surgimento da filosofia transcendental de Kant, presa a uma fundamentação última e externa ao homem para a validação da moral, ética e direito. Essa fundamentação, a partir da interpretação de uma força primária, será reinterpretada e atualizada na idade média, e o conceito de Deus assumirá esse papel de fundamentação última. Nosso objetivo nesse artigo é tratar sobre a fundamentação do direito e o surgimento da liberdade na Grécia antiga, compreendida como força coletiva, respeitando todas as limitações do contexto histórico.

28 Cf. Oliveira (2015, p. 77): "Natureza é, portanto, o nome dado por Aristóteles ao conjunto de possibilidades e disposições de um ente, que se atualiza através da práxis e, assim, se dá a conhecer a partir de sua atualização, de seu fim".

> Ora, essa situação constitui o "por causa de que" da práxis de um ser: o fim de suas ações. Por isso ele não se encontra só no fim do movimento desse ser, mas desde o princípio fundamenta e impulsiona o movimento do devir e do agir desse ser. Ora, esse fundamento da práxis, que é idêntico ao seu fim ou ao seu bem, Aristóteles denomina a *natureza de um ente*, pois na atividade dirigida para o fim – a práxis – se atualizam as possibilidades de um ente.[29]

A natureza do homem é interpretada na ética teleológica aristotélica como princípio da ação ética, fundamento da práxis, a substância do agir humano. Ela deve estar presente de algum modo nas representações que o homem realiza do fim de sua ação. A natureza e sua atualização servem como bússola para o agir humano e para adequação do homem na ordem cósmica. Segundo Oliveira, acerca dessa força prima e sua relação com a ação humana:

> O mundo é interpretado, no pensamento clássico, como um movimento eterno de forma circular, onde tudo se movimenta arrastado pelo motor imóvel, o centro do cosmos, puro pensamento de si mesmo. Todo ente é, em princípio, marcado por uma tendência natural que, em última instância, o empurra para o ser naturalmente perfeito, e é isso que constitui sua bondade. Esse movimento eterno do cosmos é a referência, também, para a ação humana: o ser humano é bom, quando, mediante uma deliberação sensata, descobre o verdadeiro caminho para a realização da ordem do todo em sua vida pessoal e social. Assim, ele é livre, quando realiza, em sua vida histórica, sua essência, que estabelece o lugar que ele ocupa no cosmos, a ordem imutável do real.[30]

Mesmo a tradição aristotélica permanecendo ligada a uma fundamentação ontológica/metafísica, como fonte legitimadora da moral, não centrada no homem, devemos reconhecer que, com o surgimento da democracia e com os sofistas, podemos vislumbrar um pouco do que ocorreu na modernidade, a passagem do divino ao homem como fundamentação da moral e da política. Essa será a principal tese desenvolvida pelos sofistas. Compreendemos, a partir deste ponto, a tentativa de uma virada "antropocêntrica"[31] com esses pensadores. Essa mudança de paradigma desenvolveu-se de forma limitada, porém é compreensível que, acerca dos fundamentos da democracia, fica bastante clara a força dessa nova forma de governo e configuração do todo social vir do *demos*, da união do povo, que por último pode ser interpretada como a força da convenção, do coletivo formado por cidadãos gregos. Essa nova forma de configuração social desenvolvida pelos gregos, mesmo tendo sua estrutura fundamentada em uma perspectiva democrática, se diferencia das demais formas de democracia elaboradas a partir da modernidade, ela se desenvolveu de forma limitada.

29 OLIVEIRA, 2015, p. 77.

30 OLIVEIRA, 2001, p.11-12.

31 Ressaltamos mais uma vez que essa virada antropocêntrica se realizou de forma limitada pois a tradição ainda permaneceu presa a uma perspectiva metafísica/religiosa.

A esfera política também sofre uma quebra de paradigma e uma abertura para se repensar o conceito de liberdade a partir das mudanças políticas ocorridas na Grécia antiga. A democracia abre as portas para uma nova maneira de exercer a liberdade política. A pólis[32] ateniense é o centro onde se gestou a esfera da liberdade dos antigos gregos, interpretada como democracia, pois "a pólis, enquanto comunidade de cidadãos, é, para Aristóteles, a comunidade de homens livres, pois o próprio da pólis é possibilitar a liberdade dos cidadãos e garantir essa liberdade".[33]

É notório que a democracia grega se configura completamente diferente dos modelos democráticos posteriores. "Falando de democracia, eles pensavam em uma praça ou então em uma assembleia na qual os cidadãos eram chamados a tomar eles mesmos as decisões que lhes diziam respeito".[34] Já na modernidade, os modelos de democracia eram pautados/exercidos de forma indireta e representativa. O modelo político[35] democrático da Grécia antiga se distingue das demais formas de democracia, no quesito de que ele era exercido de forma direta enquanto os modelos posteriores eram exercidos de forma indireta e representativa.

Do mesmo modo, o conceito de liberdade desenvolvido pelos gregos se diferencia dos demais conceitos de liberdade elaborado pelos modernos[36]. A esfera pública era o local da efetivação da liberdade na Grécia antiga; consistia em exercer de forma coletiva a participação direta nas principais decisões políticas sobre o destino da polis, sobre a guerra, sobre a paz, sobre a elaboração de tratados de alianças com estrangeiros; e em desenvolver julgamentos, criar as

32 Cf. Oliveira (2015, p. 79): "Para Aristóteles, só existe um caminho: considerar a sociedade e a vida política, já que o lugar do bem supremo, isto é, da atualização do ser-homem, é o Estado e a sociedade, pois com a pólis surgiu na história da humanidade uma forma de vida social, cujo sujeito é o homem enquanto tal. A pólis, diz Ritter, é a sociedade, que tem como conteúdo a humanidade do homem; assim que a filosofia prática descobre na pólis sua substância universal".

33 OLIVEIRA, 2015, p. 80.

34 BOBBIO, 2000, p. 372

35 Cf. Bobbio (2000, p. 372): "A filosofia política dos antigos não é predominantemente uma filosofia individualista, e muito menos atomizante. A sua inspiração dominante é aquela bem expressa na tese aristotélica do homem originalmente animal social que vive desde o nascimento em uma sociedade natural como família".

36 A liberdade desenvolvida pelos modernos se diferencia da desenvolvida pelos antigos no seguinte ponto: enquanto os antigos buscavam uma autonomia política por meio da força do coletivo, os modernos estavam concentrados com um maior vigor na esfera privada. Segundo Constant (2019, p. 46), a liberdade desenvolvida pelos modernos pode ser compreendida como "o direito de não estar submetido senão às leis, de não poder ser preso, nem detido, nem condenado à morte, nem ser maltratado de alguma maneira pelo efeito da vontade arbitrária de um ou de diversos indivíduos. É para cada um o direito de expressar sua opinião, de escolher sua ocupação e exercê-la, de dispor de sua propriedade e até mesmo dela abusar, de ir e vir sem para isso ter que obter permissão, dar conta de seus motivos ou de seus passos".

leis e tudo o mais de interesse da polis. O cidadão grego era a polis,[37] não existia uma distinção entre o cidadão e a polis. O homem grego não se percebia como um ser distinto do coletivo[38]. Suas decisões giravam em torno da comunidade, e existia uma identificação do indivíduo com o todo da pólis. Segundo Oliveira, sobre a relação do indivíduo com a pólis:

> O homem consiste, em última análise, na universalidade do ser-homem racional enquanto pólis. O homem é o ente cuja destinação estriba-se em encontrar, na cidade, seu próprio ser. Por ser a práxis humana essencialmente práxis sociopolítica, a felicidade é inatingível pelo indivíduo que permanece preso aos desejos de sua subjetividade. A práxis implica a libertação do aprisionamento e do isolamento da subjetividade, pois na arte vive e manifesta-se em seu poder a razão elevada sobre a causalidade e a singularidade.[39]

O público e o privado, a partir de uma perspectiva política, são ideias que terão seu desenvolvimento tardiamente, já que, somente na modernidade, é que presenciaremos essa discussão no âmbito político, o que ocorria na pólis era a identificação do indivíduo com o todo da pólis. Essa problemática envolvendo a esfera pública e a privada é perceptível na famosa oração fúnebre de Péricles, em que os cidadãos gregos louvados e reconhecidos como exemplos eram os que se ocupavam não apenas de seus interesses particulares, mas também dos negócios públicos de interesse coletivo. Os que se ocupavam apenas de seus interesses privados eram censurados como cidadãos inúteis. O fundamental na democracia grega era o coletivo, enquanto a esfera do privado era tratada em uma segunda instância. Deste modo, não presenciamos na antiguidade grega uma concorrência entre esses dois conceitos, como ocorrerá na modernidade e contemporaneidade.

Os preceitos éticos, compreendendo a ética a partir do conceito grego *ethos*[40], giravam em torno de uma mesma estrutura. Todos comungavam de uma mesma visão de mundo, de uma mesma religião predominante, de uma mesma formação educacional, de um mesmo sistema político. Os valores que orientavam a ação de um grego, na maioria das vezes, eram comuns a toda a comunidade. A liberdade desenvolvida pelos antigos era uma liberdade coletiva. O cidadão grego era sujeito à autoridade do todo, e "nada é concedido à

37 Cf. Oliveira (2015, p. 79): "A pólis, diz Ritter, é a sociedade, que tem como conteúdo a humanidade do homem; assim que a filosofia prática descobre na pólis sua substância universal.

38 Cf. Kersting (2003, p. 37): "O indivíduo não se percebe em oposição à comunidade, não aposta em sua própria razão, em sua própria consciência moral, em contraposição às pretensões de validade dos costumes, das tradições, do que é usual, do etos do mundo da vida, das instituições sociais. O indivíduo do aristotelismo político é, antes, um ser humano político, um ser humano comunitário; ele se define mediante a participação na comunidade e se realiza na comunidade, através da colaboração engajada na vida política, na prática comum. "

39 OLIVEIRA, 2015, p.81- 82.

40 A tradução para o termo grego *ethos* gira em torno do significado de modo de ser, modo de agir. O *ethos* grego corresponde ao modo de existir e ser em uma sociedade.

independência individual, nem o que é tocante às opiniões, nem o que o é às ocupações, nem, sobretudo, o que concerne à religião. A faculdade de escolher o próprio culto."[41]

Um exemplo famoso dessa relação entre a esfera privada e esfera pública é o julgamento de Sócrates. Deste julgamento, podemos compreender a limitação que existia na esfera privada e a amplitude da esfera pública, como força do coletivo. Dos três crimes que Sócrates é acusado (não reconhecer os deuses do Estado, introduzir novas divindades e corromper a juventude), os dois primeiros citados enquadram-se como atitudes privadas que diferem do coletivo. Deste modo, fica claro que a liberdade desenvolvida na Grécia antiga abrangia a dimensão do coletivo e o indivíduo teria de se enquadrar na força do coletivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou analisar a legitimidade da moral na Antiguidade grega e o conceito de liberdade desenvolvido pelos antigos, considerando o percurso que vai do surgimento da *pólis* à consolidação da participação coletiva na vida política. Verificou-se que, nos primórdios da civilização grega, a moral e a lei estavam intrinsecamente ligadas à figura do *basileus*, cuja autoridade se legitimava por um vínculo direto com o divino, estabelecendo um modelo de poder absoluto centralizado no palácio real. Nesse contexto, a moral possuía fundamentação religiosa e metafísica, orientando a ação do indivíduo segundo preceitos que transcendiam o espaço humano e coletivo.

Com o colapso do sistema palaciano e a ascensão da *pólis*, ocorreu uma transformação decisiva: a centralidade do rei divino foi substituída pela participação direta do *demos* nos assuntos da comunidade, abrindo espaço para a consolidação da democracia e a redefinição das normas morais. Paralelamente, o surgimento da filosofia, a partir da reflexão racional dos pré-socráticos e o questionamento dos sofistas, permitiu a laicização do pensamento, a separação entre a ordem natural (*physis*) e a ordem humana (*nomos*).

A análise evidencia que a liberdade, na Grécia antiga, não se concebia como autonomia individual isolada, mas como participação coletiva e direta nas decisões políticas da *pólis*, refletindo uma concepção de moral inseparável do bem-estar da comunidade. O indivíduo, inserido na vida pública, exercia sua liberdade ao cumprir seu papel na ordem do todo, articulando moral, política e participação social. Dessa forma, a legitimidade da moral passou a depender não apenas de preceitos divinos, mas também da deliberação racional e da prática coletiva, configurando um novo paradigma que influenciaria a tradição ocidental posterior.

41 CONSTANT, 2019, p. 47.

Em síntese, o estudo mostra que a transição da autoridade divina do *basileus* para a participação cidadã e para a racionalidade filosófica marcou uma virada significativa na concepção da moral e da liberdade, revelando que a Grécia antiga foi palco de uma profunda reflexão sobre a relação entre indivíduo, coletividade e normas morais. A legitimidade da moral, portanto, é inseparável da organização política, da esfera pública e do desenvolvimento intelectual, constituindo um legado duradouro para a compreensão da moral e da política na história do pensamento ocidental.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, B. S. **História da Filosofia**. São Paulo: Editora Nova Cultura, 2004.

ARISTÓTELES. **A política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fonte, 2006.

ARISTÓTELES. Ética **a Nicômaco**. Brasília: Editora UNB, 2002.

BOBBIO, N. **Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

CONSTANT, B. **A liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos**. São Paulo: EDIPRO, 2019.

FARIA, M. do C. B. de. **Direito e ética: Aristóteles, Hobbes, Kant**. São Paulo: Paulus, 2007.

HOMERO. **Ilíada**. Trad. Frederico Lourenço. São Paulo: Companhia das Letras . 2005.

HOMERO. **Odisseia**. Trad. Donaldo Schüler. Porto Alegre: L&PM, 2008.

JAEGER, Werner. **PAIDEIA: a formação do homem grego**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KERSTING, W. **Universalismo e Direitos Humanos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

MUÑOZ, A. A.. **Curso de Filosofia Política: do nascimento da filosofia a Kant**. São Paulo: Editora ATLAS, 2008.

OLIVEIRA, M. A. de. **Ética e Sociabilidade**. 5. ed. São Paulo: Loyola, 2015.

OLIVEIRA, R. R. **Pólis e Nómos: o problema da lei no pensamento grego**. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

OLIVEIRA, M. A. de. **Desafios Éticos da Globalização**. São Paulo: Paulinas, 2001.

OLIVEIRA, M. A. de. **A Filosofia na Crise da Modernidade**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1995.

PLATÃO. **A República**. 13 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012.

PLATÃO. **O Sofista.** Tradução Henrique Murachco e Jovino Maia Jr. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

SÓFOCLES. **Antígona de Sófocles**. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2003.

VERNANT, J., P. **As Origens do Pensamento Grego**. 20. ed. Rio e Janeiro: Difel, 2011.

Recebido em: 09/04/2025

Aprovado em: 30/09/2025

DOI: 10.12818/P.0304-2340.2025v87p105

ASPECTOS RELEVANTES SOBRE O SISTEMA DE PRECEDENTES DA ESPANHA EM UM DIREITO COMPARADO

ASPECTOS RELEVANTES SOBRE EL SISTEMA DE PRECEDENTES EN ESPAÑA EN UN DERECHO COMPARADO

*Gabriel Ignacio Anitua**
*Marlon Amaral Húngaro***
*Ricardo T. P. Genelhú****

RESUMO

Busca-se identificar os aspectos legislativos que fundamentam um possível sistema de precedentes na Espanha, a fim de cotejá-los com o modelo pátrio inaugurado com a reforma do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015). A intenção é estabelecer paralelos que permitam indicar, ou ao menos evidenciar, caminhos mais adequados para a aplicação dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. A partir de levantamento bibliográfico e legislativo, conduzido sob abordagem metodológica dedutiva, foi possível delinear algumas premissas. Destaca-se o fato de que, na Espanha, embora também exista debate sobre a legitimidade e a validade de um sistema de precedentes vinculantes, observa-se, de modo geral, significativa deferência às decisões do Tribunal Supremo e do Tribunal Constitucional, baseada muito mais em uma vinculação *de facto* que propriamente *de iure*. Em termos estritos, tal dinâmica aproxima-se mais de um imperativo *interna corporis* de respeito jurisprudencial do que de uma obrigação decorrente de um regime normativo positivo dotado de força vinculante. Conclui-se, assim, que, apesar das disputas doutrinárias e do reduzido arcabouço legislativo que estrutura o modelo espanhol – em contraste com o siste-

RESUMEN

Se busca identificar los aspectos legislativos que fundamentan un posible sistema de precedentes en España, con el fin de confrontarlo con el modelo brasileño inaugurado a partir de la reforma del Código de Proceso Civil (Ley nº 13.105/2015). La intención es establecer paralelos que permitan señalar, o al menos evidenciar, caminos más adecuados para la aplicación de los precedentes en el ordenamiento jurídico brasileño. A partir de una revisión bibliográfica y legislativa, desarrollada bajo un enfoque metodológico deductivo, fue posible delinear algunas premisas. Entre las más importantes, se destaca que en España también exista un debate relevante sobre la legitimidad y la validez de un sistema de precedentes vinculantes, se observa, en términos generales, una deferencia significativa hacia las decisiones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, basada mucho más en una vinculación de facto que propiamente de iure. En términos estrictos, dicha dinámica se asemeja más a un imperativo interna corporis de respeto jurisprudencial que a una obligación derivada de un régimen normativo positivo dotado de fuerza vinculante. Se concluye, así, que, a pesar de las disputas doctrinales y del

* Doctor en Derecho (Universidad de Barcelona). Master en Sistema Penal y Problemas Sociales (Universidad de Barcelona). Profesor adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires - UBA.
E-mail: ganitua@derecho.uba.ar. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-5182-6417.

** Doutorando em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor de Direito Processual Penal da FUCAPE Business School.
E-mail: marlonhungaro@gmail.com. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-8093-4070.

*** Doutor em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor da FUCAPE Business School.
E-mail: genelhuricardo@gmail.com. ORCID: https://orcid.org/0009-0009-2786-0362.

ma brasileiro, agora francamente estabelecido –, seu funcionamento prático raramente se mostra comprometido.

PALAVRAS-CHAVE: Sistemas processuais. Precedentes vinculantes. Direito comparado.

reducido marco legislativo que estructura el modelo español – en contraste con el sistema brasileño, ahora francamente establecido –, su funcionamiento práctico rara vez se ve comprometido.

***PALABRAS CLAVE:** Sistemas procesales. Precedentes vinculantes. Derecho comparado.*

1. INTRODUÇÃO

Brasil e Espanha comungam, de modo geral, de uma mesma herança jurídica do civil law, tradição que privilegia a lei como fonte primária e tende a atribuir aos "precedentes"[1] apenas um papel secundário na aplicação do direito. Ainda assim, convém recordar o alerta de Michele Taruffo[2] de que isso não reduz países diferentes a continentes de um mesmo *iceberg*. Contudo, é inegável que ambos guardam como pano de fundo o mesmo processo de desbravamento do que vem a ser denominado *precedentes judiciais* fora de um âmbito prioritariamente consuetudinário (*common law*).

Dentro dessa tradição sempre se entendeu que os precedentes não vinculam o juiz, servindo apenas como orientação argumentativa, ou seja, uma ferramenta retórica para reforçar a interpretação da lei, e não como um parâmetro obrigatório para decisões futuras.[3] Não surpreende, portanto, que tanto na Espanha quanto no Brasil boa parte da doutrina tenha historicamente desconfiado da ideia de um verdadeiro sistema de precedentes propriamente "vinculantes" – ou, no mínimo, defendido muita cautela em sua operacionalização.[4]

1 Neste trabalho, a expressão "precedentes" é tomada em sentido amplo, representando um segmento do "direito jurisprudencial", isto é, da forma como decisões anteriores orientam e influenciam as decisões posteriores. Nesse sentido, "falar-se da influência da jurisprudência na formação do direito é algo que só se justifica na perspectiva do *civil law*, já que nesse sistema se entende que o direito brota predominantemente de atos do Poder Legislativo." WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 5.

2 "Por um lado, diria que o iceberg *civil law*, na realidade, não existe, e não creio que jamais tenha existido. Seja na história dos últimos dois séculos, seja no momento atual, revela-se impositivo reconhecer a presença de, no mínimo, três modelos fortemente diferenciados, cada um dos quais teve, por sua vez, vários desmembramentos: o modelo austro-alemão, o modelo franco-italiano e o modelo espanhol. Se, portanto, fala-se de um iceberg do *civil law*, realiza-se um nível de abstração excessivo, no qual se colhem poucos traços comuns de caráter muito geral – senão que genérico – mas se perdem de vista as características peculiares – que são as mais importantes – dos modelos singulares". TARUFFO, Michele. Icebergs do *common law* e *civil law*? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. Trad. Hermes Zaneti Junior. In: *Revista de processo*, São Paulo, ano 35, n. 181, mar./2010, p. 167-168.

3 Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2009; STANÇA, Fernanda Molina de Carvalho; SILVA, Nelson Finotti. Uma visão sobre os precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual. In: *Revista Em Tempo*, v. 15, 2016, p. 75.

4 No Brasil, como exemplos de obras críticas ao sistema de precedentes, STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes judiciais e hermenêutica*. Salvador: JusPodivm, 2019; THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. In: *Revista de*

Contudo, fato é que, ao longo das últimas décadas, esse *iceberg* começou a derreter. Como observa Barbosa Moreira, as diferenças outrora tão marcantes entre os sistemas do *civil law* e do *common law* passaram a se diluir.[5] A busca por decisões coerentes e estáveis – especialmente para cumprir o ideal de igualdade previsto no art. 14, da Constituição espanhola[6] e no art. 5º, da Constituição brasileira[7] –, passou a exigir algum tipo de diálogo entre casos semelhantes e um certo compromisso com uma linha interpretativa uniforme.

No Brasil, esse movimento culminou na consolidação de um sistema legislativamente estruturado de precedentes com o Código de Processo Civil de 2015, que assumiu abertamente a missão de estabilizar a jurisprudência e conferir força vinculante a determinadas decisões judiciais. Trata-se de um sistema deliberadamente positivado como tal.

A Espanha, por outro lado, não experimentou uma grande ruptura legislativa. Lá, o que se vê é um conjunto de mecanismos, constitucionais, processuais, outros mais ligados à prática dos tribunais que, juntos, criam um ambiente no qual certas decisões adquirem uma força que se aproxima bastante da vinculação.

É justamente nessa questão que se encontra o problema de pesquisa deste artigo: compreender até que ponto o ordenamento jurídico espanhol contém mecanismos que podem ser entendidos enquanto elementos de um sistema de vinculação que funciona e, sobretudo, como esse modelo dialoga – ou tensiona – com o sistema brasileiro inaugurado "oficialmente" pelo CPC/2015.

A hipótese de trabalho é que, embora a Espanha não adote um sistema de precedentes vinculantes por previsão expressa de lei, desenvolveu ela um modelo funcional, baseado em práticas e instrumentos que conferem eficácia vinculante *de facto*, aproximando-a – ainda que por caminhos próprios – de uma lógica dos precedentes dos sistemas consuetudinários.

Para examinar essa hipótese utiliza-se uma abordagem qualitativa e dogmático-comparativa fundada no estudo de dispositivos constitucionais e processuais, e em levantamento bibliográfico especializado. A análise segue um eixo

Processo, ano 35, V. 189, nov./2010; GAMA, João Felipe Calmon Nogueira da; HUNGARO, Marlon Amaral. Súmulas vinculantes e súmulas impeditivas de recursos: uma análise crítica e desconstrutiva sob a perspectiva da qualidade e da quantidade de julgamentos. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 67, p. 317-340, 2015; Na Espanha, em trabalho que condensa tais discussões, HERNÁNDEZ, Teresa García-Berrío. La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación. In: *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (FORO)*, Nueva Época, n. 4, p. 127-152, 2007.

5 MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. In: *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 24, 2003, p. 53-54.

6 HERNÁNDEZ, Teresa García-Berrío. La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación. In: *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (FORO)*, Nueva Época, n. 4, p. 127-152, 2007.

7 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

dedutivo, buscando identificar convergências, dissensos e tensões entre os dois sistemas, com especial atenção aos efeitos práticos da jurisprudência espanhola.

O objetivo, portanto, é comparar criticamente os dois modelos e sugerir como a experiência espanhola pode iluminar pontos sensíveis do sistema brasileiro de precedentes, especialmente em um país cuja tradição civilista sempre foi, ao menos teoricamente, avessa à vinculação judicial.

2. UMA APROXIMAÇÃO RELATIVIZADORA DO ESTRITO LEGALISMO A PARTIR DE DISPOSITIVOS LEGAIS AUTORIZATIVOS

Para compreender a dinâmica espanhola de vinculação jurisprudencial é necessário partir do exame de seu fundamento constitucional. Isso porque a Constituição espanhola estabelece as balizas formais a partir das quais se pode avaliar a existência, ou não, de um regime de precedentes. E o mesmo se verifica no Brasil, onde a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 também condiciona o alcance da força normativa das decisões judiciais a determinadas hipóteses.

2.1 A BASE CONSTITUCIONAL DA VINCULAÇÃO NA ESPANHA E NO BRASIL

Inicialmente, é possível asseverar que, por questões sistêmicas, temporais, políticas etc., nem a Constituição espanhola de 1978, nem a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, previram uma *sistematização de precedentes* apta a servir como um instrumento de promoção de uma suposta melhor, mais adequada, mais célere ou mais justa prestação jurisdicional.

Contudo, isso não desacredita, como será detalhadamente observado abaixo, a potência vinculante e *erga omnes* conferida às decisões do Tribunal Constitucional espanhol, por força dos *artículos* 161, 163 e 164, da Constituição espanhola, nem a implementação, no Brasil, a partir da EC n° 3, de 1993 e, sobretudo, com a EC n° 45 de 2004, das *súmulas*, então predicadas de *vinculantes*[8].

Na verdade, tanto o ordenamento pátrio quanto o estrangeiro cotejado não previam, até há pouco tempo, a figura de um patente sistema de precedentes como um instrumento capaz de colaborar com o sistema de administração da justiça.

Contudo, em ambos os casos, é possível notar que o *leitmotiv* da pretensão de implementação de um sistema de precedentes residia na aspiração de se

8 Em crítica à nomenclatura, MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Emenda Constitucional 45/2004 e o processo. In: *Revista Forense*. V. 102. n. 383, Rio de janeiro, 2006, p. 181-191.

promover direitos fundamentais,[9] ou de se otimizá-los (segundo a doutrina da sedimentação de um sistema de precedentes de Klaus Günther)[10].

Inevitavelmente, para esse desiderato, o ponto de partida residiria no princípio da isonomia (pois era notoriamente injusto que duas demandas "iguais" tivessem resultados diversos ao jurisdicionado), que no sistema espanhol encontra fundamento nos arts. 10 e 14, de sua Constituição[11], enquanto que no Brasil ele encontra fundamento no art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.[12]

Sobre isso, parece indispensável, ainda que reflexamente, a explanação de Moreno Catena sobre a inerente proteção constitucional dos direitos fundamentais, bem como a sua imediatidade de aplicação:

> No parece posible discutir a estas alturas que todas las disposiciones constitucionales, y mucho más aquellas que reconocen los derechos fundamentales, son normas de directa aplicación y, por tanto, vinculan a todos los poderes públicos sin necesidad de desarrollo ulterior alguno. La definición constitucional de los derechos fundamentales comprende el precepto que reconoce cada uno de ellos, interpretados e integrados de la manera en que se establece en el artículo 10.2 de la CE: de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales relativos a los derechos fundamentales suscritos por España.[13]

Em suma, certo é que, como destacou Barbosa Moreira sobre o aumento do valor dos precedentes judiciais nos ordenamentos romano-germânicos, "as

9 "Cierto que la reforma de las leyes de enjuiciamiento era también necesaria; que el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales consagrados particularmente en los artículos 14, 17 Y 24 de la Constitución exigían modificar, atemperándolos a la norma fundamental, algunos preceptos de las leyes reguladoras del procedimiento". CATENA, Víctor Moreno. *Las innovaciones en la organización de los tribunales españoles en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial*. 1984. Disponível em: <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/10900/innovaciones_catena_RDJ_1984.pdf>. Acesso em: 23 maio 2025.

10 GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness*. Albany: State University of New York Press, 2003.

11 "De hecho, cabe conjeturar quizá que el Tribunal Constitucional ha apelado al principio de igualdad del artículo 14 para poder abrir una vía de amparo contra ciertas resoluciones judiciales, pero que el precepto que en realidad está protegiendo oblicuamente con su jurisprudencia es el 9 .3, en lo que se refiere a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, porque, en efecto, dos sentencias consecutivas distintas sobre casos sustancialmente iguales pueden ser perfectamente un caso de arbitrariedad o, lo que es lo mismo, de irracionalidad en la aplicación de la ley". HERNÁNDEZ, Teresa García-Berrío. La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación. In: *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (FORO)*, Nueva Época, n. 4, p. 127-152, 2007.

12 THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. In: *Revista de Processo*. 2010, p. 8; Também MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MENDES, Carolina Paes de Castro. Direito processual comparado, teoria geral do processo e precedentes. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 23, n. 2, 2022.

13 CATENA, Víctor Moreno. El recurso de apelación y la doble instancia penal. In: *Poder judicial del estado de Sinaloa supremo tribunal de justicia*, 2007, p. 33-34. Disponível em: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/01/doctrina39007.pdf#page=11>. Acesso em: 23 maio 2025.

diferenças [entre os sistemas do *common law* e do *civil law*] tendem a tornar-se menos salientes do que já foram" [14].

> [...] é como se assistíssemos à progressiva aproximação de dois círculos, a princípio separados por largo espaço. Chega a hora em que eles se tangenciam, ou mesmo se tornam secantes. Haverá uma área comum; mas também haverá, num e noutro círculo, grandes arcos para os quais subsistirá a separação.[15]

Nesse sentido, é possível verificar que o direito espanhol (assim como o brasileiro) tem gradualmente relativizado as diferenças com o sistema do *common law*, passando a dar enfoque aos efeitos do precedente judicial.

3. O CARÁTER VINCULANTE E *ERGA OMNES* DAS DECISÕES EMANADAS DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPANHOL

Feita a delimitação das bases constitucionais, passa-se à análise do papel desempenhado pelo Tribunal Constitucional na configuração dessa força normativa. É nesse âmbito que se concentra a divergência doutrinária sobre o caráter vinculante de suas decisões, razão pela qual se impõe examinar criticamente esses fundamentos.

3.1 A CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA SOBRE A EFICÁCIA VINCULANTE DAS DECISÕES

Como ensinam Alfonso Miguel e Francisco Laporta, nada obstante as decisões do Tribunal Constitucional serem pouco ou raramente questionadas pelas autoridades públicas, não seria possível dizer que há um consenso doutrinário sobre a eficácia vinculante dos precedentes do referido Tribunal.[16]

Nessa toada, anota-se ser possível – e há autores espanhóis resistentes nesse sentido – pôr em xeque até mesmo o caráter *vinculante* das decisões do próprio Tribunal Constitucional espanhol, em controle concentrado, a depender da linha doutrinária a ser seguida no referido país europeu.

> [...] a eficácia *erga omnes* das sentenças do Tribunal Constitucional no exercício do controle de constitucionalidade (CE, art. 164) também não implica, por si, afastamento do modelo de direito codificado, já que o órgão desfruta de missão política que o destaca dos órgãos judiciários e realiza essa tarefa sempre em abstrato. Assim, as decisões do Tribunal Constitucional podem ser tratadas separadamente do precedente judicial propriamente dito que, segundo Cruz e Tucci, caracteriza-se como ato decisório da autoridade investida de jurisdição que "nasce como regra de um caso e, em seguida, terá ou não o

14 MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. In: *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 24, 2003, p. 53-54.

15 MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. In: *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 24, 2003, p. 54.

16 MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco Javier. Precedent in Spain. In: *Interpreting precedents*. Routledge, 2016, p. 259-291.

> destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos", seja de caráter vinculante (própria dos ordenamentos do *common law*), seja de cunho meramente persuasivo (reconhecido nos países de *civil law*).[17]

Por outro lado – representando a doutrina majoritária espanhola –, é imperativo ressaltar que a própria Constituição espanhola (CE) prevê, expressamente, que as decisões emanadas da Corte Constitucional, em controle concentrado, são vinculativas, e *erga omnes* (o que equivaleria, em termos genéricos, ao art. 102, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Mais detidamente sobre os referidos efeitos destaca-se, especialmente na CE, o *artículo* 161.1, nos chamados *recursos de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley*, e também os *artículos* 163 e 164, na chamada *cuestión de constitucionalidad* (surgidas eventualmente no curso de processos). Nota-se em tais institutos a prevalência do sistema austríaco de controle de constitucionalidade, embora com temperamentos.[18] *Ipsis litteris*:

> Artículo 161.
>
> 1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:
>
> a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.
>
> b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.
>
> c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí.
>
> d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgânicas.
>
> [...]
>
> Artículo 163.
>
> Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.

17 "Mesmo que pela via cuestión de constitucionalidad, em que não são analisadas as demais questões fáticas e jurídicas da causa da qual foi tirado o incidente". SICA, Heitor Vitor Mendonça. Direito processual civil espanhol. In: *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: LEX, 2010, p. 107.

18 SICA, Heitor Vitor Mendonça. Direito processual civil espanhol. In: *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: LEX, 2010, p. 104-105.

> Artículo 164.
>
> 1. Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el boletín oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos.
>
> 2. Salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad.

De todo modo, embora haja certa divergência sobre o instituto (ou, não consenso)[19], é possível asseverar que a doutrina espanhola majoritária reconhece o caráter vinculante e *erga omnes* das decisões emanadas do Tribunal Constitucional espanhol, em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Sobre isso, Katja Funken aduz, em artigo intitulado de *The best of both worlds - The trend towards convergence of the civil law and the common law system*, que a Espanha aprovou leis que tornaram as decisões do Tribunal Constitucional expressamente vinculantes, tanto em âmbito judicial quanto em âmbito administrativo.[20]

Decorre disso ser o Tribunal Constitucional espanhol – assim como o Supremo Tribunal Federal, no Brasil – o mais legitimado intérprete da norma constitucional (acima do Parlamento, dos juízes que compõem a estrutura judiciária, e da Administração Pública)[21].

Katja Funken destaca que, desde a *Ley Orgánica 6/1985*, que rege a organização do Poder Judiciário espanhol, passou-se a prever oficialmente a referida vinculação das decisões oriundas do Tribunal Constitucional:[22]

> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
>
> Artículo quinto
>
> 1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

19 MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco Javier. Precedent in Spain. In: *Interpreting precedents*. Routledge, 2016, p. 259-291.

20 FUNKEN, Katja. The best of both worlds - The trend towards convergence of the civil law and the common law system. In: *University of Munich School of Law*, p. 11, jul. 2003. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm? abstract_id=476461.>. Acesso em: 09 maio 2025.

21 HERNÁNDEZ, Teresa García-Berrío. La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación. *In*: *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (FORO)*, Nueva Época, n. 4, p. 127-152, 2007.

22 FUNKEN, Katja. The best of both worlds - The trend towards convergence of the civil law and the common law system. In: *University of Munich School of Law*, p. 11, jul. 2003. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm? abstract_id=476461.>. Acesso em: 09 maio 2025.

> 2. Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica.
>
> 3. Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional.
>
> 4. En todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional.[23]

Em resumo, essa é a base vinculativa jurisprudencial do referido país ibérico, e que goza de grande aderência majoritária. Sobre isso, reitera-se que, quanto ao caráter vinculante e *erga omnes* das decisões do Tribunal Constitucional, acredita-se que já se encontra consolidada na doutrina espanhola a sua observância – em que pese o debate sobre se isso constitui ou não, propriamente, um "precedente judicial" em sentido técnico (ou ontologicamente). A rigor, isso parece esbarrar mais em uma definição de conceitos do que propriamente a sua essência.

4. UMA IMPLEMENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL VINCULANTE NO SISTEMA JUDICIAL ORDINÁRIO

Encerrado o exame do Tribunal Constitucional, é necessário avançar para a esfera da jurisdição ordinária, em que o Tribunal Supremo assume papel central na formação de uma orientação jurisprudencial estável. É nesse espaço que se manifestam, de modo mais evidente, os mecanismos práticos de uniformização e de consolidação interpretativa que aproximam o sistema espanhol de um modelo funcional de precedentes.

4.1 A JURISPRUDÊNCIA ORDINÁRIA E A FUNÇÃO UNIFORMIZADORA DO TRIBUNAL SUPREMO

No âmbito da jurisdição ordinária anota-se que, a rigor, em diversos dispositivos, o aspecto legalista se sobressai, e desvela um sistema deveras rijo, engessado. Isso resta evidenciado tanto pelo "art. 117, da CE (que aduz submeter-se o juiz exclusivamente 'al imperio de la ley')", quanto pelo "art. 1º, do Código Civil (ao estabelecer que 'as fuentes del ordenamiento jurídico español

23 Além deste dispositivo, destaca-se o *artículo* 50.1 (que versa sobre o *recurso de amparo*), o *artículo* 79 (sobre recurso prévio de inconstitucionalidade), e os *artículos* 87.1 e 87.2 (sobre a obrigação do cumprimento das decisões tomadas pelo Tribunal Constitucional), todos da LOTC (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho')".[24] Este último, como se nota, é equivalente ao que dispõe o art. 1º, § 4°, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Inclusive, ainda mais incisivo se apresenta o *artículo* 12.3, da *Ley Orgánica del Poder Judicial*, que expressamente veda aos "membros do Poder Judiciário "dictar instrucciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional".[25]

Importante também observar o teor do *artículo* 1.6, do Código Civil espanhol, que, *em tese*, esvazia o papel da jurisprudência do Tribunal Supremo, relegando-a à função meramente complementar, no ordenamento jurídico. Nas palavras de Heitor Sica:

> Já o art. 1.6 do Código Civil confere à jurisprudência reiterada do Tribunal Supremo o papel de "complementar" o ordenamento jurídico. Essa disposição não contraria as normas acima transcritas, já que àquela Corte sempre se reservou a prerrogativa de controle da uniformidade da interpretação da lei (pela via, principalmente, do recurso de *casación*), de tal modo que a seus precedentes sempre se reconheceu a característica de "fonte de conhecimento do conteúdo normativo da lei", com objetivo de "auxiliar o juiz no processo hermenêutico", segundo definição de Cruz e Tucci.[26]

Por outro lado, o direito positivo espanhol traz eloquentes exemplos de uma progressiva incorporação, ainda que indireta, do sistema de precedentes vinculantes em seu bojo.[27] Katja Funken aduz que, na jurisdição ordinária, a uniformidade ou adesão, é bem contundente quando há reiteradas decisões

24 SICA, Heitor Vitor Mendonça. Direito processual civil espanhol. In: *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: LEX, 2010, p. 106-107.

25 SICA, Heitor Vitor Mendonça. Direito processual civil espanhol. In: *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: LEX, 2010, p. 106-107.

26 SICA, Heitor Vitor Mendonça. Direito processual civil espanhol. In: *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: LEX, 2010, p. 107.

27 Como ensina Teresa García-Berrio Hernández, há uma força vinculante do precedente vertical (em termos hierárquicos), no direito espanhol, em duas ordens distintas: *i*) a chamada *fuerza vinculante de la doctrina del Tribunal Supremo*, e; *ii*) a *fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional*. Já o precedente horizontal, ou *autoprecedente*, é o princípio que operaría vinculação aos tribunais às suas próprias decisões anteriores. São *autoprecedentes en la jurisdicción ordinaria* e, em segundo lugar, *autoprecedente en la jurisprudencia constitucional*. Contudo, a mesma autora ressalta que estão excluídas da definição de precedentes, na Espanha, os aspectos *autoridade* e *validade*, ao passo que estão inseridos os aspectos *clássico*, *funcional* e *informativo* (a que qualifica de jurisprudência prática). "En un segundo sentido, el llamado precedente horizontal o autoprecedente. Este principio operaría vinculando a los tribunales a sus propias decisiones anteriores y no así a las decisiones de otros tribunales de igual o superior rango jerárquico. En definitiva, los jueces y tribunales habrán de seguir en su razonamiento jurídico sus propios precedentes cuando la situación de la que estén conociendo sea similar a otra ya tratada con anterioridad. Son, pues, de dos casos distantes en el tiempo, aunque similares en sus características, que requieren un mismo tratamiento". HERNÁNDEZ, Teresa García-Berrío. La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación. In: *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (FORO)*, Nueva Época, n. 4, 2007, p. 135.

sobre um determinado assunto, e assevera que o mesmo *artículo* 1.6, do Código Civil espanhol, de 24 de julho de 1989, reforça a centralidade dessa jurisprudência reiterada no âmbito do Tribunal Supremo:[28]

> Artículo 1.
>
> 1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.
>
> [...]
>
> 6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.[29]

Para Katja Funken, há no país ibérico (assim como no continente Europeu, via de regra) uma relevante preocupação com a reversibilidade da decisão do juiz de primeiro grau nos tribunais, e esse "efeito quase normativo da decisão de um tribunal superior é um meio pretendido para alcançar a uniformidade e a previsibilidade de aplicação da lei" – ou seja, pela dita "imposição" dos precedentes que decorre *de facto*, e não *de iure*.[30]

Como destacou Ricardo Samillán:

> En España la jurisprudencia no era una fuente de derecho supletorio, sin embargo, sirve de apoyo a las decisiones, para lo cual se requieren dos sentencias que interpreten una norma en igual sentido emanada del Tribunal Supremo de Justicia; de tal manera que la violación de la doctrina legal por el juez

28 FUNKEN, Katja. The best of both worlds - The trend towards convergence of the civil law and the common law System. In: *University of Munich School of Law*, p. 11, jul. 2003. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm? abstract_id=476461.>. Acesso em: 09 maio 2025.

29 O relatório espanhol, escrito pelo Dr. Bujosa Vadell, sublinha que "hay que distinguir entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la del Tribunal Supremo. El art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial – LOPJ –: 'La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Magistrados, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos'. En cambio, la fuerza de obligar de la jurisprudencia del Tribunal Supremo es mucho más indirecta: el art. 1.6 del Código Civil establece que 'La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho'. El reflejo de esta disposición en el ámbito casacional se ha expuesto supra al considerar el llamado 'interés casacional' como criterio para la recurribilidad de una resolución, bien entendido que el interés casacional existe cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprema o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido". MARINONI, Luiz Guilherme. Da corte que declara o "sentido exato da lei" para a corte que institui precedentes. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 950/2014, p. 165–198, Dez/2014. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/document>. Acesso em: 7 maio 2025.

30 FUNKEN, Katja. The best of both worlds - The trend towards convergence of the civil law and the common law System. In: *University of Munich School of Law*, p. 11, jul. 2003. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm? abstract_id=476461.>. Acesso em: 09 maio 2025.

> inferior era causal suficiente para casar el fallo, lo que generó que la jurisprudencia comenzara a tener un valor meramente persuasivo sino vinculante. El Tribunal Supremo según el tenor del Artículo 1.6 del Código Civil Español ha señalado que debe ser "reiterada", requisito éste que se traduce en la necesidad de que existan dos o más sentencias en un mismo sentido; tal es así que el Tribunal Supremo en sus distintas Salas ha insistido en que una única sentencia no constituye jurisprudencia y que se debe invocar al menos dos sentencias "sustancialmente idénticas", así lo ha establecido, sendas sentencias la Primera Sala del Tribunal Supremo del 14 de Junio de 1991, 12 de Diciembre de 1990 y 11 de Diciembre de 1989. Igualmente existe los Acuerdos contenidos en plenos no jurisdiccionales, cuyo desarrollo fue tratado en un artículo por Cabeza Olmeda (2008) señalando que según el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 18 de julio de 2006 "Los acuerdos de la Sala General (Pleno no jurisdiccional) son vinculantes".[31]

Por outro prisma, destaca-se que, em termos de direito comparado, as implementações promovidas nos últimos diplomas processuais civis de ambos os países se dão no afã de se inaugurar "oficialmente" um sistema de precedentes. A título de exemplo, na Espanha, *A Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000* (Ley 1/2000, de 7 de enero) passou a prever, declaradamente, em sua Exposição de Motivos, que:

> EXPOSICIÓN DE MOTIVOS
>
> XIV
>
> En un sistema jurídico como el nuestro, en el que el precedente carece de fuerza vinculante -sólo atribuida a la ley y a las demás fuentes del Derecho objetivo-, no carece ni debe carecer de un relevante interés para todos la singularísima eficacia ejemplar de la doctrina ligada al precedente, no autoritario, pero sí dotado de singular autoridad jurídica.

No Brasil, o Código de Processo Civil de 2015 (Lei n° 13.105/2015) passou a prever, igualmente, já na Exposição de Motivos, o instituto dos precedentes judiciais, noticiando que:

> EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS
>
> Enfim, não observada a tese firmada, caberá reclamação ao tribunal competente.
>
> As hipóteses de cabimento dos embargos de divergência agora se baseiam exclusivamente na existência de teses contrapostas, não importando o veículo que as tenha levado ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça. Assim, são possíveis de confronto teses contidas em recursos e ações, sejam as decisões de mérito ou relativas ao juízo de admissibilidade. Está-se, aqui, diante de poderoso instrumento, agora tornado ainda mais eficiente,

31 GONZALES SAMILLÁN, Ricardo Bernardino. *Diferencias en la jurisprudencia vinculante peruana con España y Colombia sobre la prueba en los delitos contra la libertad sexual a marzo del 2017*. Disponível em: <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/312002017.>. Acesso em: 10 maio 2025.

> cuja finalidade é a de uniformizar a jurisprudência dos Tribunais superiores, *interna corporis*.
>
> Sem que a jurisprudência desses Tribunais esteja internamente uniformizada, é posto abaixo o edifício cuja base é o respeito aos precedentes dos Tribunais superiores.

Ainda é possível destacar outros dispositivos que corroboram (ou no mínimo evidenciam), legalmente, uma potencial sistematização da vinculação dos precedentes no país alienígena. Sobre isso, é importante notar que, conforme prevê o *artículo* 477, da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, o instituto denominado *interés casacional* (equivalente aqui a uma espécie de repercussão geral) passou a ser operável a partir de uma possível contradição entre julgados do Tribunal Supremo. Conforme letra da lei:

> CAPÍTULO V
>
> Del recurso de casación
>
> Artículo 477. Motivo del recurso de casación y resoluciones recurribles en casación.
>
> 3. Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.
>
> Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Também, o artículo 477, 3, da Ley de Enjuiciamento Civil da Espanha (que substitui o art*ículo* 1692, 5º, da anterior Ley de Enjuciamiento Civil, que permitia o mesmo recurso por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia)[32], basicamente mantém a mesma ratio essendi. Nesse sentido, leciona Delgado Castro que:

32 "Por 'jurisprudencia' (del Tribunal X) suele entenderse, primariamente, un conjunto de 'sentencias' (o incluso sólo una) provenientes del órgano judicial pertinente. De su lado, como las sentencias contienen una decisión (*decisum*) y su correspondiente fundamentación (o *ratio decidendi*), hablar de 'precedente' puede implicar la referencia al decisum de una (o varias) sentencia(s) anterior(es), bien a su *ratio decidendi*, o bien a ambas cosas; aunque, por lo común, es la ratio decidendi lo que se denota con aquella palabra ('precedente'); de manera que, si dos casos iguales han sido resueltos sucesivamente de la misma forma pero con fundamentos jurídicos distintos, no suele considerarse a la primera resolución como precedente de la segunda. Y, finalmente, la 'doctrina jurisprudencial' hace mención al significado de la(s) 'proposición(es) jurídica(s)' mediante la(s) cual(es) se formula la *ratio decidendi* de la(s) resolución(es) anterior(es)". SALAVERRÍA, Juan Igartua. El sometimiento del juez a la ley, la certeza y la fuerza vinculante de la doctrina del Tribunal Supremo. In: *Anales de*

> En concreto, el aspecto más relevante de la reforma pasa por introducir un nuevo motivo para recurrir. El presupuesto para recurrir se articula en la nueva dicción del artículo 478 [*rectius*, 477] en función del llamado "interés casacional", que no se vincula a la importancia, ni a la novedad, ni a la trascendencia del caso, sino a la oposición de la sentencia con la jurisprudencia o a la existencia de sentencias contradictorias con la recurrida o a la inexistencia de jurisprudencia por tratarse de normas jurídicas recientes, en una especie de adopción del modelo del "caso precedente".[33]

Sobre esse aspecto, Luiz Marinoni enfatiza que,

> [...] no direito espanhol, o recurso cassacional é cabível, nos termos do primeiro parágrafo do n° 3, do art. 477, da Ley de Enjuiciamiento Civil, "cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo". Ao contrário do que ocorre com o recurso especial, admissível em caso de contrariedade à lei federal (art. 105, III, a, da CF), o recurso cassacional é viável em caso de contrariedade à "doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo".[34]

No Brasil, tanto pela contemporaneidade quanto pelo notório espraiamento de institutos típicos de *common law* em países de tradição ancorada em *civil law*, o legislador optou por ir além, dispondo analiticamente sobre uma espécie de sistematização dos precedentes (patentemente vinculantes), como se observa a partir da leitura dos arts. 926, 927 e 928, do Código de Processo Civil.[35]

---

la **Cátedra Francisco Suárez**. 2006, p. 63.

33 CASTRO, Jordi Delgado. La historia de la casación civil española: una experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de la doctrina. In: *Revista de derecho (Valparaíso)*, n. 33, 2009, p. 352.

34 "Ademais, os exemplos da Suprema Corte estadunidense, do *Bundesgerichtshof* e do Tribunal Superior espanhol são mostras de que os filtros recursais não podem ser vistos como técnicas exclusivas das Cortes Constitucionais, mas, na verdade, constituem instrumentos relevantes para que uma Corte de vértice possa dar unidade ao direito em uma perspectiva prospectiva – ou estabelecer o sentido do direito que deve orientar a solução de casos futuros". MARINONI, Luiz Guilherme. Da corte que declara o "sentido exato da lei" para a corte que institui precedentes. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 950/2014, p. 165–198, Dez/2014. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/document>. Acesso em: 7 maio 2025.

35 Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1° Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2° Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1°, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou

Ainda, destaca-se na Espanha o *recurso en el interés de la ley*, cuja decisão, em âmbito cível, conforme *artículo* 493, da *Ley de Enjuiciamento Civil*, possui efeito vinculante para as instâncias inferiores.[36]

> Artículo 493. Sentencia.
>
> La sentencia que se dicte en los recursos en interés de la ley respetará, en todo caso, las situaciones jurídicas particulares derivadas de las sentencias alegadas y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial. En este caso, se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" y, a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los Jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil diferentes al Tribunal Supremo.

Sobre o *recurso en el interés de la ley*, que versa sobre a vinculação das decisões do Tribunal Supremo espanhol, notadamente representa ele importante relativização do sistema rígido de *civil law* ibérico. Quanto a isso, também é relevante apontar que o referido recurso não produz efeitos no caso concreto, servindo apenas para modificar um precedente anterior (mudança de paradigma) – o que não diminui a sua relevância dentro do ordenamento jurídico espanhol.

De maneira geral, como alerta Juan Salaverría, quando se detecta um contraste entre a "*resolución impugnada y la doctrina jurisprudencial tiene en su mano dos opciones: o acoger el recurso anulando la sentencia o imprimir un revirement a la jurisprudencia*", de forma a ser possível asseverar que, direta ou indiretamente, é possível notar, sim, um aspecto vinculante na "*doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo*" (*sui generis*).[37]

Outro interessante instituto de unificação de jurisprudência no Tribunal Supremo da Espanha surge quando há divergência entre os órgãos do referido

---

entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I – incidente de resolução de demandas repetitivas; II – recursos especial e extraordinário repetitivos. Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

36 *Articulo* 490, da *Ley de Enjuiciamiento Civil*: 1. Podrá interponerse recurso en interés de la ley, para la unidad de doctrina jurisprudencial, respecto de sentencias que resuelvan recursos extraordinarios por infracción de ley procesal cuando las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación de normas procesales. 2. No procederá el recurso en interés de la ley contra sentencias que hubiesen sido recurridas en amparo ante el Tribunal Constitucional.

37 SALAVERRÍA, Juan Igartua. El sometimiento del juez a la ley, la certeza y la fuerza vinculante de la doctrina del Tribunal Supremo. In: *Anales de la* **Cátedra Francisco Suárez**. 2006, p. 66.

tribunal, ou discussão acerca da interpretação de um determinado aspecto da legislação, de interesse relevante. O imbróglio pode ser resolvido pelo Plenário da Sala Segunda daquele tribunal (ocasião em que não possuirá caráter jurisdicional), havendo a convocação do Presidente do Tribunal Supremo e de todos os seus integrantes. [38]

Danyelle Galvão explana que o referido instituto é "um instrumento para unificação em caso de discrepância interna ou para evitar, preventivamente, o aparecimento das divergências", surgindo daí um documento, chamado *Acuerdo*, mas sem julgamento a qualquer caso concreto, "uma vez que não se trata de atividade jurisdicional do tribunal, mas administrativa".[39]

Por fim, sobre toda essa estrutura judicial espanhola, potencial quanto à sedimentação de um sistema de precedentes, Luiz Marinoni reforça que o próprio Michele Taruffo afirmou outrora que: "o Tribunal Superior espanhol se tornou – ou tem parâmetros jurídicos para se tornar – 'una vera e própria corte de precedentes'", também arrematando que, em âmbito de legislação ordinária, "isso quer dizer, obviamente, que o STJ brasileiro também tem plenas condições de exercer a sua missão constitucional e a função de uma Corte de Precedentes".[40]

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A implementação progressiva de sistemas de precedentes nos países de *civil law* é uma realidade inegável. E isso pôde ser observado no cotejo entre os dois sistemas jurídicos suscitados.

Na Espanha, em termos de doutrina majoritária, apesar da inegável aceitação majoritária – embora não uníssona[41] – quanto à vinculação jurisprudencial cogente das decisões emanadas do Tribunal Constitucional (em sede de

38 SALAVERRÍA, Juan Igartua. El sometimiento del juez a la ley, la certeza y la fuerza vinculante de la doctrina del Tribunal Supremo. In: *Anales de la* **Cátedra Francisco Suárez**. 2006.

39 GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. 2019. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-13082020232848/publico/6759007_Tese_Corrigida.pdf>. Acesso em: 20 maio 2025.

40 Daí o autor defender que "'recurso especial' há de ser admitido apenas nos casos em que a decisão recorrida i) diverge do entendimento da Suprema Corte; aplica precedente ii) desgastado, iii) superado por nova concepção geral acerca do direito, ou excepcionalmente iv) equivocado; e ainda quando a decisão v) diverge da interpretação que lhe deu outro tribunal, ou vi) se funda em lei federal cuja interpretação ainda não foi definida pela Suprema Corte, ou não gerou divergência entre tribunais de apelação". MARINONI, Luiz Guilherme. Da corte que declara o "sentido exato da lei" para a corte que institui precedentes. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 950/2014, p. 165 – 198, Dez / 2014. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/document>. Acesso em: 7 maio 2025.

41 Miguel e Laporta destacam, nada obstante as decisões do Tribunal Constitucional seja pouco ou raramente questionadas pelas autoridades públicas, não seria possível dizer que há um consenso doutrinário sobre a eficácia vinculante dos precedentes do referido Tribunal. MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco Javier. Precedent in Spain. In: *Interpreting precedents*. Routledge, 2016, p. 269.

controle de constitucionalidade, mormente por força de expressa previsão constitucional), permanece relevante a discussão acerca da existência ou da validade de um sistema de precedentes na jurisdição ordinária, independentemente de um sistema propriamente dito.

Nesse sentido, foi possível destacar algumas bases legais que são consideradas como pedra de toque, como o *artículo* 161.1, da CE, no que tange aos chamados *recursos de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley*, e os *artículos* 163 e 164, que se referem à *cuestión de constitucionalidad* (surgidas eventualmente no curso de processos). Ambos os institutos, de forma concentrada, evidenciam a prevalência de um sistema pautado no modelo austríaco de controle de constitucionalidade, embora com temperamentos,[42] pois aferrado ainda a um modelo predominantemente positivista.

E como ensina Antonio del Moral, em *El Tribunal Constitucional español negativo*, "o controle de constitucionalidade naquele país visa salvar a norma legal, onde é possível evitar lacunas desnecessárias no ordenamento" e, apesar de rechaçar que "o Tribunal Constitucional espanhol realiza função nomofilática", confessa que suas decisões possuem, assim como no Brasil, em controle abstrato de constitucionalidade, efeito vinculante, e *erga omnes*.[43]

> Na Espanha, tradicionalmente, os juízes estão vinculados à lei e não às decisões judiciais, não se podendo falar em força vinculante da jurisprudência. Exceção existe quanto às decisões do Tribunal Constitucional, relativamente ao controle de constitucionalidade, cuja força é de lei, conforme previsão constitucional (art. 153, alínea *a*).[44]

Nesse mesmo sentido, como arremata José Santiváñez sobre o caráter vinculante das decisões do Tribunal Constitucional, em um estudo de direito comparado:

> Resulta necesario aclarar que la parte resolutiva o *decisum* de la sentencia constitucional, en resguardo del derecho al debido proceso, vincula, tiene efecto solamente con relación a las partes que participaron en la controversia judicial, salvo en aquellos casos de acciones colectivas o cuando el ordenamiento constitucional confiere efectos erga omnes a la resolución, como es el caso de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de la norma sometida al control de constitucionalidad.[45]

42 SICA, Heitor Vitor Mendonça. Direito processual civil espanhol. In: *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: LEX, 2010, p. 104-105.

43 Apud GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. 2019. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-13082020-232848/publico/6759007_Tese_Corrigida.pdf>. Acesso em: 20 maio 2025.

44 MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco Javier. Precedent in Spain. In: *Interpreting precedents*. Routledge, 2016, p. 269.

45 SANTIVÁÑEZ, José Antonio Rivera. Fundamentos sobre el carácter vinculante de las resoluciones del Tribunal Constitucional. In: *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n. 9, 2005, p.

Por outro lado, considerando o sistema jurídico ordinário, merece destaque o fato de que, como destacou Katja Funken, há uma preocupação prática, efetiva, de observância dos precedentes que, como visto, decorre mais *de facto* do que *de iure*.[46]

No mesmo sentido, como destaca Juan Salaverría, esse direito jurisprudencial encontra relevância por sua autoridade, ou força exemplar, e não por sua imposição de vinculação.

> En este punto, y para terminar lo relativo a los recursos extraordinarios, parece oportuno recordar que, precisamente en nuestro sistema jurídico, la jurisprudencia o el precedente goza de relevancia práctica por su autoridad y fuerza ejemplar, pero no por su fuerza vinculante (exposição de motivos).[47]

São esses alguns aspectos relevantes do sistema de precedentes espanhol, observado sob um enfoque de direito comparado, capazes de gerar diversas reflexões sobre os meandros de uma implementação de um sistema típico da *common law* em um ordenamento jurídico largamente pautado em um sistema de *civil law*, como o Brasil.[48]

REFERÊNCIAS

CATENA, Víctor Moreno. *Las innovaciones en la organización de los tribunales españoles en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial*. 1984. Disponível em: <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/10900/innovaciones_catena_RDJ_1984.pdf>. Acesso em: 23 maio 2025.

_____. El recurso de apelación y la doble instancia penal. In: *Poder judicial del estado de Sinaloa supremo tribunal de justicia*, 2007. Disponível em: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/01/doctrina39007.pdf#page=11>. Acesso em: 23 maio 2025.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2009.

FUNKEN, Katja. The best of both worlds - The trend towards convergence of the civil law and the common law system. In: *University of Munich School of*

351.

46 FUNKEN, Katja. The best of both worlds - The trend towards convergence of the civil law and the common law system. In: *University of Munich School of Law*, p. 11, jul. 2003. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm? abstract_id=476461.>. Acesso em: 09 maio 2025.

47 SALAVERRÍA, Juan Igartua. El sometimiento del juez a la ley, la certeza y la fuerza vinculante de la doctrina del Tribunal Supremo. In: *Anales de la* **Cátedra Francisco Suárez**, 2006, p. 63.

48 Por exemplo, é inevitável questionar, em termos de jurisdição ordinária, até que ponto a imposição/importação de um sistema de precedentes abrasileirado, *ex lege*, tornará possível a observância de entendimentos consolidados nos tribunais superiores, sem que isso abarrote ainda mais o judiciário, por vias recursais.

Law, p. 11, jul. 2003. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=476461.>. Acesso em: 09 maio 2025.

GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. 2019. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-13082020-232848/publico/6759007_Tese_Corrigida.pdf>. Acesso em: 20 maio 2025.

GAMA, João Felipe Calmon Nogueira da; HUNGARO, Marlon Amaral. Súmulas vinculantes e súmulas impeditivas de recursos: uma análise crítica e desconstrutiva sob a perspectiva da qualidade e da quantidade de julgamentos. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 67, p. 317-340, 2015.

GONZALES, Ricardo Bernardino Samillán. *Diferencias en la jurisprudencia vinculante peruana con España y Colombia sobre la prueba en los delitos contra la libertad sexual a marzo del 2017*. Disponível em: <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/312002017.>. Acesso em: 10 maio 2025.

GÜNTHER, Klaus. *The sense of apropriateness*. Albany: State University of New York Press, 2003.

HERNÁNDEZ, Teresa García-Berrío. La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación. In: *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (FORO)*, Nueva Época, n. 4, p. 127-152, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da corte que declara o "sentido exato da lei" para a corte que institui precedentes. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 950/2014, p. 165 – 198, Dez / 2014. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/document>. Acesso em: 7 maio 2025.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MENDES, Carolina Paes de Castro. Direito processual comparado, teoria geral do processo e precedentes. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 23, n. 2, 2022.

MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco Javier. Precedent in Spain. In: *Interpreting precedents*. Routledge, 2016, p. 259-291.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Emenda Constitucional 45/2004 e o processo*. Revista Forense. V. 102. n. 383, Rio de janeiro, 2006, p. 181-191.

_____. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. In: *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 24, p. 55-69, 2003.

SALAVERRÍA, Juan Igartua. El sometimiento del juez a la ley, la certeza y la fuerza vinculante de la doctrina del Tribunal Supremo. In: *Anales de la* **Cátedra Francisco Suárez**, p. 59-78. 2006.

SANTIVÁÑEZ, José Antonio Rivera. Fundamentos sobre el carácter vinculante de las resoluciones del Tribunal Constitucional. In: *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n. 9, p. 343-356, 2005.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Direito processual civil espanhol. In: *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: LEX, p. 71-112, 2010.

STANÇA, Fernanda Molina de Carvalho; SILVA, Nelson Finotti. Uma visão sobre os precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual. In: *Revista Em Tempo*, v. 15, p. 72-87, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes judiciais e hermenêutica*. Salvador: JusPodivm, 2019.

TARUFFO, Michele. Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. Trad. Hermes Zaneti Junior. In: *Revista de processo*, São Paulo, ano 35, n. 181, p. 167-172, mar./2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. In: *Revista de Processo*, ano 35, V. 189, nov./2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DOI: 10.12818/P.0304-2340.2025v87p125

O DIREITO À INFORMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE COMBATE AO CAPACITISMO EM UM CONTEXTO DEMOCRÁTICO E PLURAL

THE RIGHT TO INFORMATION AS NA INSTRUMENT TO COMBAT CAPABILITY IN A DEMOCRATIC AND PLURAL CONTEXT

*Hênyo Hytallus Da Silva Andrade**
*Fabiana Rodrigues Barletta***

RESUMO

As práticas capacitistas são condutas opressivas, discriminatórias e excludentes, pautadas na ideia de subalternização, inferiorização e incapacidade das pessoas com deficiência em relação aos que se consideram "normais". Tais atitudes dificultam o acesso a direitos fundamentais, como o direito à informação. Assim, o problema de pesquisa busca responder: como o direito à informação pode ser utilizado para combater esses atos. O objetivo geral visa analisar o direito à informação como instrumento de combate a tais condutas. Os objetivos específicos consistem em: caracterizar o capacitismo e o olhar sobre a pessoa com deficiência sob o viés conceitual e histórico; abordar o direito à informação como um direito fundamental da pessoa com deficiência, e por fim, discutir o direito à informação como instrumento de combate ao capacitismo. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, caracterizada como revisão sistemática da literatura, com abordagem qualitativa, para a análise e interpretação do conteúdo. Os resultados apontaram que, apesar do avanço na legislação e políticas de perspectiva inclusiva, o capacitismo continua comum na contemporaneidade, mediante relações pessoais presenciais, ou via redes sociais, a exemplo do uso de termos

ABSTRACT

Ableist practices are oppressive, discriminatory, and exclusionary behaviors, based on the idea of subordination, inferiority, and incapacity of people with disabilities in relation to those who consider themselves "normal." Such attitudes hinder access to fundamental rights, such as the right to information. Thus, the research question seeks to answer: how can the right to information be used to combat these acts? The general objective is to analyze the right to information as a tool to combat such behaviors. The specific objectives are to characterize ableism and the perspective on people with disabilities from a conceptual and historical perspective; to address the right to information as a fundamental right of people with disabilities; and finally, to discuss the right to information as a tool to combat ableism. This is a bibliographical study, characterized as a systematic literature review, with a qualitative approach for content analysis and interpretation. The results showed that, despite advances in legislation and policies with an inclusive perspective, ableism remains common in contemporary times, whether through face-to-face relationships or via social media, such as the use of inappropriate terms and hateful attacks on social media. In this context, adopting

* Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).
E-mail: hytallus.andrade@gmail.com. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-3135-7972.

** Doutora em Direito em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RS). Professora Titular da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).
E-mail: fabianabarletta2@gmail.com.
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-2228-3032.

impróprios e de ataques de *haters* por mídias sociais. Nesse contexto, a adoção de medidas que promovam o direito à informação (de informar e de ser informado) são cruciais para combatê-lo e garantir os direitos desses sujeitos. Como eixo teórico, destacaram-se os estudos de Almeida (2019), Fohrmann e Kiefer (2016), Araújo (1991), Freitas (2011), além da legislação pátria (Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Pessoa com Deficiência).

PALAVRAS-CHAVE: Direito à informação. Combate ao capacitismo. Pessoa com Deficiência. Inclusão.

measures that promote the right to information (to inform and be informed) are crucial to combating it and guaranteeing the rights of these individuals. The theoretical framework highlighted was the studies by Almeida (2019), Fohrmann and Kiefer (2016), Araújo (1991), and Freitas (2011), as well as national legislation (the 1988 Federal Constitution and the Statute of Persons with Disabilities).

KEYWORDS: *Right to information. Combating ableism. Persons with disabilities. Inclusion.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Capacitismo e o olhar sobre a pessoa com deficiência a partir do viés conceitual e histórico. 3. O Direito à informação como direito fundamental da pessoa com deficiência. 4. O direito à informação como instrumento de combate às práticas capacitistas. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

De acordo com a literatura, é possível verificar que, historicamente a forma de tratar as pessoas com deficiência tem sido marcada por práticas capacitistas, fruto da imposição de culturas sociais, que estabeleceram modelos e padrões de corpos de pessoas a serem considerados como adequados ou ditos "normais". Como consequência, geraram condutas consideradas excludentes e discriminatórias em relação aqueles que não se enquadram nessa perspectiva, com impactos negativos para o acesso a direitos fundamentais, em especial ao direito à vida e à informação.

Em contrapartida, há um movimento de luta pela busca do rompimento dessa lógica capacitista e preconceituosa, que considera que todas as pessoas são capazes para os atos da vida civil, a partir da perspectiva do modelo biopsicossocial de inclusão e da nova teoria das capacidades. No âmbito do Brasil está amparada pela Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI), também denominada de Estatuto das Pessoas com Deficiência (EPD)[1].

Diante desse cenário, propõe-se como problema de pesquisa investigar: como o direito à informação pode ser utilizado para combater práticas capacitistas e promover a inclusão social das pessoas com deficiência? Para responder ao problema levantado, o objetivo geral consiste em analisar o direito à informação como instrumento de combate a práticas capacitistas contra as pessoas

1 BRASIL, 2015

com deficiência. Os objetivos específicos visam: 1) caracterizar o capacitismo e o olhar sobre a pessoa com deficiência a partir do viés conceitual e histórico; e 2) abordar o direito à informação como um direito fundamental da pessoa com deficiência; e por fim, 3) discutir o direito à informação como instrumento de combate ao capacitismo.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, exploratória, caracterizada como revisão sistemática da literatura. A revisão bibliográfica, se deu com base no levantamento, seleção e análise de cartilhas, jornais, pesquisas publicadas em livros e artigos científicos divulgados em periódicos nos últimos anos, com vistas a proporcionar uma visão ampla das questões que envolvem a temática em questão. Nas concepções de Mezzaroba e Monteiro, essa fase tem por objetivo "[...]sustentar a abordagem de seu objeto"[2]. Além disso, utilizou-se a abordagem qualitativa, que favorece a análise e interpretação do conteúdo a partir dos fundamentos teóricos que embasam o estudo. Segundo Gonsalves, a abordagem qualitativa possibilita a compreensão e a interpretação da pesquisa, "considerando o significado que os outros dão às suas práticas, o que impõe ao pesquisador uma abordagem hermenêutica"[3].

O estudo está dividido em três momentos. Inicialmente busca-se abordar sobre o capacitismo e o olhar sobre a pessoa com deficiência a partir do viés conceitual e histórico, no segundo momento, realiza-se uma breve abordagem sobre o direito à informação como um direito fundamental da pessoa com deficiência; e por fim, o terceiro momento consiste em analisar o direito à informação como instrumento de combate às práticas capacitistas.

O eixo teórico está amparado nas lições de Almeida (2019), Fohrmann e Kiefer (2016), Sassaki (2012), dentre outros que discutem sobre as pessoas com deficiência e o capacitismo. Concernente a discussões sobre o direito à informação, destacou-se autores como Araújo (1991), Freitas (2011), além da legislação pátria, a exemplo da Constituição Federal de 1988[4] e o Estatuto da Pessoa com Deficiência[5].

2. O CAPACITISMO E O OLHAR SOBRE A PESSOA COM DEFICIÊNCIA A PARTIR DO VIÉS CONCEITUAL E HISTÓRICO

De acordo com os estudos de Marco, o capacitismo consiste na "opressão e o preconceito contra pessoas que possuem algum tipo de deficiência, o tecido de conceitos que envolve todos que compõem o corpo social. Ele parte da premissa da capacidade, da sujeição dos corpos deficientes em razão dos sem

2 MEZZAROBA e MONTEIRO, 2023, p. 108.
3 GONSALVES, 2003, p. 68.
4 BRASIL, 1988.
5 BRASIL, 2015.

deficiência"[6]. No entender de Ignarra e Saga, ele torna-se "essa opressão, essa dúvida das capacidades da pessoa com deficiência [...]"[7].

A partir dessas concepções, verifica-se que o capacitismo é consequência da cultura social que perpetua condutas discriminatórias contra os sujeitos com deficiências. Isso ocorre desde a antiguidade até a contemporaneidade. Tais atos inferiorizam, excluem e invisibilizam esse segmento social, como se fossem incapazes para realizar qualquer ato por si.

Historicamente, a literatura demonstra que a pluralidade e diversidade de sujeitos na sociedade existe desde a origem da humanidade. Desde então, há algumas pessoas e/ou grupos que sempre foram mais vulneráveis que outros a sofrer discriminações e injustiças sob diversas formas, como é o caso das pessoas com deficiência, cujo tratamento direcionado a estas é marcado por práticas capacitistas, cruéis e desumanas.

A esse propósito, Fohrmann e Kiefer afirmam que não há informações a respeito de como eram tratadas as pessoas com deficiência nos tempos primitivos, mas presume-se que essas não conseguiam sobreviver em face das inúmeras adversidades que eram bem comuns nessa época, tais como problemas ambientais, a ausência de abrigos e comidas, etc. Ainda segundo as autoras, no período pré-histórico as pessoas com deficiência provavelmente significavam um óbice para seus grupos, uma vez que neste período apenas aqueles que eram considerados mais fortes que conseguiam de fato se manterem vivos[8].

No período da Grécia Antiga e Idade Média, Sassaki relata que as pessoas com deficiência eram rejeitadas socialmente, pois eram taxadas como inválidas ou inúteis, dispensáveis, tornando-as invisibilizadas e excluídas[9]. Na Grécia clássica, para Fohrmann e Kiefer:

> Havia a prática dos "*infanticídios a los deformes*". Platão e Sócrates, em suas obras A República e A Política, respectivamente, abordaram o costume de eliminação das pessoas com deficiência. Em Esparta, elas não eram sequer consideradas pessoas e seus cidadãos. Os espartanos, focados nas guerras e na manutenção de territórios, também as matavam, já que somente os fortes poderiam sobreviver e servir nos conflitos. Na antiga Roma, eram tratadas com crueldade e os pais tinham o direito de afogar filhos nascidos com alguma forma de deficiência. Algumas crianças eram "apenas" abandonadas, e na sequência, exploradas nas cidades como pedintes ou em circos[10].

Assim, o estado de vulnerabilidade das pessoas com deficiência nestes períodos era notório, já que os capacitistas praticavam a segregação social e a execução das pessoas que se encontravam neste estado. Logo, prevalecia nestes

6 MARCO, 2020, p.18.
7 IGNARRA e SAGA, 2023, p.61.
8 FOHRMANN E KIEFER, 2016, p.68.
9 SASSAKI, 2012.
10 FOHRMANN E KIEFER, 2016, p. 69.

períodos total brutalidade, e inexistia qualquer respeito aos direitos humanos dessas pessoas, considerando a mentalidade e essas práticas socioculturais dessas sociedades.

Os atos maldosos contra as pessoas com deficiência não pararam por aí. Na Idade Média, de acordo com Fohrmann e Kiefer a deficiência era considerada como fruto de castigo divino, o que fundamentava, por sua vez, na exclusão e invisibilidade dessas pessoas[11]. A esse respeito, Almeida diz que "com a paulatina perda do poder da Igreja Católica e o surgimento do Iluminismo, a deficiência passa a se submeter ao crivo do saber biomédico, que descortina o período da institucionalização"[12].

Esse período da institucionalização, para Aranha era caracterizado "[...] pela retirada das pessoas com deficiência de suas comunidades de origem e pela manutenção delas em instituições residenciais ou escolas especiais, [...] situadas em localidades distantes de suas famílias"[13]. A referida autora complementa que "as pessoas com retardo mental ou outras deficiências, [...] ficavam mantidas em isolamento do resto da sociedade, fosse a título de proteção, de tratamento ou de processo educacional"[14].

Assim, a superação dessa fase de institucionalização era necessária, pois como se percebe, toda essa prática de isolamentos das pessoas com deficiência de suas famílias e de seus círculos de amigos, era totalmente incompatível com a noção de dignidade humana. Após essa fase, Almeida relata que surgiu o Iluminismo, e com este:

> [...] fortaleceu-se a divisão entre os loucos e não loucos, aqueles foram silenciados e enclausurados entre os muros dos manicômios, excluídos da sociedade. A nascente medicina psiquiátrica, a partir do século XIX, definiu os limites entre a normalidade e a patologia. A fronteira entre a razão e a loucura era vigiada e guardada pelos médicos. Nascia o rótulo da saúde mental como objeto de preocupação científica e consolidava-se o chamado poder psiquiátrico[15].

Nesse contexto, surge o modelo médico da deficiência, que no entender de Palacios "a pessoa deveria ser tratada através de intervenções médicas, ser reparada, para tornar-se o quanto possível normal, ou seja, assemelhar-se às demais pessoas normais"[16]. Assim, esse paradigma médico, de ditar o que era ou não considerado normal exerceu de certa forma o controle na sociedade, já que era um discurso carregado de estigmas que contribuía para a exclusão daquelas que não eram consideradas pessoas normais.

11 FOHRMANN E KIEFER, 2016, p. 70.
12 ALMEIDA, 2019, p.43.
13 ARANHA, 2001, p.168.
14 ARANHA, 2001, p.168.
15 ALMEIDA, 2019, p.44.
16 PALACIOS, 2008, p.37.

Em que pese todas essas adversidades e práticas discriminatórias, Almeida (2019) lembra que os movimentos sociais organizados por pessoas com deficiência se impuseram na luta pela liberdade e igualdade quando o modelo médico estava no ápice de seu desenvolvimento. Esse comportamento coletivo contribuiu para a mudança paulatina da realidade de sofrimentos dessas pessoas. Sobre isso, Almeida ressalta que:

> Foram necessários, portanto, dois séculos para percorrer a trajetória que agora culmina na compreensão de que as pessoas humanas com deficiência são dotadas de dignidade, mas que foram ao longo dos séculos de exclusão e encarceramento vulneradas socialmente em razão de um discurso médico-psiquiátrico de tratamento que alijava este grupo do convívio social e refletia no Direito como marcador para a incapacidade de gerir a própria vida, impossibilitando-as de atuar pessoalmente no tráfego jurídico em prol de seus próprios interesses.
>
> O isolamento nos hospícios os interditava na esfera jurídica por meio de um regime excludente e discriminatório, porém sob um discurso fundado na proteção da pessoa com deficiência[17].

Assim, como se pode observar, tem sido bastante lento e gradual o processo de mudanças no tratamento e compreensão de que as pessoas com deficiência são, como qualquer outra pessoa, titulares de todos os direitos que são inerentes a dignidade humana. Nesse lapso temporal, muitos erros e injustiças foram perpetradas contra esse grupo de pessoas, endossados por uma percepção capacitista sobre eles.

Na atualidade, o Brasil atravessa um processo de mudanças nessa temática, principalmente com a adoção do paradigma do modelo biopsicossocial, que impõe novas reflexões quanto a questão estrutural e da capacidade civil das pessoas com deficiência. Tal modelo fomenta a mudança de perspectivas entre a antiga divisão legal e social entre o que se consideravam como "capazes e incapazes". E esse novo cenário foi impulsionado pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

É importante explicar que antes de se pensar em elaborar e promulgar a LBI, foi necessário que o Brasil fosse signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinado em Nova Iorque, no dia 30 de março de 2007. Após esse fato, ocorreu a incorporação desses documentos no ordenamento jurídico brasileiro, que se deu com a aprovação do Decreto Legislativo de n. 186, de 2008, nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988[18].

Essa adesão do Brasil à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi a primeira norma internacional sobre direitos humanos celebrada no país, a ser incorporada ao ordenamento jurídico com *status* de Emenda

17 ALMEIDA, 2019, p.50-51.

18 BRASIL, 1988.

Constitucional (EC), na forma do § 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988[19]. Trata-se, portanto de uma norma de hierarquia constitucional. Diante disso, a referida norma constitucional, tornou-se essencial para fortalecer os debates sobre os direitos das pessoas com deficiência no âmbito jurídico interno, e viabilizou, por sua vez, a promulgação da atual LBI[20].

Nesse cenário, o modelo biopsicossocial de inclusão, respeito e autonomia surge como um mecanismo de proteção criado a partir do reconhecimento da vulnerabilidade das pessoas com deficiência. Para Miragem:

> Reconhece-se a diversidade enquanto valor na sociedade e, na diversidade, tutelam-se as vulnerabilidades. A diversidade responde à premissa de liberdade, como fundamento do direito de ser diferente e ao respeito à diferença[21].

Assim, cabe ao Direito estudar e buscar meios para que a diversidade seja de fato reconhecida como um valor social, para que possibilite a efetiva tutela dos vulneráveis, dadas as diferenças que existem na sociedade, por esta ser plural. Nessa linha, Galindo advoga que "em nossos dias, parece que é necessário defender a diferença para que a igualdade seja factível em suas potencialidades"[22]. Ou seja, advogar pela igualdade material, é sobre isso que Galindo se refere, no sentido de que sejam estabelecidos critérios procedimentais para que os sujeitos possam de fato usufruir dos direitos fundamentais aos quais fazem jus.

O que se observa é que esse processo de luta foi marcado por diversas fases do olhar sobre a pessoa com deficiência, que vem desde a segregação até a inclusão. A discussão teórica reside nos modelos biomédico, social e biopsicossocial de deficiência.

O modelo biomédico se limita a aspectos orgânicos dos sujeitos, pois destaca as deficiências destes e ignora os fatores sociais e ambientais. Já o modelo social parte do pressuposto de que a incapacidade é oriunda da sociedade, que criou entraves a participação e gozo de direitos. O modelo biopsicossocial de inclusão, por sua vez, adotado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e pela Lei Brasileira de Inclusão (LBI), faz a junção dos aspectos dos modelos anteriores, pois integra elementos biológicos, psicológicos, ambientais e sociais[23], o que é constatado na definição de pessoa com deficiência previsto no *"caput"* do artigo 2º da referida lei, em que a interação entre corpos, ambientes e barreiras a participação desses sujeitos em sociedade é que geram a deficiência[24].

19 BRASIL, 1988.
20 LACERDA; PIRES, 2017.
21 MIRAGEM, 2015, p. 68.
22 GALINDO, 2015, p.44.
23 ENAP, 2024, p.12-13.
24 BRASIL, 2015.

Sob a égide do atual modelo biopsicossocial de deficiência, o artigo 2º, §1º da LBI também estabelece que a avaliação da deficiência será:

> [...] biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; III - a limitação no desempenho de atividades; e IV - a restrição de participação.
>
> § 2º O Poder Executivo criará instrumentos para avaliação da deficiência[25].

Assim, a avaliação biopsicossocial é a inovação instrumental que a LBI trouxe, sob a luz dos direitos humanos. A referida lei atribui ao Poder Executivo a responsabilidade de criar meios para a realização de tais avaliações. Nesse sentido, o Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania do Governo Federal compreende que:

> A Avaliação Biopsicossocial Unificada da Deficiência representa um marco essencial na promoção dos direitos das pessoas com deficiência no Brasil. Instituído pelo Decreto nº 11.487, de 10 de abril de 2023, o Grupo de Trabalho (GT) foi criado no âmbito do Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania, com o objetivo de desenvolver uma proposta abrangente para a avaliação da deficiência baseada no modelo biopsicossocial[26].

A criação desse instrumento como política pública é fundamental na luta contra o capacitismo e por atitudes sociais adequadas, justas e respeitosas em relação aos direitos de acesso e inclusão das pessoas com deficiência em todo e qualquer espaço social. Apesar dessas iniciativas, muitas ações ainda são necessárias para que a diversidade funcional desse grupo seja cada vez mais reconhecida e valorizada.

Essa tão almejada igualdade material, reconhecimento e respeito às diferenças passa pelo direito de acesso à informação. Conforme foi tratado anteriormente, sabe-se que a informação é direito fundamental e que o respeito à vida em sentido amplo da pessoa com deficiência está relacionado a este direito, que também foi estabelecido na LBI, conforme será discutido na seção seguinte.

3. O DIREITO À INFORMAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Na contemporaneidade, percebe-se que a informação é de suma importância para a adequada convivência em uma sociedade considerada democrática e plural. Tudo o que o ser humano planeja e realiza em vida depende necessariamente da informação, uma vez que está relacionada a direitos e deveres legalmente preestabelecidos.

25 BRASIL, 2015.

26 MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA, 2024, p.9.

Diante desse cenário, o direito à informação é um direito fundamental de todos, por essa razão, é necessário que as instituições disponibilizem meios adequados para o seu acesso, uma vez que é por meio dessa ferramenta que os sujeitos conseguem exercer direitos e cumprir seus deveres, inclusive as pessoas com deficiência.

Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) possui diversas previsões normativas atinentes ao direito à informação, inclusive no título dos direitos e garantias fundamentais, capitulados no artigo 5º, XIV, que assegura a todos, indistintamente, o acesso à informação[27].

No contexto normativo-jurídico das pessoas com deficiência, o direito ao acesso à informação é assegurado na Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI). Esse direito está previsto em diversos artigos da LBI, com destaque para o conteúdo do artigo 8º, que tem o seguinte teor:

> Art. 8º É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, **à informação**, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico[28](**grifo nosso**).

Desse modo, a norma supracitada confere às pessoas com deficiência um rol exemplificativo de direitos, ou seja, há possibilidade de existirem ou surgirem outros direitos não previstos no artigo em comento. A partir da leitura do artigo 8º observa-se que o legislador infraconstitucional estabeleceu a responsabilidade conjunta de três instituições (Estado, sociedade e família) em proporcionar às pessoas com deficiência todo o suporte necessário e adequado para que possam "com prioridade", ter acesso a todos os direitos fundamentais, dentre os quais o direito à informação.

Nessa linha, a LBI é bastante enfática quanto ao direito à informação das pessoas com deficiência, pois reconhece ainda, que informação é uma das formas de acessibilidade (art.3º, I, IV) que muitas vezes é negligenciada a estas pessoas diante das barreiras sociais criadas pela sociedade, que frequentemente, impede o acesso à informação a estas pessoas. No tocante ao direito à saúde, há também na LBI a previsão de que seja fornecida "informação adequada e acessível à pessoa com deficiência e a seus familiares sobre sua condição de saúde".

27 BRASIL, 1988.

28 BRASIL, 2015.

O direito do acesso à informação também é enfatizado no artigo 63 da LBI, que estabelece obrigações a empresas e instituições governamentais de fornecer condições de acessibilidade nos sítios da internet para que as pessoas com deficiência possam ter acesso, com toda a estrutura e símbolos de acessibilidade visíveis, e fixa que telecentros e *lan houses* garantam, "no mínimo, 10% (dez por cento) de seus computadores com recursos de acessibilidade para pessoa com deficiência visual"(art. 63, § 3º)[29].

Como se pode notar, a informação é um direito imprescindível para todos, inclusive para as pessoas com deficiência, uma vez que cria as condições propícias para o exercício de diversos direitos. A esse propósito, Freitas acrescenta que a informação para o homem faz "parte de sua essência, através da consciência de si próprio e de sua existência, conferindo-lhe propósito e, por conseguinte, habilidade de manipulação de dados a serem usados no [...] processo de sobrevivência [...]"[30].

Nesse prisma, considerando o estado de vulnerabilidade das pessoas com deficiência, é inquestionável a necessidade de tutela aos direitos fundamentais dessas pessoas, dentre eles o direito à informação, uma vez que por meio deste torna-se possível os acessos a bens e serviços públicos e privados, dentre outros direitos.

Ademais, o direito à informação, além de servir as pessoas com deficiência para o acesso a direitos, deve também servir para balizar deveres não apenas destas pessoas, mas também da sociedade em geral no sentido de respeitar as pessoas com deficiência em sentido amplo. A esse propósito, a informação, para Freitas "constitui-se, atualmente, como um dos bens mais importantes a ser usufruído pelo ser humano. Isso porque a informação por ele adquirida ao longo da vida define-o como ser social"[31].

Nessa lógica, diante da relevância da informação para o homem, destacadamente para as pessoas com deficiência, nota-se que esta possibilita o reconhecimento do que elas realmente são, seres sociais, ou seja, são pessoas dignas de usufruir igualmente dos mesmos direitos que toda a sociedade, sem qualquer tipo de estereótipos ou preconceitos. Nessa ótica, deve haver uma maior conscientização da sociedade para que respeite as regras de convivência, seja em função das previsões legais, ou mesmo de valores de respeito e empatia com o outro.

Nesse prisma, infere-se que a informação é parte indissociável do ser humano e fundamento de sua existência, consciência e motivação para sobreviver, sobretudo para as pessoas mais vulneráveis como as pessoas com deficiência. Corrobora nesse entendimento Araújo ao afirmar que:

29 BRASIL, 2015.

30 FREITAS, 2011, p.19.

31 FREITAS, 2011, p. 19.

> A informação é a mais poderosa força de transformação do homem. O poder da informação [...] tem capacidade ilimitada de transformar culturalmente o homem, a sociedade e a própria humanidade como um todo. Resta-nos, tão-somente, saber utilizá-las sabiamente como o instrumento de desenvolvimento que é, e não, continuarmos a privilegiar a regra estabelecida de vê-la como instrumento de dominação e, consequentemente, de submissão[32].

Analisando-se a concepção acima referenciada, entende-se que a informação, conceitualmente falando abrange uma magnitude ampla em sua relação com o ser humano em si, na relação com o outro e na mudança cultural do meio social. Entretanto, Araújo enfatiza que seu uso deve ser com sabedoria, ou seja, em prol do bem comum, sem acepções de pessoas. Em contraponto a essa compreensão, Freitas defende a ideia de que "As diferenças sociais, apesar do novo contexto vivido pela sociedade, persistem, o que torna a revolução informacional incompleta, à medida que praticamente não alterou a estrutura das relações de poder [...]"[33].

Nesse viés, Freitas concebe que a informação pode estar a serviço da hegemonia, que a utiliza para usufruir de poder e dominar pessoas e/ou grupos e defender apenas os seus próprios interesses. Entretanto, o que se busca na atualidade é totalmente o inverso, que é o uso democrático da informação por todos, como algo que possa ter o sentido de direitos e deveres, de forma igual, indistintamente. Nesse aspecto, no Brasil, vigora na CRFB/1988 um Estado Democrático de Direito, cujos fundamentos, princípios, valores e objetivos confluem para o tratamento justo e igualitário entre as pessoas.

Diante desse contexto formalmente democrático, justo e igualitário estabelecido no sistema jurídico brasileiro, busca-se romper as barreiras que dificultam as pessoas com deficiência de acessar bens, serviços e direitos que lhes são devidos, bem como receber tratamentos e oportunidades iguais em todos os aspectos de suas vidas em relação as pessoas sem deficiências, e protegê-las contra atitudes preconceituosas e capacitistas.

É oportuno apresentar a seguir, a relação entre o direito à informação e o combate as práticas capacitistas nas rotinas diárias das instituições e da sociedade como um instrumento crucial para mitigar discriminações, exclusões e injustiças sofridos por esse grupo de pessoas.

4. O DIREITO À INFORMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE COMBATE ÀS PRÁTICAS CAPACITISTAS

O presente estudo tem ratificado a relevância do direito à informação para o ser humano em sua vida em sociedade, principalmente das pessoas com deficiência em suas relações sociais e luta por direitos. Diante dessas compreen-

32 ARAÚJO, 1991, p.37.

33 FREITAS, 2011, p. 20-21.

sões, considerando que se vive em um Estado Democrático de Direito e em uma sociedade plural/diversificada, esse grupo de sujeitos deveriam estar totalmente livres das práticas do capacitismo.

Atualmente, o Brasil possui um número bastante significativo de pessoas com deficiência, o que também corrobora para justificar a relevância de pesquisas sobre esta temática, e que merece, portanto, a atenção de estudiosos.

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), "cerca de 18,6 milhões de pessoas de 2 anos ou mais de idade do país (ou 8,9% desse grupo etário) tinham algum tipo de deficiência. Os dados são do módulo Pessoas com deficiência, da Pnad Contínua 2022[34].

O percentual de identificação das pessoas com deficiência, por região, segundo o IBGE, contatou-se que:

> Das 18,6 milhões de pessoas com deficiência, mais da metade são mulheres, com 10,7 milhões, o que representa 10% da população feminina com deficiência no País. O Nordeste foi a região com o maior percentual de população com deficiência registrada na pesquisa, com 5,8 milhões, o equivalente a 10,3% do total. Na região Sul, o percentual foi de 8,8%. No Centro-Oeste, 8,6% e, no Norte, 8,4%. A região Sudeste foi a que teve o menor percentual, com 8,2%.
>
> Em relação à cor autodeclarada, o percentual de pessoas com deficiência dentro da população preta foi de 9,5%, enquanto entre pardos, 8,9% e brancos 8,7%[35].

De acordo com esses dados, nota-se que o quantitativo de pessoas com deficiência no país é bastante expressivo, e formada em sua maioria por mulheres e os negros (as). Esse cenário exige a execução de políticas públicas para atender estes sujeitos e suprir suas necessidades e direitos fundamentais. Assim, presume-se oportuna a promulgação de uma lei nessa magnitude, que pudesse amparar esses grupos, como a atual LBI.

A nova lei de inclusão constitui-se como um grande reforço no arcabouço protetivo do sistema jurídico brasileiro para combater as inúmeras práticas discriminatórias e capacitistas contra as pessoas com deficiência. A partir da leitura da LBI, depreende-se que o conteúdo da norma do artigo 4º, §1º define o que é o capacitismo:

> [...] Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas[36].

34 IBGE, 2022.

35 IBGE, 2022.

36 BRASIL, 2015.

Observa-se que a norma revela um conceito bastante amplo, embora genérico, do conceito de capacitismo, que se revela por meio de atitudes hostis, preconceituosas e de rejeições em relação as pessoas com deficiência, cujo intuito é de gerar segregação social, gerar danos e impedir o gozo de seus direitos fundamentais. Nesse sentido, o legislador que elaborou a lei em debate, ao definir o que se enquadra como discriminação pelo fator deficiência, conseguiu estabelecer uma norma de expressiva relevância para favorecer o combate ao capacitismo.

Essa previsão legal já era bastante esperada pelas pessoas com deficiência e por todos aqueles que possuem valores e senso de justiça, e gera a expectativa de fortalecer mais essa luta para mudar o atual quadro discriminatório ainda imanente na sociedade contemporânea. Além desse conceito legal, é importante também a compreensão da doutrina a respeito do capacitismo. Para Sassaki "o capacitismo está focalizado nas supostas 'capacidades das pessoas sem deficiência' como referência para mostrar as supostas 'limitações das pessoas com deficiência"[37]. Segundo Lage, Lunardelli e Kawakami:

> o capacitismo pode ser encarado como uma forma de opressão que define o indivíduo pela crença de que pessoas com deficiências são incapazes de realizar diferentes atividades, uma vez que possuem corpos ou mentes fora do padrão aceito como normal. Refletir acerca disso possibilita a desconstrução dessa concepção tão reducionista e perversa[38].

A partir dessas concepções, infere-se que o capacitismo se enquadra nas velhas práticas de humilhação, segregação e exclusão pelas quais as pessoas com deficiência sofreram as mais variadas represálias desde os tempos mais remotos, e que vem se perpetuando até os dias atuais.

Os capacitistas, ou seja, aqueles que praticam o capacitismo, possuem uma característica em comum, qual seja: subestimam a capacidade das pessoas com deficiência pelo simples fato de que estas não estariam alinhadas ao padrão social adotado. Dessa forma, criam barreiras para que estas pessoas não usufruam de seus direitos fundamentais garantidos na CRFB/88 e em legislações infraconstitucionais como a nova lei de inclusão. Nessa linha, corrobora Mello no sentido de que:

> [...] pode até ser uma categoria insuficiente na língua portuguesa, mas é justamente a capacidade de ser e fazer que é reiteradamente negada às pessoas com deficiência em diversas esferas da vida social. Por isso, para efeitos práticos, proponho a sua adoção nos movimentos sociais, nas produções acadêmicas e em documentos oficiais e políticas públicas[39].

37 SASSAKI, 2014, p. 10.

38 LAGE, LUNARDELLI E KAWAKAMI, 2023, p. 2.

39 MELLO, 2016, p. 3274.

Nessa perspectiva, depreende-se que negar a capacidade das pessoas com deficiência é praticar opressão, capacitismo, o que é inconcebível na contemporaneidade, uma vez que já foi provado e a legislação ratificou que todas as pessoas são capazes, indistintamente, sob a luz do paradigma do modelo biopsicossocial de inclusão adotado pela LBI, que alterou por sua vez, o regime das incapacidades do direito civil brasileiro, uma vez que a única incapacidade absoluta para exercer os atos da vida civil se dá em razão da idade aos menores de 16 anos (artigo 3º, CC/2002)[40].

Em que pese todo esse cenário, o que se percebe é que há um certo descompasso entre o que está previsto na legislação e a realidade prática do que foi estabelecido como direitos e garantias das pessoas com deficiência. Por essa razão, torna-se premente combater essas práticas abusivas, como destaca Mello, com o fortalecimento de movimentos sociais das pessoas com deficiência, e acrescento, até mesmo por pessoas que possuem o senso de justiça, bem com a publicação de trabalhos acadêmicos, adoção de políticas públicas, enfim, de todo o suporte que seja suficiente para respeitar o espaço e acesso das pessoas com deficiência aos seus direitos fundamentais.

Diante de tal concepção, nota-se que nos dias atuais vive-se em uma sociedade bastante egocêntrica e preconceituosa, que muitas vezes até visualiza, mas prefere ignorar auxílio diante do estado de vulnerabilidade de certos grupos de pessoas. Nesse viés Ikeda e Wermuth entendem que "a pessoa mundana se abre para a vulnerabilidade do Outro na medida em que a vulnerabilidade lhe afeta. A vulnerabilidade abre o movimento do Eu ir em direção ao outro"[41], ou seja, não havendo qualquer sensibilização da sociedade em relação as pessoas com deficiência, permanece o estado vulnerável dessas pessoas, dando azo a ações capacitistas.

O capacitista, ou seja, a pessoa que acreditam e definem as pessoas com deficiência como limitadas, praticam o capacitismo na contemporaneidade se revela de diversas maneiras. Um exemplo bastante utilizado pelo senso comum são frases capacitistas, tais como as mencionadas pela Cartilha Combata o Capacitismo, de autoria de conjunta de diversos órgãos públicos integrantes do Governo Federal, vejamos:

40 BRASIL, 2002.

41 IKEDAE WERMUTH, 2024, p. 469-470.

Quadro 1 - Sugestões de termos para substituir expressões capacitistas usadas de forma imprópria

TERMOS IMPRÓPRIOS	TERMOS PRÓPRIOS
Se fazer de surdo	Parece que não ouviu/entendeu
Parece que é cego	Não entendeu ou percebeu algo
Dar uma de João sem braço	Fugir das obrigações
Deu mancada	Faltou com o compromisso
Está muito autista	Está distraída,alheia
Fingir demência	Se fez de desentendido
Sem pernas para isso	Sem condições de executar
Colocar o projeto de pé	Elaborar o projeto
Está mal das pernas	Está com algum problema
Igual a cego em tiroteio	Está perdido
Retardado	Imaturo, brincalhão, com dificuldades de aprendizado, etc.

Fonte: Governo Federal/2024[42] – Adaptado pelo autor.

O trabalho de divulgação destas cartilhas de combate ao capacitismo pelos diversos órgãos do Governo Federal pode e deve ser disseminado por qualquer instituição e pessoas nas redes sociais como um importante recurso do direito à informação e prevenção a estas práticas incorretas e inadequadas de tratar esse segmento social. Nesse propósito informativo, as pessoas com deficiência podem identificar os ataques capacitistas nas linguagens usadas pelas pessoas no cotidiano e denunciar aos órgãos competentes. A sociedade em geral deve ter ciência de que os usos dessas frases oprimem, humilham e excluem essas pessoas da sociedade, e por isso devem ser evitadas, pois caracteriza-se como crime, sujeito a pena das sanções legais.

A LBI, na norma de seu artigo 88 prevê o capacitismo como crime ao dispor que "Art. 88. Praticar, induzir ou incitar discriminação de pessoa em razão de sua deficiência: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa."[43]. Como se pode observar, a nova lei criminalizou as práticas capacitistas, e sujeita o indivíduo capacitista até a prisão pelo prazo mencionado. Assim, percebe-se que o legislador, ao elaborar tal penalidade, visou a tutela das pessoas com deficiência

42 BRASIL, 2024.
43 BRASIL, 2015.

que por muitos séculos tiveram sua dignidade violada sob diversas formas. É importante que a pessoa com deficiência e os capacitistas tenham ciência dessa norma, para inibir essa condutas.

O capacitismo também se manifesta por meio do uso equivocado dos termos nas sinalizações de estacionamentos de locais privados e públicos de diversas cidades brasileiras, que ainda nos dias de hoje constata-se o uso de expressões equivocadas como "Exclusivo Deficiente Físico" ou "Vaga exclusiva para Pessoas com Necessidades Especiais", "Reservado para Deficientes".

Diante dessa constatação ainda presentes nas placas de sinalização, o correto é o uso da expressão "Pessoa com Deficiência" apresentado em 2015 pela LBI, e não estas frases carregadas de discriminações, que são pejorativas e geram inferiorização, desprezo e exclusão social das pessoas com deficiência. A presunção é de que os responsáveis possam não estar tendo o acesso à informação sobre essa mudança na forma de tratar as pessoas com deficiência, ou se estão colocando essas placas com consciência de sua inadequação legal e social, estão incorrendo em crime, sujeitos as devidas sanções.

A questão que interessa é que, independentemente de saber ou não sobre as inadequações no tratamento das pessoas com deficiência, deve-se promover o direito à informação, bem como conscientizar e impor aos responsáveis de realizarem as adequações necessárias nas placas de sinalização de estacionamentos, pois tais mudanças devem ocorrer para não violar os direitos das pessoas com deficiência. Nesse contexto, cabe o direito de informar e de ser informado sobre possíveis implicações que a ausência de atitudes para adequar tais placas pode ensejar.

É oportuno exemplificar ainda, a matéria divulgada pelo fantástico em rede nacional e publicada posteriormente nas mídias sociais do globo play sob o tema "Pessoas com deficiência são vítimas de ataques de ódio nas redes sociais". Na referida matéria, abordou-se sobre a atuação dos "*haters*", que são sujeitos que utilizam a internet para atacar a honra e a integridade de alguém, nesse caso, a prática do capacitismo contra as pessoas com deficiência.

Na referida matéria, esses criminosos proferiram palavras capacitistas bastantes agressivas, com comentários de ódio nas redes sociais tais como "Você tem que morrer. Você é um monstro", "O Pepo é bem retardado né!!!", "Q feioso", "[...] parece um macaco[...]", "Ele é muito feio e estranho", "[...] tem aparência do pior demônio do inferno", "Adoro seus cosplay do corcunda de Notre Dame", "Parece um ET"[44], dentre outras expressões maldosas.

Essas mensagens criminosas, dentre outras, foram perpetradas contra uma criança de três anos com síndrome de down (Pepo), para duas irmãs (La-

44 GLOBO PLAY, 2022.

ryssa e Tamyres Marcondes) que nasceram com uma síndrome rara que afeta os ossos do rosto, e uma mulher que usa cadeira de rodas (Leandrinha Du Art)[45].

Nessa mesma matéria, a Camila, psicóloga que também é pessoa com deficiência (pessoa cega), fala das consequências dessas práticas criminosas na vida das vítimas, tais como "vergonha de existir, crises de ansiedade, depressão, estresse pós-traumático pode ser experimentado a partir desse tipo de violência, isso é da ordem do incalculável"[46].

A respeito dessa reportagem, nota-se que fatos do gênero são mais comuns do que se possa imaginar, pois os *haters* praticam esses crimes talvez pensando que a internet é "terra sem lei", em que prevalece a impunidade. Entretanto, instituições do governo, como a polícia conseguem investigar e identificar os criminosos e ainda, sujeitá-los ao crivo da justiça. Outro ponto favorável dessa matéria é que as divulgações de tais conteúdos contribuem para o combate ao capacitismo, pois é uma das formas de promover o direito à informação às pessoas com deficiência, e para a sociedade como um todo.

Existem ainda, inúmeros exemplos de práticas capacitistas na sociedade atual em muitos ambientes e em muitos aspectos. Assim, trata-se de um problema estrutural culturalmente enraizado na sociedade. Nesse sentido, Schwartsman relembra uma frase de Albert Einstein que dizia "é mais fácil desintegrar um átomo que um preconceito"[47]. Dessa forma, nota-se que há dificuldades para quebrar certos paradigmas da sociedade, a exemplo do capacitismo. Entretanto, há o direito à informação que, aliado a ações conjuntas das instituições públicas e privadas, das famílias, das próprias pessoas com deficiência e da sociedade em geral, podem contribuir de maneira efetiva para mitigar essa chaga social que insiste em desrespeitar os direitos fundamentais desse grupo de pessoas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das análises da literatura e da legislação sobre o tema, compreende-se que o combate ao capacitismo na sociedade contemporânea exige, dentre outros aspectos, a ampliação do debate e da participação de todos os segmentos da sociedade, seja no modo presencial ou via mídias sociais.

Ademais, é necessário maiores investimentos em todos os níveis de ensino na rede escolar brasileira, bem como nas universidades, com foco nas reformulações de projetos pedagógicos de cursos sobre os direitos fundamentais, inclusive o direito à informação das pessoas com deficiência, em uma metodologia interdisciplinar e interseccional, que possa abranger temáticas sobre diversidade, pluralidade, direito à informação, vulnerabilidades, pessoas com

45 GLOBO PLAY, 2022.

46 GLOBO PLAY, 2022.

47 SCHWARTSMAN, HÉLIO. 2007.

deficiência, dentre outros que possam ir de encontro aos padrões discriminatórios da cultura social.

Como resultado, a pesquisa demonstrou que o capacitismo continua uma prática bastante comum na sociedade contemporânea, tanto por meio das relações pessoais presenciais, quanto por meio das redes sociais, como foi exemplificado pelo uso de termos impróprios e de ataques de *haters* por mídias sociais.

Para combater essas condutas, algumas instituições do Governo Federal realizam campanhas nos espaços das mídias sociais por meio da publicação de cartilhas anticapacitistas. Entretanto, ainda é necessária a realização de outras ações, tais como matérias jornalísticas, pesquisas científicas em institutos e universidades, que busquem o debate e a mais ampla e irrestrita publicação, e outras campanhas de conscientização que favoreçam o exercício do direito à informação (de informar e de ser informado) por meio de explicações minuciosas sobre conteúdos discriminatórios contra as pessoas com deficiência, e discutir os seus efeitos negativos na sociedade e na vida das vítimas, e demonstrar que essas atitudes são consideradas crimes, passíveis de penalização aos agentes capacitistas, conforme previsto na nova lei de inclusão.

Assim, desarraigar o capacitismo da estrutura da sociedade não é fácil, pois exige um longo, mas possível, processo de quebra de paradigmas, que está em andamento. Nesse sentido, estimular a adoção de medidas conjuntas (Estado, Família, Sociedade Civil e as próprias pessoas com deficiência) para promover o direito à informação e combater atitudes do gênero é uma necessidade premente e crucial na busca pela efetiva garantia e proteção dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vitor. **A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ARANHA, Maria Salete. Paradigmas da relação da sociedade com as pessoas com deficiência. In: Revista do Ministério Público do Trabalho. Brasília, ano XI, n. 21, 2001, p.168.

ARAÚJO, Vania Maria Rodrigues Hermes de. **Informação: instrumento de dominação e de submissão**. Ciência da Informação, Brasília, v. 20, n. 1, p. 37-44, jan./jun. 1991.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**, atualizada até a emenda constitucional nº 132, de 20 de dezembro de 2023. Disponível em: https://www.planalto. gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc132 .htm#art4>. Acesso em: 3 maio 2024.

BRASIL. Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 4 maio 2024.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência** (Estatuto da Pessoa com Deficiência), 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 10 abr.2024.

BRASIL. Governo Federal. **Cartilha da Campanha Combata o Capacitismo**. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/pessoa-com-deficiencia/acoes-e-programas/campanha-combata-o-capacitismo/1-cartilha_combata_o_capacitismo.pdf. Acesso em 7 nov. 2024.

ENAP, Fundação Escola Nacional de Administração Pública. **O conceito contemporâneo da deficiência e o modelo biopsicossocial**. Disponível em: https:// enap.gov.br /pt/busca?Pagina =82. Acesso em 14 jul.2025.

FOHRMANN, Ana Paula Barbosa; KIEFER, Sandra Filomena Wagner. Modelo social de abordagem dos direitos humanos das pessoas com deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra (Org.). Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 69.

FREITAS, Ives Faiad. **Efetividade do direito à informação nas políticas e programas de prevenção a acidentes de trabalho no meio ambiente laboral da construção civil em Macapá (AP)**. Dissertação (mestrado). Universidade Federal do Amapá, 2011.

GALINDO, Bruno. **O direito antidiscriminatório entre a forma e a substância: igualdade material e proteção de grupos vulneráveis pelo reconhecimento da diferença**. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). Direito à Diversidade. São Paulo: Atlas, 2015, p.44.

GONSALVES, Elisa Pereira (2003). Conversas sobre iniciação à pesquisa científica. Campinas, SP: Alínea, 3ª ed.

GLOBO PLAY. **Pessoas com deficiência são vítimas de ataques de ódio nas redes sociais**. 6 fev.2022. Disponível em: https://globoplay.globo.com/v/10276427/. Acesso em 11 nov.2024.

IBGE. **Pessoas com deficiência tem menor acesso à educação, ao trabalho e à renda**. Rio de Janeiro: Agência IBGE notícias, 2023. Disponível em: https:// agenciade noticias.ibge.gov. br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/37317-pessoas-com-deficiencia-tem-menor-acesso-a-educacao-ao-trabalho-e-a-renda #:~:text=Cerca%20de% 2018% 2C6%20mi lh% C3%B5es,anos% 20ou%20mais% 20de%20idade. Acesso em: 7 maio 2024.

IGNARRA, Carolina; SAGA, BILLY. **Manual anti capacitista: o que você precisa saber para se tornar uma pessoa aliada contra o capacitismo**. 1. Ed. – São Paulo: Editora Jandaíra,2023.

IKEDA, Walter Lucas; WERMUTH Maiquel Ângelo Dezordi. **PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO SISTEMA NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO DO BRASIL: ACESSIBILIDADE E ALTERIDADE NA CONSTRUÇÃO DE UMA PEDAGOGIA DO ACOLHIMENTO**. Revista da Faculdade de Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 85, pp. 459-477, jul./dez. 2024. Disponível em:https:// revista.direito.ufmg.br/ index.php/ revista/ article/view/2746. Acesso em: 12 nov.2024. p. 469-470

LACERDA, Bruno Torquato Zampier; PIRES, Andrea Lucena de Souza. A (Des) Proteção do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *In:* LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna (orgs.). **Autonomia e vulnerabilidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 92-104.

LAGE, Sandra Regina Moitinho; LUNARDELLI, Rosane Suely Alvares; KAWAKAMI, Tatiana Tisa. **O Capacitismo e suas formas de opressão nas ações do dia a dia**. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/eb/article/view/93040/53986. Acesso em 11 nov.2024.

MELLO, Anahi Guedes de. **Deficiência, incapacidade e vulnerabilidade: do capacitismo ou a preeminência capacitista e biomédica do Comitê de Ética em Pesquisa da UFSC**. Ciência & Saúde Coletiva [online]. Rio de Janeiro,v.21, n.10, p.3265-3276, out. 2016.Disponívelem: https://doi.org/10.1590/1413-812320152110.07792016. Acesso em: 9 nov.2024.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha Monteiro. Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito. 9ª ed., São Paulo: Saraivajur,2023.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS E DA CIDADANIA. **Relatório final do grupo de trabalho sobre a avaliação biopsicossocial unificada da deficiência**. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/pessoa-com-deficiencia/ publicacoes/ relatorio-final-gt-avaliacao-biopsicossocial--de-2024/relatorio_final_gt_avaliacao_-biopsicos social_unificada.pdf. Acesso em: 11 jul.2025.

MIRAGEM, Bruno. **Direito à diferença e autonomia: proteção da diversidade no direito privado em relação ao exercício individual das liberdades sexual e religiosa**. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE,Glauber Salomão (Coord.). Direito à Diversidade. São Paulo: Atlas, 2015, p.68.

PALACIOS, Augustina. **El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmacións em la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**.Cermi. Madrid: Cinca, 2008, p.37.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Por Falar em Classificação de Deficiências**. Revista Brasileira de Tradução Visual. América do Norte. Ano 3. v.12 n.12.out./dez2012 (não paginado,[1]). Disponível em: http://www.rbtv.associadosdainclusao.com.br/ index.php/principal/article /view/157/265. Acesso em 10 nov.2024.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Capacitismo, incapacitismo e deficientismo na contramão da inclusão**. Reação: Revista Nacional de Reabilitação, São Paulo, v. 96, n. 7, p. 10-12, jan./fev. 2014. Disponível em: https://revistareacao.com.br/wp-content/uploads/2018/05/ED96.pdf. Acesso em: 10 nov. 2024.

SCHWARTSMAN, HÉLIO. 2007. **Força dos Estereótipos. Quebrar um preconceito é tão difícil quanto fragmentar um átomo**. Folha de S. Paulo especial. São Paulo, domingo, 06 de maio de 2007. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/fsp/especial/fj0605200713.htm. Acesso em 11 nov.2024.

Recebido em: 12/11/2024

Aprovado em: 21/07/2025

DOI: 10.12818/P.0304-2340.2025v87p147

TRIBUNAL DO JÚRI: TRÊS PROBLEMAS EMPÍRICOS À LUZ DAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICA E INFORMACIONAL

JURY COURT: THREE EMPIRICAL PROBLEMS IN THE LIGHT OF DEMOCRATIC AND INFORMATIONAL SOCIETIES

Heraldo Elias Montarroyos[*]

RESUMO

Defende-se nesse artigo a continuação do Tribunal do Júri como instrumento de representação do Povo no Poder Judiciário desde que sejam resolvidos três problemas práticos: a cegueira antidemocrática do sorteio, a incompletude da informação processual e o desconhecimento do saber jurídico dos jurados. O sorteio cego nega a representatividade e a rotatividade da pluralidade social; a incompletude da informação processual impõe sobre o olho do jurado o véu da ignorância com a expectativa de garantir a confidencialidade do processo e a neutralidade do julgamento, imitando o visual da Deusa da Justiça; o desconhecimento do saber jurídico do jurado por sua vez facilita a infiltração de vários mitos populares que prejudicam a legitimidade e a modernidade do julgamento. Considerando esse diagnóstico crítico o objetivo específico desse artigo é propor duas estratégias corretivas que visam pluralizar a composição do Tribunal do Júri e otimizar a informação jurídica dos jurados. A expectativa desse artigo é aperfeiçoar a prática do Tribunal do Júri à luz das Sociedades Democrática e Informacional.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal do Júri. Sociedade Informacional. Sociedade Democrática. Sorteio cego dos jurados. Expectativas constitucionais. Mito da ignorância processual.

ABSTRACT

This article defends the continuation of the Jury Court as an instrument of representation of the People in the Judiciary as long as three practical problems are resolved: the undemocratic blindness of the draw, the incompleteness of procedural information and the lack of knowledge of the jurors' legal knowledge. The blind draw denies the representativeness and turnover of social plurality; the incompleteness of the procedural information imposes a veil of ignorance on the juror's eyes with the expectation of guaranteeing the confidentiality of the process and the neutrality of the trial, imitating the look of the Goddess of Justice; The juror's lack of knowledge of legal knowledge in turn facilitates the infiltration of various popular myths that undermine the legitimacy and modernity of the trial. Considering this critical diagnosis, the specific objective of this article is to propose two corrective strategies that aim to pluralize the composition of the Jury Court and optimize the jurors' legal information. The aim of this article is to improve the practice of the Jury Court in the light of Democratic and Informational Societies.

KEYWORDS: *Jury Court. Information Society. Democratic Society. Blind draw of jurors. Constitutional expectations. Myth of procedural ignorance.*

INTRODUÇÃO

O objetivo geral desse artigo é diagnosticar a prática do Tribunal do Júri usando alguns parâmetros críticos das Sociedades Democrática e Informacional tendo em vista avaliar a gravidade da incompletude da informação processual,

* Doutor em Filosofia (USP, 2006). Professor da Universidade do Sul e Sudeste Do Pará (UNIFESSPA). *E-mail:* elias@unifesspa.edu.br
ORCID: .https://orcid.org/0000-0001-5716-3781.

do desconhecimento do saber jurídico e da falta de pluralidade social na composição do Conselho de Sentença. O objetivo específico desse artigo é propor duas medidas corretivas que intencionam garantir a otimização intelectual do jurado, a completude das informações do processo judicial, a democratização do saber jurídico, e a representação da Sociedade Civil no Tribunal do Júri. Para realizar os objetivos propostos será utilizada uma técnica comparativa que confronta os ideais das Sociedades Democrática e Informacional com a realidade do Tribunal do Júri. O resultado desse duplo confronto metodológico deverá demonstrar adiante se a realidade do Tribunal está perto ou longe dessas duas sociedades ideais. Em seguida, será aplicada uma técnica hermenêutica (de minha autoria) que declara que o *Direito é espelho e resposta social* e nessa perspectiva orienta a correspondência lógica dos ideais da Sociedade Democrática e Informacional com a prática do Tribunal do Júri. O resultado dessa técnica deverá compor as duas medidas desse artigo que pretendem corrigir os problemas elencados inicialmente.

Sobre a *incompletude da informação processual* o criminalista Ferri no século XIX já explicou que o jurado foi concebido pelo Direito Penal para não evoluir tecnicamente, pois interessa no Conselho de Sentença apenas a emoção e a moralidade do Povo. Ferri[1] avaliou que "a História e a Sociedade demonstram que o Jurado é um verdadeiro retrocesso [...]; representa no desenvolvimento da justiça penal uma fase bastante afastada da maturidade e da perfeição". Na opinião do mesmo autor a dogmática jurídica produziu uma criatura irracional, desinformada e desconhecedora do Direito. Especificamente na Sociedade Positivista esses três defeitos confirmam que "o jurado não satisfaz as condições indispensáveis de toda a instituição judicial: de tal sorte que para fazer passar nossas induções científicas à prática é preciso abolir o jurado a respeito dos delitos ordinários"[2].

Sobre o *desconhecimento do saber jurídico* Ferri entendeu que esse costume judiciário não favorecia o progresso da Sociedade Positivista que depende ontologicamente do princípio da racionalidade tecno-científica. O mesmo crítico admitiu que o jurado sabia identificar o aspecto individualista e impressionista do crime, mas não possuía competência ou formação intelectual para entender as causas do delito, o impacto social da pena e outras questões técnicas relevantes; portanto, os julgamentos realizados nessas condições produziriam sempre resultados irracionais.

Outro problema do Tribunal do Júri é o *sorteio cego* dos jurados que não adota nenhum critério absorvente da diversidade social e consequentemente compromete a legitimidade democrática do Conselho de Sentença. Informação

1 2006, p. 313.

2 FERRI, 2006, p. 314.

relevante sobre essa prática judiciária - não comentada pelos Juristas em seus *blogs* e artigos científicos atualmente - é o fato de que a Lei vigente do Tribunal do Júri estabelece *oito camadas ou setores da Sociedade Civil* com representantes: 1- das autoridades locais; 2- das associações de classe e de bairro; 3- das entidades associativas e culturais; 4- das instituições de ensino em geral; 5- das universidades; 6- dos sindicatos; 7- das repartições públicas; 8- e de outros núcleos comunitários. Entretanto, na contramão do que prevê a Lei, o *sorteio cego* dos alistados, suplentes e titulares desenha um quadro antidemocrático que não representa as camadas ou setores da Sociedade Civil anteriormente listados.

O *sorteio cego* projeta um quadro elitista no Tribunal do Júri, pois a maioria dos jurados é composta tradicionalmente por funcionários públicos que se destacam, talvez, pela sua quantidade populacional, enquanto o titular sorteado como jurado em duas ou mais sessões seguidas personaliza a cadeira do Conselho de Sentença quando bem poderia ser feita a rotatividade cívica necessária, incluindo-se outros cidadãos alistados.

A proposta desse artigo pretende, portanto, evitar a *personalização* do Tribunal do Júri (que acontece com a repetição do modo de pensar do mesmo jurado quando participa em duas ou mais sessões de julgamento consecutivas). Esse artigo também critica a *elitização* do Conselho de Sentença quando fica restrita a uma *camada social* específica: a do funcionário público. Esses dois problemas institucionais são antigos e já foram observados numa pesquisa empírica do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro[3] que se manifestou da seguinte forma:

> Nos últimos anos, o Júri vem recebendo duras críticas, principalmente através dos órgãos de comunicação. Acusações como as de que "os funcionários públicos são maioria nos Júris", ou de "faltar povo entre os escolhidos" têm sido estampadas em páginas de jornais de grande circulação após cada decisão polêmica envolvendo crimes de grande repercussão.

2. DELIMITAÇÃO TEÓRICA

Na Sociedade Informacional as pessoas têm necessidade progressiva de serem bem-informadas através dos *sites*, das redes sociais, dos livros, das faculdades, dos jornais etc., exercendo o seu direito democrático de ter acesso a dados, informações, conhecimentos e conteúdos diversos que atendem à demanda livre do sujeito.

Saber produzir e gerenciar informações; saber usar tecnologias modernas; e saber aplicar o conhecimento são expectativas básicas da Sociedade Informacional preocupada com a Cidadania e a Democracia.

3 2009, p. 3.

Nesse modelo de Sociedade "o uso da informação é a peça-chave para que um cidadão possa se tornar um agente ativo [...]". "No caso do Brasil, o uso da informação deve estar atrelado à melhoria da qualidade educacional e aumento da alfabetização da população"[4].

O ordenamento jurídico brasileiro responde positivamente à Sociedade Informacional com a Lei 12.527, de 2011, ao considerar que o acesso à informação é um direito fundamental e democrático. O artigo 7 dessa Lei estabelece também que o acesso à informação compreende os direitos de obter:

> I-orientação sobre os procedimentos para a consecução de acesso, bem como sobre o local onde poderá ser encontrada ou obtida a informação almejada; II - informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos; III - informação produzida ou custodiada por pessoa física ou entidade privada decorrente de qualquer vínculo com seus órgãos ou entidades, mesmo que esse vínculo já tenha cessado; IV - informação primária, íntegra, autêntica e atualizada; V - informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços; VI - informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos.

A mesma Lei no artigo 5 declara que "é dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, franqueada mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão". Em seguida, o artigo 6 informa que "cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar":

> I- a gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação; II- a proteção da informação, garantindo-se sua disponibilidade, autenticidade e integridade; e III- a proteção da informação sigilosa e da informação pessoal, observada a sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso.

No Poder Judiciário algumas iniciativas atuais atendem às expectativas da Sociedade Informacional e Democrática, especialmente o processo judicial eletrônico; o *visual law*; e o *legal design*.

> O processo judicial eletrônico, trazido ao ordenamento jurídico em 19.12.2006 pela Lei 11.419, permite que, em poucas horas, os documentos protocolados estejam à disposição do juiz e, na via inversa, que as decisões prolatadas pelo magistrado sejam acessadas pelos advogados ou pelas próprias partes minutos depois. Promove-se com isso um procedimento mais barato, ágil e acessível, o que teoricamente deve interessar a todos que integram o tripé processual, qual seja, parte autora, parte ré e magistrado[5].
>
> O *Visual Law* é um campo do *Legal Design* que usa os elementos visuais para alterar o Direito, convertendo o mais claro e perceptível. O que se busca,

4 SANTOS & CARVALHO, 2009, p. 51; 52.

5 SALDANHA & MEDEIROS, 2020, p. 36.

> então, é converter a comunicação jurídica em algo que qualquer indivíduo seja capaz de compreender[6]. A definição do termo [*Legal Design*] é importante porque o conceito de um produto envolve não apenas seu *design*, mas também sua função. Dito isto, o *design* não é apenas esteticamente, mas também funcionalmente. [...] é a aplicação dos conceitos de *design* centrado em pessoas para tornar os serviços jurídicos mais humanos, utilizáveis e satisfatórios[7].

De acordo com o analista Castells[8] "conhecimento é um conjunto de declarações organizadas sobre fatos ou ideias, apresentando um julgamento ponderado ou resultado experimental que é transmitido aos outros por intermédio de algum meio de comunicação, de alguma forma sistemática"; ao lado do conhecimento, a informação deverá reunir "dados que foram organizados e comunicados"[9]. Para o mesmo autor citado o termo informacional "indica o atributo de uma forma específica de organização social em que a geração, o processamento e a transmissão da informação tornam-se as fontes fundamentais de produtividade e poder"[10].

A Sociedade Informacional traz, portanto, um "novo formato de organização social, a chamada *sociedade em rede*, baseada no paradigma econômico-tecnológico da informação" onde existem "novas práticas sociais" e "novas alterações da própria vivência do espaço e do tempo" (conforme escreveu o prefácio de Fernando Henrique Cardoso[11]).

Ao lado da Sociedade Informacional contribui extraordinariamente a teoria da Sociedade Democrática enfatizando a participação direta e representativa do Povo no poder. Nesse contexto é fundamental a inclusão de diferentes setores da Sociedade Civil com o intuito de garantir a legitimidade universal dos processos decisórios.

Dahl (1997) explicou que a poliarquia ou democracia é um regime amplamente aberto à contestação pública (onde se inclui a competição progressiva) e ao mesmo tempo fortemente inclusivo (onde se encontram indivíduos, grupos e organizações de classes e partidos dentro e fora do governo).

Bobbio[12] acrescenta que a Democracia é "um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados"[13].

6 GONZAGA, 2022, p. 10.
7 GONZAGA, 2022, p. 7.
8 2002, p. 64.
9 CASTELLS, 2002, p. 64.
10 CASTELLS, 2002, p. 65.
11 2002, p. 37.
12 2000, p. 20.
13 FACHIN; SILVA; FACHIN, 2019, p. 333.

3. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Na construção do diagnóstico institucional desse artigo será utilizada uma *técnica comparativa* que confronta o ideal das Sociedades Democrática e Informacional com a realidade do Tribunal do Júri. Esse procedimento permite avaliar se a realidade dos dados obtidos está perto ou longe da excelência social.

Segundo Weber, a confrontação do tipo ideal é "um procedimento metodológico utilizado como forma de garantir qualificação cientifica às ciências histórico-sociais, em especial a Sociologia. Esse instrumento orienta a investigação e a ação do ator funcionando como espécie de parâmetro"[14].

Em seguida, na construção das medidas corretivas será aplicada outra técnica (de minha autoria) que declara que o *Direito é espelho e resposta social* e desse modo entende que as Leis não existem no vazio e que elas respondem, ou não, às expectativas da Sociedade.

A meta dessa técnica hermenêutica é desenvolver a correspondência lógica entre a prática do Tribunal do Júri e o ideal da Sociedade Democrático-Informacional compondo duas ações corretivas prometidas inicialmente.

4. PESQUISA BIBLIOGRÁFICA

As publicações sobre o Tribunal do Júri encontradas na *internet* podem ser agrupadas em três categorias sobressalentes: 1- *opinião dos especialistas*; 2- *expectativas constitucionais*; e 3- *incompletude da informação processual*.

No quesito *opinião dos especialistas*, Sirilo[15] afirmou "as decisões soberanas do Tribunal do Júri realçam o fato de que a essência do ato de decidir exige uma prévia cognição e compreensão da complexidade jurídica encontrada".

Para a mesma autora "é necessário que os jurados não somente julguem o que entenderam a partir as narrativas dos agentes judiciários, mas também tenham acesso às provas, o que exige um mínimo de conhecimento técnico"[16].

A chamada falibilidade dos jurados "ancora-se, portanto, na falta de conhecimento técnico-jurídico por parte dos juízes leigos, que em meio a erros ou enganos [...] chegam a pôr em risco a credibilidade e segurança dessa instituição"[17].

Silva[18] ressaltou por sua vez "que o jurado deveria acompanhar o processo judicial desde o início". Mas reconheceu que mesmo sendo garantido o

14 FREIRE; CARVALHO; BELO, 2019, s.p.
15 2018, s.p.
16 SIRILO, 2019, s.p.
17 SIRILO, 2019, s.p
18 2007, s.p.

contato pleno com a peça processual o jurado leigo não conseguiria entender o mínimo do conteúdo acessado. O fundamental na opinião do mesmo analista é que "não é preciso ser técnico, mas ter alguma noção" do assunto tratado no julgamento.

Reforçando essa última opinião:

> Em sua grande maioria os jurados carecem de conhecimentos legal e dogmático mínimos para a realização dos diversos juízos axiológicos que envolvem a análise penal e processual aplicável ao caso *sub judice*, aliás, sequer conhecem os princípios constitucionais que regem à instituição a qual pertencem, tampouco têm razoável conhecimento da valoração da prova colhida em sua ausência, quando da primeira fase (fase da formação de culpa, perante o juiz singular, e que culmina com ato decisório correntemente denominado de pronúncia), embora em plenário possa se produzir alguma prova, o que a prática demonstra ser raríssimo[19].

Diferentemente das opiniões anteriores, Cachone Junior[20] argumentou que "o jurado não precisa se basear, nem se fundamentar, em prova ou argumento algum. Basta sua livre convicção, seu senso subjetivo, e sua consciência para que a decisão seja tomada em um ou outro sentido". Na realidade, "os jurados decidem amparados pela sua livre convicção e fazem juramento prometendo decidir de acordo com a sua própria consciência"[21].

No quesito *expectativas constitucionais* repete-se a crença de que a Cidadania e a Sociedade Civil irão controlar as decisões do Conselho de Sentença. Os analistas reforçam que o Júri é um dos pilares da Democracia. A maioria das publicações e comentários da *internet* adicionam a ideia de que o Tribunal do Júri representa um direito fundamental de participação do Cidadão, baseado no artigo 5, inciso XXXVIII, orientado inicialmente pelos princípios: a) da plenitude de defesa; b) do sigilo das votações; c) da soberania dos veredictos; d) e da competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

No quesito *incompletude da informação processual* Tucci & Oliveira (1999) destacaram que "o Tribunal do Júri chega a ser a negação da Justiça por se entregar aos leigos a difícil e complexa arte de julgar, em conformidade com a ciência da Lei e com a técnica de sua ajustada aplicação aos fatos concretos"[22].

Interessante notar nesse quesito que o *site* do Tribunal de Justiça do Paraná assegura que "os jurados sorteados recebem cópia de um relatório do processo e das decisões mais importantes já prolatadas".

19 SILVA, 2007, s.p.

20 2020, s.p.

21 CACHONE JUNIOR, 2020, s.p.

22 TUCCI; OLIVEIRA, 1999 *apud* BAYER, 2013, s.p.

Entretanto, Mandarino[23] alertou que "diante da deficiência técnica dos jurados e da ausência de necessidade de fundamentação dos vereditos, a eloquência argumentativa é determinante no convencimento dos jurados sobre a culpabilidade do acusado"; além disso, "o processo penal é [...] documental; racional-formal; e [contém] manifestação das partes e atos processuais feitos de maneira escrita".

Não bastando tudo isso, predomina a oralidade do processo que deverá ser compreendido imediatamente pelos jurados sem nenhum preparo prévio para assimilar o raciocínio e a fala de advogados e promotores.

Outro ponto crítico do Tribunal do Júri é que "a linguagem jurídica, em razão do revestimento técnico das palavras [...] pode provocar equívocos. Uma mesma palavra [ou] termo pode assumir significados diferentes para os jurados"[24].

Outro aspecto problemático nessa discussão é que as decisões dos jurados "não precisam ser fundamentadas, podendo se atentarem mais às frases de efeitos, aos pequenos enlaces e desenlaces de discussões atravessadas no meio do debate"[25].

Além disso, o advogado do réu "terá sempre dificuldade de explicar tecnicamente alguns termos jurídicos; o que produzirá barreiras à compreensão dos juízes leigos"[26].

5 DISCUSSÃO

O *mito da democracia judiciária* e o *mito da cegueira ou da incompletude processual do jurado* elogiados pelas publicações jurídicas desaparecem supreendentemente com a prática do Tribunal do Júri.

O mito é uma narrativa sobre ideias, sentimentos e valores (e não sobre fatos históricos) dotada de uma estrutura comunicacional própria em cada cultura que é repassada entre gerações devido à sua importância na rememoração da identidade social da comunidade.

Segundo Eliade[27]:

> O mito, quando estudado ao vivo, não é uma explicação destinada a satisfazer uma curiosidade científica, mas uma narrativa que faz reviver uma realidade primeva, que satisfaz a profundas necessidades religiosas, aspirações morais, a pressões e a imperativos de ordem social, e mesmo a exigências práticas. Nas civilizações primitivas, o mito desempenha uma função indispensável: ele exprime, enaltece e codifica a crença; salvaguarda e impõe os princípios morais; garante a eficácia do ritual e oferece regras práticas para a orientação

23 2024, p. 1010; 1012.
24 MANDARINO, 2024, p. 1018.
25 MANDARINO, 2024, p. 1020.
26 MANDARINO, 2024, p. 1020.
27 1972, p. 19.

> do homem. O mito, portanto, é um ingrediente vital da civilização humana; longe de ser uma fabulação vã, ele é ao contrário uma realidade viva, à qual se recorre incessantemente; não é absolutamente uma teoria abstrata ou uma fantasia artística, mas uma verdadeira codificação da religião primitiva e da sabedoria prática.

O *mito da democracia judiciária* acredita que a participação do Povo contribui substancialmente na produção da Justiça porque o jurado sabe diferenciar o certo do errado. Ao mesmo tempo, o Povo no Conselho de Sentença seria um freio político contra o risco da *tirania judiciária*.

Entretanto, na prática do Tribunal do Júri o que se constata *in loco* é que o *mito da democracia judiciária* desaparece completamente devido ao *sorteio cego* dos titulares, suplentes e jurados.

Além do mais, o sorteio nas condições atuais promove a *elitização* da Cidadania, impedindo a participação de centenas de outros cidadãos disponíveis no banco de dados do Poder Judiciário, pois geralmente mantém-se a participação de um único grupo de cidadãos sorteados para atuarem em diversas sessões.

O resultado adverso dessas duas situações cria uma paisagem *individualista-elitista* no Tribunal, embora a Lei de 2008 determine na fase do alistamento dos cidadãos uma paisagem *pluralista ou socialista* com a representação da Sociedade Civil organizada.

Não se verifica destarte a *cidadania judiciária* quando os nomes dos 25 titulares são os mesmos levados a todos os sorteios da temporada semestral; nesse sentido, é comum o mesmo jurado participar em duas ou mais sessões seguidas, a depender do resultado aleatório do sorteio que repete o seu nome por acaso.

Agravando esse quadro elitista, o sorteio dos titulares, suplentes e jurados segue o antigo critério da idoneidade moral dos cidadãos e não o critério da representatividade social exigido pela Lei de 2008.

O *mito da ignorância ou da incompletude da informação processual* acredita, por sua vez, que os jurados são neutros, livres de exigências burocráticas e imparciais porque nada sabem a respeito da acusação e da defesa. Quanto mais leigo ou ignorante for o jurado na área jurídica a condição do julgamento será a melhor possível devido à predominância dos valores éticos e humanos da comunidade.

Entretanto, na prática do Tribunal do Júri esse mito judiciário não tem efetividade positiva porque ele próprio facilita, adiante, a infiltração de vários mitos caóticos da cultura popular que prejudicam a qualidade e a modernidade do julgamento devido notadamente à inexistência de qualquer treinamento técnico do jurado oferecido pelo Poder Público.

O *mito popular da legítima defesa da honra*, por exemplo, afirma que o assassinato da mulher que traiu o marido ou amante atenua a gravidade do crime. Contra esse mito arcaico o Supremo Tribunal Federal (STF) recentemente

declarou que é inconstitucional o uso da tese da *legítima defesa da honra* em crimes de feminicídio ou de agressão contra mulheres. A ministra Carmen Lúcia por exemplo manifestou a opinião de que essa tese é mais do que uma questão jurídica: é uma questão de humanidade. "A sociedade ainda hoje é machista, sexista, misógina, e mata mulheres apenas porque elas querem ser donas de suas vidas". No mesmo sentido, a ministra Rosa Weber destacou que "numa sociedade democrática, livre, justa e solidária [...] não há espaço para a restauração dos costumes medievais e desumanos do passado [...]"[28].

Outro mito popular é o *mito do homicídio sem cor*. Na contramão desse mito, a Mídia tem revelado recentemente que o homicídio é maior entre pessoas pretas e pardas no Brasil. Em 2021, por exemplo, o homicídio liderou o *ranking* de mortes violentas, segundo dados do relatório *Atlas da Violência*, divulgado em dezembro de 2023. Nesse relatório consta que das 77.847 vítimas mortas, 36.922 eram pessoas pretas[29].

O *mito da eficácia da pena* também faz parte da bagagem cultural do Povo. Essa crença orienta subjetivamente os jurados a condenarem o réu acreditando-se que a pena será executada integralmente e que o resultado do castigo vai devolver à Sociedade um ex-apenado transformado espiritualmente. Nesse imaginário iluminista a ressocialização é importante para ensinar o apenado a conviver bem com a Sociedade, futuramente.

O *mito popular do livre-arbítrio* também orienta a decisão de muitos jurados. Trata-se de uma herança da Criminologia Clássica do século XVIII que afirma que a pessoa tem livre-arbítrio para escolher a prática delituosa, conscientemente. Entretanto, no julgamento do crime de infanticídio o livre-arbítrio não esclarece muita coisa. O infanticídio é um crime determinado por fatores biológicos, principalmente endocrinológicos, e até certo ponto não resulta do livre-arbítrio da mãe. O estado puerperal é o período de readaptação do corpo da mulher após o nascimento do bebê. Porém, esse breve período pode manifestar diversas alterações físicas e psicológicas graves, gerando uma enorme variação hormonal e de humor na mãe, acompanhada de uma forte depressão pós-parto. Nesse episódio clínico o jurado precisa ter conhecimento de vários detalhes técnicos a respeito da vida e morte do recém-nascido; por exemplo: precisa saber se o crime foi praticado pouco tempo depois do nascimento do bebê, e se a mãe procurou horas depois ocultar o cadáver, além de outros aspectos periciais.

Geralmente, o sentimento popular dos jurados varia entre a compaixão e a repulsa. E nesse último caso, pode ocorrer a desclassificação técnica do delito de infanticídio quando os jurados entendem que se trata acima de tudo de um homicídio, porque provocou a morte de uma pessoa indefesa.

28 ANGELO, 2023, s.p.

29 PODER360: notícia.

Diante do exposto, o *diagnóstico institucional* desse artigo avalia que a realidade do Tribunal do Júri segue um sentido contrário das expectativas das Sociedades Democrática e Informacional e até mesmo da Constituição e da Lei, porque o *sorteio cego* impede a pluralidade social e a rotatividade do Tribunal, enquanto a ignorância processual e o desconhecimento do saber jurídico do jurado impedem igualmente o exercício da democracia informacional dentro do Judiciário.

Considerando esse diagnóstico esse artigo propõe duas medidas corretivas.

A primeira medida propõe qualificar o jurado, oferecendo-lhe um minicurso temático dentro de um projeto de extensão conjunto entre acadêmicos de Direito e Poder Judiciário. Em favor dessa proposta verifica-se normalmente nas Faculdades de Direito o *Tribunal do Júri Simulado* que poderia agora incluir titulares, suplentes, potenciais jurados, e voluntários interessados em participar nos futuros julgamentos. Esse minicurso precisaria esclarecer questões básicas, dentre elas, o que é o Tribunal do Júri; o processo judicial; o Direito Penal; o inquérito; a causa do crime; a sentença; as fases do julgamento; a Justiça etc. Seria gratuito e aberto para todos os públicos e poderia expedir certificado com carga horária de atividade extensionista. Ao mesmo tempo seria oportuno organizar uma exposição didática e permanente de painéis ilustrados visando a difusão dos direitos e deveres do jurado com a utilização de recursos tecnológicos e didáticos interativos e atraentes. A exposição de painéis e palestras com visitas guiadas etc. também poderia acontecer por meio de um aplicativo especial criado pelo Poder Judiciário, onde seria possível oferecer um curso *online* gratuito sobre o Tribunal do Júri, incluindo avaliação de conteúdo e expedição de certificado digital, a exemplo dos cursos online gratuitos da Fundação Getúlio Vargas.

A segunda medida corretiva desse artigo propõe a instituição de uma nova metodologia de sorteio que tenha capacidade de garantir a representatividade e a rotatividade do pluralismo social e da cidadania no Conselho de Sentença. Essa proposta daria continuidade ao que determina a Lei do Tribunal do Júri, de 2008, que espera a participação do pluralismo social da Sociedade Civil.

O novo tipo de sorteio deveria, portanto, usar oito caixas da Sociedade Civil onde ficariam os nomes dos representantes sociais. Oportunamente, com a mudança do sorteio seriam repensados, inevitavelmente, os *mitos judiciários da idoneidade moral e da imparidade do Tribunal do Júri.*

Afinal, o empate técnico das opiniões de oito representantes da Sociedade Civil não seria capaz de garantir uma Justiça autêntica? E quando faltam provas; e os argumentos dos advogados são descabidos e confusos; ou quando existem dúvidas sobre a autoria do crime etc. a eventual paridade numérica da opinião dos jurados não seria uma alternativa progressista, demandando nesse caso a utilização do princípio *in dubio pro réu* ao lado da *plenitude de defesa*;

do *sigilo das votações*; da *soberania dos veredictos*; e da *competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida?* Além disso, o novo sorteio pluralista poderia barrar a elitização do Tribunal do Júri que tradicionalmente faz o mesmo cidadão, geralmente funcionário público trabalhar em duas ou mais sessões seguidas na mesma temporada anual ou semestral. A proposta corretiva desse artigo sugere, portanto, cumprir a Lei, ou seja, dar visibilidade e oportunidade de participação a centenas de cidadãos alistados no Tribunal que representam a Sociedade Civil. Oportunamente, lembra o artigo 425 da Lei de 2008 que "anualmente, serão alistados de 800 a 1.500 jurados nas comarcas de mais de 1 milhão de habitantes; de 300 a 700 jurados nas comarcas de mais de cem mil habitantes e de 80 a 400 de jurados nas comarcas de menor população".

CONSIDERAÇÕES FINAIS: O VELHO E O NOVO CRITÉRIO DE ESCOLHA DOS JURADOS

O *sorteio cego* dos titulares e dos suplentes do Tribunal do Júri é ***contra legem*** porque a Lei de 2008 derrogou esse antigo critério do Código de Processo Penal de 1941 que estabelecia que o alistamento dos jurados maiores de 18 anos seguiria o critério da *notória idoneidade moral*.

Sobre esse critério tradicional os juristas acusam que se trata de uma ficção judiciária porque:

> A apuração da notória idoneidade (aptidão manifesta ou competência publicamente reconhecida) não deixa de ser, na prática e como regra, uma utopia. Especialmente em grandes centros urbanos, torna-se humanamente impossível que o juiz atuante no Tribunal do Júri, necessitando do alistamento de inúmeros jurados, consiga ter conhecimento pessoal suficiente de cada um dos que forem chamados. (…) A única cautela que se exige é a checagem do nome do jurado junto aos órgãos competentes, ao menos para se apurar se não possui antecedentes criminais[30].

A Lei do Tribunal do Júri de 2008 no artigo 425, parágrafo 2, declara que os cidadãos serão sorteados pelo critério da representação de oitos camadas ou setores da Sociedade Civil.

Consequentemente, a expectativa da Lei é que seja efetuado um sorteio que valorize a *diversidade social* dos cidadãos do começo ao fim da convocatória. Por isso deveriam existir 8 caixas de sorteios dos jurados; e não uma.

Ainda vigora a crença de que os alistados e convocados são moralmente iguais. Esse fato dificulta o progresso da diversidade social pois não se efetua o sorteio dos jurados que deveriam representar: 1- autoridades locais; 2- associações de classe e de bairro; 3- entidades associativas e culturais; 4- instituições de ensino em geral; 5- universidades; 6- sindicatos; 7- repartições públicas; 8- e outros núcleos comunitários.

30 NUCCI, 2015, p. 157 *apud* FAUCZ; AQUIM; SAMPAIO, 2021, s.p.

Ao lado do sorteio moral, emerge recentemente um novo critério ***contra legem***, que apesar de acrescentar um importante segmento social no Tribunal do Júri, infelizmente não favorece a plenitude da Lei vigente.

Advogados e promotores vêm estabelecendo uma nova camada ou segmento social, o gênero, por força do feminicídio, que se aplica na ocasião em que se pode concordar ou discordar dos nomes sorteados ao Conselho de Sentença.

No mês de novembro de 2025, no município de Marabá, Pará, por exemplo, o julgamento do assassinato de uma jovem envolveu 5 juradas e 2 jurados devido notadamente à natureza da vítima e do delito, o que fez a categoria "gênero" emergir informalmente nas escolhas das autoridades presentes na fase de confirmação dos titulares sorteados.

De fato, a categoria "gênero" emerge como importante critério de avaliação especialmente dos casos de feminicídio; mas tecnicamente com relação à Lei de 2008 representa um novo critério de escolha ***contra legem***, ao lado do antigo critério da idoneidade moral.

Obviamente:

> O gênero representa não um indivíduo e sim uma relação social; em outras palavras, um indivíduo por meio de uma classe. O termo gênero é uma representação não apenas no sentido de que cada palavra, cada signo, representa seu referente, seja ele um objeto, uma coisa, ou ser animado. O termo "gênero" é, na verdade, a representação de uma relação, a relação de pertencer a uma classe, um grupo, uma categoria. Gênero é a representação de uma relação. O gênero constrói uma relação entre uma entidade e outras entidades previamente constituídas como uma classe, uma relação de pertencer[31].

Entretanto, da mesma forma como acontece com o critério "idoneidade moral", o critério "gênero" não possibilita a diversidade social definida pela Lei de 2008. O artigo 425, § 2º, dessa Lei, declara que "o juiz presidente requisitará às autoridades locais, associações de classe e de bairro, entidades associativas e culturais, instituições de ensino em geral, universidades, sindicatos, repartições públicas e outros núcleos comunitários a indicação de pessoas que reúnam as condições para exercer a função de jurado". Em seguida, o artigo 426, informa que "a lista geral dos jurados, com indicação das respectivas profissões, será publicada pela imprensa até o dia 10 de outubro de cada ano e divulgada em editais afixados à porta do Tribunal do Júri".

REFERÊNCIAS

ANGELO, Thiago. Teoria arcaica: Supremo declara inconstitucional tese da legítima defesa da honra. **Consultor jurídico**, 2023. Disponível em: https://www.

31 LAURETIS, 1994, p. 210, *apud* SILVA, 2018, s.p.

conjur.com.br/2023-ago-01/stf-declara-inconstitucional-tese-legitima-defesa-honra/; acesso em: 15 dez. 2024.

BAYER, Diego Augusto. Tribunal do júri: opiniões contrárias e favoráveis a essa instituição. **JusBrasil**, 2013. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/tribunal-do-Júri-opinioes-contrarias-e-favoraveis-a-essa-instituicao/12194316; acesso em: 17 dez. 2024.

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. 7 ed. (Trad.). Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Paz e Terra, 2000 apud FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da; FACHIN, Jéssica. Democracia: reflexões em torno do pensamento de Norberto Bobbio. Revista **Em tempo**. Marília, v. 18, 2019. Disponível em: https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3220; acesso em: 17 dez. 2024.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-3689compilado.htm; acesso em: 20 dez. 2024.

_____. *Lei de acesso à informação*. Lei n. 12.527/2011. Disponível em: https://www.gov.br/acessoainformacao/pt-br/assuntos/conheca-seu-direito/a-lei-de-acesso-a-informacao; acesso em 10 dez. 2024.

_____. *Constituição Federal da República Federativa*, 1988. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf; acesso em 16 dez. 2024.

_____. *Lei complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998*, estabelece a estrutura básica das leis brasileiras e define as diretrizes para a sua elaboração, redação e consolidação. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp95.htm; acesso em 15 dez. 2024.

_____. *Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro*. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm; acesso em: 15 dez. 2024.

_____. *Lei do Tribunal do Júri*. Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Leiº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm; acesso em: 19 dez. 2024.

CACHONE JUNIOR, Anilton. A vulnerabilidade das decisões do tribunal do júri. JusNavigandi, 2020. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/82211/a-vulnerabilidade-das-decisoes-do-tribunal-do-Júri; acesso em: 16 dez. 2024.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2002, vol. 1. Disponível em: https://globalizacaoeintegracaoregionalufabc.wordpress.com/

wp-content/uploads/2014/10/castells-m-a-sociedade-em-rede.pdf; acesso: em 16 dez. 2024.

DAHL, Robert. **Poliarquia**: participação e oposição. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 1997.

ELIADE, Mircea. **O mito e a realidade**. São Paulo: Perspectiva, 1972. Disponível em: https://portalbiblioteca.ufra.edu.br/images/Ebook/letrasportugues/mitoerealidadelivro.pdf; acesso em: 16 dez. 2024.

FERRI, Enrico. **Sociologia Criminal**. Trad. Soneli Melloni Farina. São Paulo: Minelli, 2006.

FREIRE, Vitória; CARVALHO, Scarlett O'hara Costa; BELO, Priscila Alves de Paula. A utilização de ideal-tipos de Marx Weber nas Ciências Sociais. **Plataforma Espaço Digital**: Encontro Internacional de Jovens Investigadores (JOIN, Edição Brasil), 2019. Disponível em: https://editorarealize.com.br/artigo/visualizar/49484; aceso em: 16 dez. 2024.

GONZAGA, Luis Aurelio Aceta. **Legal design e visual law**: ferramentas de acesso à justiça. Goiás: PUC, 2022. Disponível em: https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/3865/1/LUIS%20AURELIO%20ACETA%20GONZAGA.pdf; acesso em 10 dez. 2024.

LAURETIS, T. A tecnologia do gênero. In: HOLLANDA, B.H. *Tendências e impasses*: o feminismo como crítica da cultura. Rio de Janeiro: Rocco, 1994, apud SILVA, Alex. Conceito de gênero e suas principais relações na sociedade. Revista JusBrasil, 2018. Disponível em: Conceito de gênero e suas principais relações na sociedade | Jusbrasil; acesso em: 16 dez. 2024.

MANDARINO, Renan Posella**.** A oralidade no tribunal do júri e o livre convencimento dos jurados. *Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação*. São Paulo, v.10. n.5, 2024. Disponível em: https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/13913/6851; acesso em: 14 dez. 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 157, apud FAUCZ, Rodrigo; AQUIM, Khalil Vieira Proença; SAMPAIO, Denis. Caso Boate Kiss: idoneidade dos jurados e paridade de armas (Parte 2). **Consultor jurídico**, 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-dez-18/tribunal-Júri-kiss-idoneidade-jurados-paridade-armas-parte/; acesso em: 15 dez. 2024.

PODER360. Pessoas negras são 80% das vítimas de homicídio no Brasil, 2025. Disponível em: Pessoas negras são 80% das vítimas de homicídio no Brasil; acesso em: 15 dez. 2024.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado, Museu da Justiça. **O que pensa ... Tribunal do Júri**. Pesquisa, organização dos dados e texto: Gilmar de

Almeida Sá. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: https://www.tjrj.jus.br/documents/10136/19406/artigos.pdf; acesso em: 14 dez. 2024.

SALDANHA, Alexandre Henrique Tavares; MEDEIROS, Pablo Diego Veras. Processo judicial eletrônico e inclusão digital para acesso à justiça na sociedade da informação. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 9, n. 90, jul. 2020. Disponível: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/180070/2020_saldanha_alexandre_processo_judicial.pdf?sequence=1; acesso em 23. dez.2024.

SANTOS, Plácida Leopoldina Ventura Amorim da Costa; CARVALHO, Angela Maria Grossi de. Sociedade da Informação: avanços e retrocessos no acesso e no uso da informação. Revista Informação & Sociedade, João Pessoa, v.19, n.1, jan./abr. 2009. Disponível em: https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/ies/article/view/1782; acesso em: 18 dez. 2024.

SILVA, Wellington César da. Tribunal do Júri: entre a soberania e a falta de conhecimento dos jurados. **Consultor jurídico**, 2007. Disponível em:

https://www.conjur.com.br/2007-nov-09/entre_soberania_falta_conhecimento_jurados/; acesso em 26 dez. 2024

SIRILO, Mayra. Tribunal do júri: despreparo técnico dos jurados e a influência da mídia nas decisões do conselho de sentença. JusBrasil, 2019. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/tribunal-do-juri-despreparo-tecnico-dos-jurados-e-a-influencia-da-midia-nas-decisoes-do-conselho-de-sentenca/619504695; acesso em: 15 dez. 2024.

TUCCI, Rogerio; OLIVEIRA, Edmundo. Tribunal do Júri. Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1999 in: BAYER, Diego Augusto. Tribunal do júri: opiniões contrárias e favoráveis a essa instituição. *JusBrasil*, 2013. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/tribunal-do-Júri-opinioes-contrarias-e-favoraveis-a-essa-instituicao/12194316; acesso em: 17 dez. 2024.

Recebido em: 17/01/2025

Aprovado em: 14/06/2025

DOI: 10.12818/P.0304-2340.2025v87p163

JUSTICIA DIGITAL EN EL SUR GLOBAL Y EUROPA: NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA, DESIGUALDAD Y GOBERNANZA DEMOCRÁTICA CON MIRADAS PARA CHILE

DIGITAL JUSTICE IN THE GLOBAL SOUTH AND EUROPE: TECHNOLOGICAL NEUTRALITY, INEQUALITY, AND DEMOCRATIC GOVERNANCE WITH PERSPECTIVES FOR CHILE

Isnel Martínez Montenegro[*]
Víctor Antonio Navarrete Acuña[**]
Santiago Rojas Bauvignet[***]

RESUMEN

El artículo analiza críticamente la noción de neutralidad tecnológica en la justicia digital, comparando marcos regulatorios de Europa, países del Sur Global y Chile. Se sostiene que los sistemas automatizados no son neutrales, sino que reproducen y amplifican desigualdades estructurales; cada decisión técnica, desde el diseño de interfaces hasta la ponderación de variables en algoritmos, implica elecciones normativas con consecuencias distributivas. El análisis europeo evidencia avances en protección de datos y en los procedimientos de control, pero su enfoque formalista y procedimental resulta insuficiente para abordar cuestiones sustantivas de justicia, especialmente en contextos del Sur Global caracterizados por brechas digitales, exclusión social y debilidad institucional. En Chile, la adopción acrítica de modelos europeos podría perpetuar inequidades, evidenciando la necesidad de enfoques contextualizados. Se propone un modelo de gobernanza democrática de la justicia digital que integre Privacy by Design, Equidad por Diseño, Diseño Participativo y Evaluación

ABSTRACT

This article critically examines the notion of technological neutrality in digital justice by comparing regulatory frameworks in Europe, the Global South, and Chile. It argues that automated systems are not neutral but rather reproduce and amplify structural inequalities; every technical decision—from interface design to the weighting of variables in algorithms—entails normative choices with distributive consequences. The European analysis highlights progress in data protection and oversight procedures, but its formalistic and procedural approach proves insufficient to address substantive issues of justice, particularly in Global South contexts marked by digital divides, social exclusion, and institutional weakness. In Chile, the uncritical adoption of European models could perpetuate inequities, underscoring the need for context-sensitive approaches. The article proposes a model of democratic governance of digital justice that incorporates Privacy by Design, Equity by Design, Participatory Design, and Algorithmic Impact Assessment, combined

* Doctor en Derecho, Ciencia Política y Criminología de la Universidad de Valencia, España. Profesor e académico de la Universidad Católica de Temuco, Chile.
E-mail: imartinez@uct.cl. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-0322-1071.

** Cientista Político Universidad Católica de Temuco, Chile. Dirección de Investigación, Universidad Católica de Temuco, Chile.
E-mail: victor.navarrete@uct.cl. ORCID: https://orcid.org/0009-0009-6162-6481.

*** Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Temuco, Chile. Centro de Innovación en Aprendizaje, Docencia y Tecnología Educativa CINAP, Universidad Católica de Temuco, Chile.
E-mail: santiago.rojas@uct.cl. ORCID: https://orcid.org/0009-0006-2767-965X.

de Impacto Algorítmico, acompañado de supervisión humana significativa y deliberación ciudadana. La alfabetización tecnopolítica y la consideración de la tecnología como un espacio de disputa política resultan esenciales para construir sistemas judiciales inclusivos, transparentes y responsables. En definitiva, el artículo plantea que la justicia digital no debe concebirse como un destino inevitable, sino como una elección normativa, ofreciendo un camino hacia modelos más equitativos y democráticos, especialmente relevantes para los desafíos del Sur Global y el contexto chileno.

PALABRAS CLAVE: Justicia Algorítmica. Neutralidad Tecnológica. Discriminación Algorítmica. Gobernanza de la IA

with meaningful human oversight and civic deliberation. Techno-political literacy and the recognition of technology as a site of political contestation are essential for building inclusive, transparent, and accountable judicial systems. Ultimately, the article contends that digital justice should not be conceived as an inevitable destiny but as a normative choice, offering a pathway toward more equitable and democratic models, particularly relevant for the challenges of the Global South and the Chilean context.

KEYWORDS: *Algorithmic Justice. Technological Neutrality. Algorithmic Discrimination. AI Governance.*

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, la digitalización ha penetrado de manera progresiva e inexorable en el campo jurídico. Desde la implementación de sistemas para gestionar expedientes judiciales hasta complejos algoritmos para decisiones como la evaluación de riesgos de reincidencia o la asignación de beneficios sociales, la narrativa tecnocrática sostiene que la justicia será más eficiente, objetiva y accesible[1]. Sin embargo, este relato que presenta la tecnología como una solución neutral y desprovista de problemas históricos de demora, sesgos y desigual, oculta tensiones críticas que requieren un análisis profundo. La introducción de estas herramientas implica más que una actualización técnica; representa una intervención política que modifica las relaciones de poder, los modos de producción de la verdad y las formas de exclusión social[2].

Este artículo cuestiona el supuesto fundamental de que la tecnología aplicada al derecho es neutra. La tesis central que se defiende es que la "neutralidad tecnológica" es una construcción ideológica que despolitiza decisiones esencialmente políticas, encubriendo los valores, prejuicios y estructuras de poder integrados en el código, los algoritmos y la infraestructura digital[3]. Lejos de ser meras herramientas, estos sistemas son artefactos políticos que pueden reproducir, amplificar y automatizar desigualdades estructurales preexistentes, generando nuevas formas de discriminación y exclusión. Sin una gobernanza democrática y un control sustantivo, la "justicia digital" corre el grave riesgo de convertirse en un sistema de exclusión eficiente, opaco y socialmente corrosivo.

1 EGUÍLUZ CASTAÑEIRA, Juan Antonio. Desafíos y retos que plantean las decisiones automatizadas y los perfilados para los derechos fundamentales. *Estudios de Deusto*, Bilbao, v. 68, n. 2, p. 325–367, 2020. DOI: https://doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp325-367.

2 GAO , Qifan; AN , Hongyu. Technology-neutral Illusion: The Ethical and Social Challenges in the Age of Artificial Intelligence. Sociology, Philosophy and Psychology, [S. l.], v. 1, n. 2, p. 33–40, 2024. DOI: 10.70267/frygj645.

3 GAO; AN, 2024, p. 39.

Para sostener este argumento, la investigación se apoya en una metodología cualitativa de tipo teórico-interpretativa. A través del análisis conceptual y la revisión de una literatura crítica interdisciplinaria, busca problematizar el mito de la neutralidad digital en el ámbito jurídico. Entre sus fundamentos se encuentran aportes de la Teoría Crítica del Derecho, que interpreta el derecho como un campo de disputa política[4]; los Estudios de Ciencia, Tecnología y Sociedad (STS), que evidencian cómo los artefactos tecnológicos encarnan política[5], y la filosofía de la tecnología, que alerta sobre la lógica de dominación inherente a la racionalidad puramente instrumental[6].

La idea ampliamente difundida de que la tecnología consiste en instrumentos neutrales, cuyo valor moral depende solo del uso que les den los humanos es una creencia profundamente equívoca[7]. En el ámbito de la justicia, esta noción sirve como un potente legitimador para la implementación de sistemas automatizados, presentados como soluciones objetivas a problemas sociales complejos. Sin embargo, un análisis crítico desde la filosofía y la sociología de la tecnología revela que los artefactos tecnológicos nunca son neutrales, de hecho, están intrínsecamente cargados de valores, sesgos y decisiones políticas.

El discurso predominante defiende a la tecnología como un mero medio para alcanzar fines, desvinculándola de valores y política. No obstante, esta visión instrumentalista ha sido desafiada de manera contundente por teóricos como Langdon Winner y Lawrence Lessig. Winner, en su influyente ensayo "Do Artifacts Have Politics?", sostiene que los artefactos técnicos poseen propiedades políticas de dos formas[8] primero, porque su invención, diseño o configuración pueden servir para resolver problemas comunitarios, estableciendo jerarquías de poder; y segundo porque hay tecnologías que son intrínsecamente políticas, cuyo funcionamiento requiere ciertas organizaciones sociales y políticas específicas. El clásico ejemplo de Winner son los puentes bajos de Robert Moses en Long Island, diseñados para impedir el acceso a las playas de los autobuses y, por ende, de sectores sociales populares y minorías raciales[9]

En el ámbito judicial, un sistema informático para la gestión de casos o un algoritmo de valoración de riesgos no se limita a procesar datos. Constituye una arquitectura que regula el comportamiento de jueces, abogados y usuarios de manera en ocasiones más efectiva e invisible que la legislación procesal mis-

4 CORREAS, Óscar. Introducción a la crítica del derecho moderno. México: Fontamara, 2006.

5 WINNER, Langdon. *The Whale and the Reactor: A Search for Limits in an Age of High Technology*. Chicago: University of Chicago Press, 1986.

6 MARCUSE, Herbert. One-Dimensional Man: Studies in the Ideology of Advanced Industrial Society. Boston: Beacon Press, 1964.

7 GAO; AN, 2024, p. 33–34.

8 WINNER, 1986, p. 19–39.

9 WINNER, 1986, p. 23–24.

ma[10]. Las decisiones sobre qué datos se recogen, cómo se ponderan variables, qué funciones ofrece la interfaz o qué resultados se priorizan son decisiones políticas que condicionan resultados y distribuyen poder[11].

Complementando a Winner, Lawrence Lessig popularizó la expresión "Code is Law"[12] ("el código es ley"). Lessig sostiene que el ciberespacio está regido por cuatro fuerzas: la ley, las normas sociales, el mercado y la arquitectura[13]. De estas, la arquitectura del código es a menudo la más eficaz y menos visible forma de regulación, pues no persuade, sino que obliga; determinando lo que está permitido o prohibido en el entorno digital[14]. Por ello, un sistema judicial digital no es solo una plataforma para aplicar las leyes; su código constituye una forma de legislación que impone restricciones y habilita posibilidades, habitualmente sin debate público ni supervisión democrática[15]. La falacia de la neutralidad tecnológica radica en ignorar que cada línea de código y decisión de diseño representa una forma de legislación que incorpora valores y ejerce poder[16].

La investigación se centra en cómo la supuesta neutralidad tecnológica en la justicia digital tiende a reproducir relaciones de poder y desigualdades estructurales. En este contexto, surge la pregunta de investigación: ¿de qué manera la neutralidad tecnológica en la justicia digital perpetúa estas relaciones y desigualdades, y cómo pueden compararse críticamente los marcos regulatorios de países del Sur Global, Europa y Chile para diseñar un modelo de justicia digital democrático adaptado a países en desarrollo? El objetivo general es analizar críticamente el concepto de neutralidad tecnológica en el ámbito judicial y examinar cómo los sistemas digitales reflejan decisiones políticas y distribuciones de poder[17]. Los objetivos específicos incluyen el estudio desde la teoría crítica del derecho, la sociología de la tecnología y la filosofía tecnológica.

Además, se empleó el método de comparación jurídica de corte funcional y crítico, que confronta normas, regulaciones, sus contextos de aplicación, efecto

10 WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent; RUSSELL, Chris. Why fairness cannot be automated: Bridging the gap between EU non-discrimination law and AI. Oxford Internet Institute, University of Oxford, 2020, p. 7–8. DOI: 10.2139/ssrn.3547922.

11 FLORES RIVAS, Juan Carlos; AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. Análisis de algunos aspectos procesales del sistema de resolución de controversias en concesiones de obra pública. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Santiago, v. 16, n. 1, p. 1–28, ene. 2025. DOI: https://doi.org/10.7770/rchdcp-V16N1-art412

12 LESSIG, Lawrence. *Code and Other Laws of Cyberspace*. New York: Basic Books, 1999.

13 LESSIG, 1999, p. 235–236.

14 LESSIG, 1999, p. 235–236.

15 WACHTER; MITTELSTADT; RUSSELL, 2020, p. 7–8.

16 GAO; AN, 2024, p. 39

17 MARTÍNEZ MONTENEGRO, Isnel. El problema de investigación jurídica: claves metodológicas para una formulación pertinente. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Temuco, v. 16, n. 1, p. 1–7, jun. 2025. DOI: https://doi.org/10.7770/rchdcp-v16n1-art503INNN

y fundamentos sociopolíticos[18]. Este enfoque pone en evidencia los límites que implica copiar sin adaptación modelos europeos en contextos del Sur Global, donde las condiciones sociales, institucionales y tecnológicas varían y requieren de participación ciudadana y la deliberación judicial adaptadas para evitar la reproducción de desigualdades y garantizar un acceso efectivo a la justicia digital.

El análisis documental abarcó fuentes normativas, proyectos de ley, documentos oficiales de política pública y literatura académica crítica, complementando con matrices comparativas que sistematicen principios, enfoques y vacíos de cada marco regulatorio, lo que permite identificar cómo los sistemas judiciales digitales no son neutrales, sino artefactos políticos que configuran relaciones de poder. De este modo, se propone un modelo de justicia digital para el contexto del Sur Global basado en los principios de Privacy by Design, Equidad por Diseño, Diseño Participativo y Evaluación de Impacto Algorítmico, con control humano significativo y promoviendo la justicia democrática.

1. LA ILUSIÓN DE LA NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA EN LA JUSTICIA: ARTEFACTOS, CÓDIGO Y ALGORITMOS COMO FORMAS DE PODER POLÍTICO

La crítica a la neutralidad tecnológica se profundiza con el análisis de Herbert Marcuse sobre la "racionalidad tecnológica". En su obra "El Hombre Unidimensional", Marcuse sostiene que la sociedad contemporánea, caracterizada por su desarrollo industrial, ha establecido la racionalidad técnica e instrumental como forma dominante de pensar, la cual limita la capacidad de cuestionamiento y la oposición[19]. Según el autor la racionalidad tecnológica estructura un entorno donde solo se consideran válidas las preguntas vinculadas a la eficiencia y el control, dejando de lado cualquier otra perspectiva que no se ajuste a dichos parámetros[20].

Cuando esta lógica se inserta en el sistema de justicia, sus efectos resultan especialmente problemáticos. El derecho se ocupa de valores irrenunciables como equidad, deliberación, contexto, empatía, dignidad y la posibilidad de redención. Sin embargo, la racionalidad tecnológica tiende a transformar aspectos humanos y cualitativos en elementos susceptibles de medición y procesamiento, o directamente a descartar aquello que se percibe como ineficaz[21]. Los algoritmos de sentencia pueden optimizar la gestión de datos y producir puntuaciones de riesgo, pero son incapaces de captar el contexto personal, la trayectoria vital

18 MARTÍNEZ MONTENEGRO, Isnel. Sobre los métodos de la investigación jurídica. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Temuco, v. 14, n. 1, p. 1–4, jun. 2023. DOI: https://doi.org/10.7770/rchdcp-V14N1-art312

19 MARCUSE, 1964, p. 17.

20 MARCUSE, 1964, p. 17–18.

21 MARCUSE, 1964, p. 17–18

o el potencial de cambio del individuo. En este sentido, la labor judicial requiere que las decisiones se fundamenten adecuadamente, ya que la justificación de los fallos debe involucrar tanto criterios objetivos previstos por la norma como una valoración integral de la prueba y la búsqueda de justicia sustantiva[22]. El supuesto central implica una exigencia de humanidad en la administración de justicia, entendida como el análisis integral del individuo y de su conducta en su totalidad. Esta tarea ya representa un desafío para la labor jurisdiccional; por lo tanto, asignar dicha función a sistemas algorítmicos o de inteligencia artificial no implicaría, en principio, excluirlos de dicho desafío.

Marcuse advierte que el peligro no reside en la tecnología per se, sino en la ideología que la acompaña: la creencia de que todos los problemas admiten soluciones técnicas[23]. En el ámbito jurídico, esta premisa desemboca en la aceptación acrítica de sistemas automatizados por percibirlos como superiores, debido a su rapidez o capacidad de procesamiento. Así, la justicia corre el riesgo de ser reducida a un problema de gestión informacional, subordinando su propósito esencial —la realización de la justicia en casos concretos— a los imperativos de eficiencia y predicción. De esta manera, la tecnología redefine incluso qué se considera un problema o una solución legítima, desplazando formas de razonamiento que escapan a en su lógica unidimensional[24].

La Teoría Crítica del Derecho, impulsada por juristas como Óscar Correas, aporta un marco adicional para comprender la ausencia de neutralidad tecnológica en el ámbito legal. Correas sostiene que el derecho es un campo de disputa social y política, donde el lenguaje jurídico se utiliza para legitimar intereses y proyectos de poder[25].

Desde esta perspectiva, la introducción de la inteligencia artificial y la automatización en el sistema judicial no puede interpretarse como una mera modernización técnica, sino como la irrupción de nuevos actores ideológicos. Los algoritmos y plataformas digitales —dotados de una aparente objetividad matemática— pueden consolidar relaciones de poder, naturalizar decisiones discrecionales y marginar perspectivas de colectivos desfavorecidos[2627]. Pueden servir para solidificar las relaciones de poder existentes, para hacer que las decisiones discrecionales y políticas parezcan inevitables y objetivas, y para marginar las voces y perspectivas de los grupos ya desfavorecidos.

22 SQUELLA NARDUCCI, Agustín. Justificar decisiones jurídicas y justificar decisiones judiciales. Revista de Derecho (Valdivia), Valdivia, v. XIX, n. 1, p. 277–292, jul. 2006, p. 280–282.

23 MARCUSE, 1964, p. 16–18

24 GAO; AN, 2024, p. 35–36.

25 CORREAS, 2006, p. 18–20.

26 CRUZ RIVERO, Diego. Disputabilidad y equidad en los mercados digitales: una visión de Derecho europeo. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Temuco, v. 15, n. 1, p. 1–31, jul. 2024. DOI: https://doi.org/10.7770/rchdcp-v15n1-art393

27 GAO; AN, 2024, p. 39

La tecnología, por tanto, no es un árbitro imparcial, sino que actúa como agente activo en la lucha por la definición de la justicia. La elección de qué datos utilizar para entrenar un algoritmo, qué variables considerar relevantes o qué resultados optimizar son decisiones que benefician a ciertos grupos y perjudican a otros. Al presentar estas decisiones como puramente técnicas, el discurso de la neutralidad tecnológica oculta su carácter político y las sustrae del debate democrático. La verdadera tarea, desde una perspectiva crítica, es desvelar la política inscrita en la tecnología y someterla a un escrutinio democrático riguroso.

El mito de la neutralidad tecnológica opera como mecanismo ideológico de legitimación con profundas consecuencias. Presentar los sistemas automatizados como apolíticos favorece su adopción y aplicación sin debate crítico, tanto por operadores jurídicos como por la sociedad. La población tiende a mostrar mayor disposición a aceptar transformaciones profundas en su vida cotidiana cuando estas se presentan bajo el rótulo de la innovación tecnológica, en lugar de enmarcarse como reformas políticas explícitas[28]. Este fenómeno crea una peligrosa dinámica: el discurso de la neutralidad actúa como un caballo de Troya que facilita la implementación de cambios estructurales en la administración de justicia —quién decide, con qué criterios y con qué consecuencias— sin un debate político transparente. El resultado es una delegación de facto de la soberanía judicial desde foros públicos y deliberativos, como los tribunales y los parlamentos, hacia espacios opacos y privados, como las empresas de tecnología y los equipos de desarrolladores, que operan según lógicas de mercado y diseño técnico, fuera del alcance del control democrático.

En síntesis, la tecnología aplicada a la justicia nunca es neutral ni exclusivamente instrumental. Cada decisión de diseño y cada algoritmo incorporado en los sistemas judiciales introduce una forma de regulación que moldea el ejercicio del derecho y redefine el sentido mismo de lo justo. La ilusión de neutralidad tecnológica funciona como un velo que encubre relaciones de poder y desplaza el debate político hacia terrenos aparentemente técnicos y resta transparencia y participación democrática en la toma de decisiones. De ahí la necesidad de asumir una mirada crítica que reconozca a la tecnología como un actor político y promueva modelos de desarrollo orientados a la equidad, la deliberación y la dignidad humana. El desafío no radica en rechazar la innovación, sino en orientar su utilización hacia una justicia verdaderamente democrática e inclusiva.

28 WINNER, 1986, p. 22–24

2. ENTRE LA TRANSPARENCIA FORMAL Y EL CONTROL EFECTIVO: LOS DILEMAS REGULATORIOS DE LA JUSTICIA DIGITAL EUROPEA CON ESPECIAL REFERENCIA A ESPAÑA

Frente a los crecientes riesgos de discriminación y exclusión derivados de la justicia automatizada, han surgido diversos marcos regulatorios, especialmente en la Unión Europea, con el objetivo de establecer salvaguardias y garantizar la protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, un análisis crítico de estas normativas revela limitaciones: aunque supone un avance, se sustenta en una lógica procedimental y de gestión del riesgo que no siempre atiende a las dimensiones sustantivas de poder y justicia.

La Unión Europea ha adoptado un enfoque pionero y multifacético para la regulación de la tecnología digital, creando un ecosistema normativo compuesto principalmente por el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)[29], la Ley de Servicios Digitales (DSA)[30] y la Ley de Inteligencia Artificial (Ley de IA)[31].

El Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), en su Artículo 22, reconoce el derecho de toda persona a no quedar sometida a decisiones basadas exclusivamente en procesos automatizados —incluida la elaboración de perfiles— que tengan consecuencias jurídicas o un impacto significativo en su vida" [32]. En apariencia, esta disposición parece una defensa robusta contra la tiranía algorítmica. Sin embargo, sus excepciones y ambigüedades limitan severamente su eficacia práctica. Entre ellas destaca la excepción que permite tales decisiones cuando resultan necesarias para celebrar o ejecutar un contrato, lo que, bajo una interpretación excesivamente amplia permite la automatización de decisiones en ámbitos como la concesión de créditos, seguros o contrataciones sin garantías efectivas. Según Davis y Schwemer, esta redacción favorece una especie de automatización "legitimada a medias", en la que los sistemas funcionan sin mecanismos sustantivos de revisión humana, debilitando la protección de derechos fundamentales[33].

29 UNIÓN EUROPEA. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento General de Protección de Datos). Diario Oficial de la Unión Europea, L 119, 4 mayo 2016.

30 UNIÓN EUROPEA. Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de Servicios Digitales). Diario Oficial de la Unión Europea, L 277, 27 oct. 2022.

31 UNIÓN EUROPEA. Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de marzo de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial). Diario Oficial de la Unión Europea, L 148, 30 mayo 2024.

32 UNIÓN EUROPEA. Reglamento (UE) 2016/679, art. 22.

33 DAVIS, Peter Alexander Earls; SCHWEMER, Sebastian Felix. Rethinking decisions under Ar-

Asimismo, la norma únicamente se aplica a aquellas decisiones basadas de manera plenamente automatizada, lo que permite a las organizaciones evadir su alcance mediante la incorporación de una supuesta "intervención humana significativa". Este concepto carece de una definición precisa y, en la práctica, puede quedar reducido a una revisión meramente simbólica o *rubber-stamping*[34] [35]. En este mismo sentido, el disputado derecho a la explicación —que se desprende de los artículos 13, 14 y 15 del RGPD y cuyo alcance ha generado un amplio debate académico— constituye otro reflejo de esta debilidad estructural[36].

Aunque el enfoque del DSA es innovador al imponer obligaciones de transparencia y responsabilidad a las grandes plataformas digitales, su ámbito de aplicación se restringe casi exclusivamente al entorno privado y comercial. No aborda de forma directa ni específica el uso de sistemas algorítmicos por parte de las administraciones públicas, incluidos los utilizados en ámbitos tan sensibles como la justicia o la seguridad social. Esta omisión ha sido destacada por el Parlamento Europeo, que advierte que el uso de decisiones algorítmicas en la administración pública plantea riesgos significativos para los derechos fundamentales[37].

En comparación, la Ley de Inteligencia Artificial (Ley de IA) constituye la iniciativa más ambiciosa y directa. Su enfoque se basa en la gestión del riesgo e identifica como de alto riesgo a los sistemas de IA empleados en la administración de justicia y procesos democráticos, así como en la aplicación de la ley[38]. A partir de esta clasificación se impone obligaciones estrictas a los desarrolladores y usuarios: desde la obligación de realizar evaluaciones de conformidad, garantizar la calidad de los datos para reducir sesgos, asegurar la transparencia hacia los usuarios e implementar mecanismos de supervisión humana adecuados, hasta la obligación de robustez técnica y ciberseguridad[39]. Sin embargo, pese a su aparente rigor, este marco ha sido criticado por su enfoque predominantemente procedimental. En la práctica, el cumplimiento puede terminar traduciéndose en

ticle 22 of the GDPR: implications for semi-automated legal decision-making. In: Proceedings of the Third International Workshop on Artificial Intelligence and Intelligent Assistance for Legal Professionals in the Digital Workplace (LegalAIIA 2023, ICAIL 2023, Braga, Portugal, 19 jun. 2023. CEUR Workshop Proceedings, 2023, p. 1–2.

34 LEVITINA, Anna. Humans in automated decision-making under the GDPR and AI Act. Barcelona: CIDOB, 2024. Disponible en: <https://www.cidob.org/en/publications/humans-automated-decision-making-under-gdpr-and-ai-act>

35 EGUÍLUZ CASTAÑEIRA, 2020, p. 341–343.

36 EGUÍLUZ CASTAÑEIRA, 2020, p. 344–346

37 EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE. *Understanding algorithmic decision-making: opportunities and challenges*. Brussels: European Parliament, 2019, p. 13-15.

38 UNIÓN EUROPEA. Reglamento (UE) 2024/1689, art. 6.

39 UNIÓN EUROPEA. Reglamento (UE) 2024/1689, arts. 8–15.

trámites formales —como completar formularios o superar auditorías— sin que ello garantice un funcionamiento realmente justo del sistema[40].

Tabla 2. Marco Regulatorio de la UE para Sistemas de IA en la Justicia

Instrumento legal	Disposición clave	Requisitos principales (alto riesgo en justicia)	Críticas y limitaciones
Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (RGPD)	Art. 22: derecho a no ser objeto de decisiones basadas únicamente en tratamientos automatizados; derecho a intervención humana y a impugnar.	Garantía formal contra decisiones 100% automatizadas; derecho a explicación derivado de Arts. 13–15.	Excepciones amplias (ej. contractual); fácil elusión al añadir "intervención humana" simbólica; derecho a explicación ambiguo.
Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Ley de Servicios Digitales, DSA)	Arts. 27, 34: transparencia en sistemas de recomendación y evaluación de riesgos sistémicos.	Obligaciones de información y auditoría de grandes plataformas en línea.	Enfoque en el sector privado y moderación de contenidos; no cubre decisiones algorítmicas públicas (justicia, seguridad social).

40 AUDE CEFALIELLO; MIRIAM KULLMANN. Offering false security: How the draft artificial intelligence act undermines fundamental workers' rights. *European Labour Law Journal*, v. 13, n. 4, p. 542–562, 2022. DOI: https://doi.org/10.1177/20319525221114474

Instrumento legal	Disposición clave	Requisitos principales (alto riesgo en justicia)	Críticas y limitaciones
Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de IA)	Art. 6 y Anexo III: clasificación como "alto riesgo" de sistemas usados en justicia y procesos democráticos.	Evaluación de conformidad; requisitos de calidad de datos, transparencia, supervisión humana y robustez.	

La tabla sintetiza el ecosistema normativo europeo en materia de decisiones automatizadas en la justicia, mostrando tanto sus avances como sus límites. En primer lugar, el RGPD (2016/679) constituye la norma fundacional en materia de protección de datos y fue pionero en establecer el derecho a no ser objeto de decisiones basadas exclusivamente en tratamientos automatizados. Sin embargo, su eficacia práctica queda debilitada por dos factores: las amplias excepciones (como la relativa a contratos) y la facilidad con la que se puede eludir la prohibición mediante la inclusión de una intervención humana mínima o simbólica. Además, el célebre "derecho a la explicación" carece de un alcance jurídico preciso, lo que ha generado un debate sobre su verdadera capacidad para garantizar transparencia.

En segundo lugar, la Ley de Servicios Digitales (Reglamento 2022/2065) representa un paso importante en términos de responsabilidad y transparencia en el ecosistema digital, pero su foco está puesto en las grandes plataformas privadas y la moderación de contenidos. Al no aplicarse de forma directa a los sistemas algorítmicos del sector público, su impacto en la justicia digital es, en la práctica, marginal.

En tercer lugar, la Ley de IA (Reglamento 2024/1689) introduce por primera vez un marco específico de control para sistemas algorítmicos de "alto riesgo", dentro de los cuales se incluyen aquellos aplicados a la justicia. Sus obligaciones son las más estrictas: calidad de datos, transparencia, supervisión humana y robustez técnica. No obstante, diversos autores advierten que este modelo se basa en un enfoque procedimental y de gestión de riesgos. En consecuencia, el cumplimiento puede quedar reducido a auditorías y certificaciones formales sin que ello garantice decisiones sustantivamente justas.

En conjunto, la tabla revela que la regulación europea ha avanzado en crear mecanismos de control preventivo y de transparencia, pero sigue enfrentando una tensión estructural: mientras el derecho opera sobre principios normativos e interpretativos, la regulación de la IA se orienta hacia la estandarización técnica y procedimental. El riesgo, por tanto, es que la defensa de los derechos fundamentales quede atrapada en una lógica burocrática de cumplimiento sin asegurar un control judicial y social real.

Esta lógica regulatoria, si bien busca gestionar riesgos con buenas intenciones, resulta paradójica. Al intentar controlar la racionalidad tecnológica desde parámetros de cuantificación y cálculo. El peligro radica en que la defensa de los derechos fundamentales podría transformarse en una mera gestión burocrática de la ética. Así, sistemas perjudiciales podrían legitimarse si cumplen los procedimientos, lo que vaciaría de contenido el control judicial y social efectivo.

La limitación más profunda del enfoque regulatorio actual, y del proyecto de justicia algorítmica en general, reside en una tensión fundamental entre la naturaleza del derecho y la lógica de la automatización. Como señalan Wachter y sus colegas, el derecho antidiscriminatorio europeo, y el razonamiento jurídico en general, se fundamenta en la "igualdad contextual"[41]: determinar una discriminación no es un cálculo mecánico, sino una práctica interpretativa y casuística, sensible al contexto social, político y normativo. En este marco, jueces y tribunales evalúan situaciones de manera flexible, decidiendo qué constituye un trato desigual, quién puede considerarse un grupo de comparación legítimo y si una diferencia de trato está objetivamente justificada[42].

Este enfoque es, por diseño, incompatible con la lógica de los sistemas de IA. La automatización a escala requiere reglas claras, estáticas, cuantificables y homogéneas. Un algoritmo no puede deliberar sobre el "contexto" o hacer juicios normativos matizados ya que opera aplicando reglas predefinidas a conjuntos de datos. Así, cualquier intento de traducir la justicia en métricas de fairness supone una simplificación que contradice la esencia del derecho como práctica interpretativa. La justicia europea,por diseño, no puede automatizarse sin perder sus atributos fundamentales: flexibilidad, sensibilidad al contexto y apertura a la deliberación[43].

Ante las limitaciones de la regulación y la opacidad de los sistemas algorítmicos, el poder judicial ha comenzado a emerger como un contrapeso crucial, reafirmando la primacía de los derechos fundamentales sobre la eficiencia tecnológica. Dos casos europeos recientes son particularmente ilustrativos.

El caso SyRI en los Países Bajos es un ejemplo paradigmático. El gobierno holandés implementó el *Systeem Risico Indicatie* (SyRI), un sistema algorítmico

41 WACHTER; MITTELSTADT; RUSSELL, 2020, p. 12-14.

42 WACHTER; MITTELSTADT; RUSSELL, 2020, p. 13.

43 WACHTER; MITTELSTADT; RUSSELL, 2020, p. 15.

de perfilado de riesgos para detectar posibles fraudes en materia de seguridad social e impuestos[44]. En febrero de 2020, el Tribunal de Distrito de La Haya declaró ilegal el uso de SyRI[45]. La decisión es notable porque no se basó en un fallo técnico del algoritmo, sino en una violación del Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que protege el derecho a la vida privada[46]. El tribunal consideró que el sistema, debido a su opacidad y a la falta de transparencia sobre el modelo de riesgo utilizado, no lograba un "justo equilibrio" entre el interés legítimo del Estado en combatir el fraude y el derecho fundamental a la privacidad de los ciudadanos[47]. El tribunal destacó además que la opacidad del sistema, sumada a la ausencia de mecanismos que permitieran verificar su funcionamiento, lo hacía intrínsecamente desproporcionado e incompatible con los principios de un Estado de derecho democráticos. Como argumentan Appelman, Ó Fathaigh y van Hoboken, la sentencia se apoyó en una interpretación estricta del Art. 8 CEDH, enfatizando la necesidad de transparencia y límites explícitos para evitar un desequilibrio injustificado entre el interés estatal y los derechos individuales[48].

En España, el caso de la reforma de la LOREG (Ley Orgánica del Régimen Electoral General) ofrece otra lección importante. En 2018, se introdujo el Artículo 58 bis, que permitía a los partidos políticos recopilar datos personales relativos a las opiniones políticas de los ciudadanos a partir de fuentes de acceso público para realizar actividades de propaganda electoral en periodo de elecciones[49]. Esta medida, que abría la puerta al microtargeting y al perfilado ideológico masivo, fue recurrida ante el Tribunal Constitucional. En su sentencia de 2019, el Tribunal declaró nulo el precepto[50]. El argumento central fue que la ley era excesivamente vaga y carecía de las garantías adecuadas para proteger derechos fundamentales como la protección de datos[51] y la libertad ideológica[52]

44 EGUÍLUZ CASTAÑEIRA, 2020, p. 351–353.

45 PAÍSES BAJOS. Rechtbank Den Haag. Sentencia de 5 de febrero de 2020. ECLI:NL:RBDHA:2020:1878 (Asunto SyRI). La Haya, 2020

46 CONSEJO DE EUROPA. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4 nov. 1950. Art. 8.

47 EGUÍLUZ CASTAÑEIRA, 2020, p. 352–353.

48 NAOMI APPELMAN; RONAN Ó FATHAIGH; JORIS VAN HOBOKEN. Social Welfare, Risk Profiling and Fundamental Rights: The Case of SyRI in the Netherlands. *JIPITEC – Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, v. 12, p. 257-271, 2021. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3984935>.

49 EGUÍLUZ CASTAÑEIRA, 2020, p. 348–349

50 ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sentencia 76/2019, de 22 de mayo. Madrid: Tribunal Constitucional, 2019.

51 ESPAÑA. Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978. Art. 18.4.

52 ESPAÑA. Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978. Art. 16.

[53]. El tribunal determinó que una habilitación tan genérica para tratar datos especialmente sensibles, sin establecer límites claros ni condiciones precisas, constituía una injerencia desproporcionada e inconstitucional[54].

Ambos casos demuestran que, incluso cuando los marcos regulatorios específicos sobre IA son incipientes o insuficientes, los tribunales pueden y deben recurrir a los principios fundamentales de los derechos humanos y constitucionales para actuar como un dique de contención contra los excesos de la vigilancia y la automatización estatal. Estas sentencias reafirman que la eficiencia y la innovación tecnológica no pueden prevalecer sobre los derechos y las garantías que constituyen el núcleo del Estado de derecho.

Si bien la sección anterior analizó los desafíos estructurales de acceso a la justicia digital en el Sur Global, en el Norte Global el debate ha sido recientemente reconfigurado por la irrupción de una tecnología disruptiva: los modelos de lenguaje generativo a gran escala (LLMs). A diferencia de los sistemas predictivos tradicionales, que procesan variables para clasificar o tomar decisiones, la IA generativa tiene la capacidad de producir directamente textos jurídicos: demandas, contratos, alegatos e incluso sentencias simuladas. Ello genera riesgos epistémicos y normativos de una magnitud sin precedentes. Desde una perspectiva crítica, esta tecnología puede interpretarse como una forma extrema de lo que Herbert Marcuse denominó "racionalidad unidimensional": la reducción de procesos complejos, como la deliberación jurídica, a cadenas formales que oscurecen su dimensión política y valorativa.[55]. Los modelos generativos aplican una lógica probabilística al lenguaje legal, anticipando patrones textuales en lugar de interpretar normas con sentido. Este tránsito de la interpretación a la predicción encarna una forma de justicia "unidimensional", donde la complejidad contextual se ve sustituida por fórmulas lingüísticas entrenadas estadísticamente.

Entre los riesgos más significativos de esta transformación se encuentran la “alucinación algorítmica" es decir, la generación de información inexistente o ficticia, como referencias jurisprudenciales inventadas. Estudios estiman que entre el 17% y el 33% de las respuestas de sistemas de IA jurídica contienen este tipo de errores[56].

El caso Mata v. Avianca (2023) resultó paradigmático: abogados presentaron ante un tribunal de Nueva York una demanda con múltiples citas jurisprudenciales generadas por ChatGPT, todas completamente falsas. El tribunal no solo rechazó el documento, sino que sancionó a los profesionales involu-

53 EGUÍLUZ CASTAÑEIRA, 2020, p. 348–349

54 EGUÍLUZ CASTAÑEIRA, 2020, p. 352–353.

55 MARCUSE, 1964, p. 16–18

56 MAGESH, Anant; et al. Hallucination-Free? Assessing the Reliability of Leading AI Legal Research Tools. *Journal of Empirical Legal Studies*, Hoboken, 2025, p. 14–16.

crados por violaciones éticas graves[57] [58]. Este episodio expone la magnitud del riesgo estructural que implica delegar tareas jurídicas a sistemas que, por diseño, carecen de sentido normativo y verificación ontológica. Ante estos desafíos, organismos profesionales han comenzado a establecer directrices específicas. En julio de 2024, la American Bar Association (ABA) emitió la Opinión Formal 512, donde establece que los abogados deben obtener consentimiento informado del cliente antes de utilizar IA generativa, verificar exhaustivamente la veracidad del contenido generado, y asumir responsabilidad plena sobre los documentos presentados[59].

Este panorama demuestra que el problema trasciende lo técnico y pone en cuestión la idea misma de supervisión humana como garantía suficiente. La noción de "intervención significativa", tal como aparece en algunos marcos europeos, resulta insuficiente cuando no se acompaña de condiciones estructurales que garanticen comprensión y responsabilidad real. En este contexto, el concepto de Control Humano Significativo (MHC), originado en el ámbito de armas autónomas, emerge como alternativa robusta. Sus tres requisitos son: proporcionar a las personas información comprensible, garantizar una capacidad efectiva de intervención o veto, y asignar una responsabilidad legal clara[60]. Este marco se está ampliando a contextos civiles de alto riesgo, como la justicia, con el fin de asegurar una supervisión sustantiva.

En suma, la IA generativa no solo introduce nuevos riesgos técnicos, sino que exige repensar las condiciones de legitimidad y responsabilidad en el uso de sistemas automatizados en el derecho. En lugar de asumir que basta con una supervisión superficial, es necesario articular marcos institucionales que garanticen un control humano sustantivo, deliberativo y contextualizado, especialmente en decisiones que afectan derechos fundamentales.

La regulación europea sobre justicia digital ha avanzado considerablemente en los últimos años, con instrumentos como el RGPD, la Ley de Servicios Digitales (DSA) y la Ley de Inteligencia Artificial (Ley de IA). El RGPD establece derechos como el de no ser objeto de decisiones basadas únicamente en tratamientos automatizados, pero su efectividad práctica se ve limitada por amplias excepciones y la posibilidad de eludirlo mediante intervenciones humanas sim-

57 BRODERICK, P. Kevin. Order to Show Cause, Sanctions. Documento judicial en el caso Mata v. Avianca, Inc., No. 22-CV-1461 (PKC). New York: United States District Court, S.D.N.Y., 2023.

58 UNITED STATES DISTRICT COURT (Southern District of New York). Mata v. Avianca, Inc., No. 22-CV-1461 (PKC), 2023 WL 4114965, 22 jun. 2023.

59 AMERICAN BAR ASSOCIATION. Formal Opinion 512 on Lawyers' Use of Generative Artificial Intelligence. Chicago: ABA, 2024.

60 SANTONI DE SIO, Filippo; VAN DEN HOVEN, Jeroen. Meaningful Human Control over Autonomous Systems: A Philosophical Account. *Frontiers in Robotics and AI*, Lausanne, v. 5, art. 15, 2018. DOI: https://doi.org/10.3389/frobt.2018.00015

bólicas[61]. La DSA promueve transparencia y responsabilidad en plataformas digitales privadas, aunque no aborda directamente decisiones algorítmicas públicas[62]. La Ley de IA introduce obligaciones estrictas para sistemas de alto riesgo, incluyendo la justicia, sin embargo, su enfoque procedimental y basado en gestión de riesgos puede reducirse a formalidades, sin garantizar decisiones sustantivamente justas, generando una tensión entre la regulación técnica y los principios normativos del derecho, que dependen de interpretación contextual y sensibilidad social[63].

Esta brecha se hace visible en la práctica judicial: casos como SyRI en Países Bajos y la reforma de la LOREG en España muestran cómo los tribunales han actuado en defensa de los derechos fundamentales frente a sistemas opacos o normas excesivamente amplias, subrayando que la innovación tecnológica nunca puede imponerse sobre las garantías legales. La aparición de la IA generativa, con su capacidad de elaborar textos jurídicos completos, introduce riesgos inéditos, entre ellos la llamada "alucinación algorítmica", que consiste en la producción de referencias o jurisprudencia inexistentes, y la insuficiencia de una supervisión humana meramente formal. Ante esto, conceptos como el Control Humano Significativo (MHC) ofrecen un marco más sólido para garantizar responsabilidad y comprensión efectiva, demostrando que la legitimidad de la justicia automatizada depende no solo del cumplimiento formal, sino de mecanismos de control humano sustantivo, deliberativo y contextualizado.

3. JUSTICIA DIGITAL Y EXCLUSIÓN: EL LADO OSCURO DE LA AUTOMATIZACIÓN EN LA ERA DE LA IA EN EL SUR GLOBAL

La crítica teórica a la neutralidad tecnológica tiene especial interés cuando se examinan sus manifestaciones concretas. La implementación de sistemas automatizados en la justicia no es una promesa futura, sino una realidad presente que ya está generando formas tangibles de discriminación y exclusión. Esta sección analiza los mecanismos específicos a través de los cuales la tecnología, lejos de ser un ecualizador, se convierte en un multiplicador de desigualdades.

Los sesgos algorítmicos no derivan necesariamente de intenciones deliberadas, sino de elecciones técnicas de diseño que reproducen desigualdades sociales ya existentes. Según Eguíluz Castañeira, la discriminación no se limita al uso de datos sesgados, aunque este aspecto sea relevante, sino que puede introducirse en múltiples etapas críticas del diseño de un sistema de aprendizaje automático, muchas veces de manera inadvertida[64].

61 UNIÓN EUROPEA. Reglamento (UE) 2016/679, art. 22

62 UNIÓN EUROPEA. Reglamento (UE) 2022/2065, art. 34.

63 UNIÓN EUROPEA. Reglamento (UE) 2024/1689, arts. 6 y 8–15.

64 EGUÍLUZ CASTAÑEIRA, 2020, p. 334–336

Un ejemplo central es la definición de la llamada "variable objetivo". Cuando un algoritmo de predicción se crea, los desarrolladores deben decidir qué resultado se va a optimizar. En un sistema de evaluación de riesgos de reincidencia, por ejemplo, podría elegirse "nueva detención" en lugar de "nueva condena" como métrica principal. Tal decisión, aparentemente técnica, tiene profundas implicaciones: mientras las detenciones están influidas por sesgos en las prácticas policiales, las condenas exigen un estándar probatorio más elevado. Como señala Eguíluz Castañeira, si se optimiza utilizando una variable previamente sesgada, el modelo simplemente replicará y ampliará ese sesgo[65].

Del mismo modo, la definición de las "etiquetas de clase" también es un momento de riesgo. Los sistemas de Machine Learning (ML) funcionan clasificando datos en categorías preestablecidas. Sin embargo, el modo en que se construyen esas etiquetas puede introducir prejuicios. Por ejemplo, considerar como indicador de un "buen empleado" la continuidad laboral ininterrumpida resulta discriminatorio hacia mujeres, quienes estadísticamente interrumpen más sus carreras por motivos de cuidado familiar[66].

La recopilación de datos de entrenamiento es otro punto crítico. Como advierte el mismo autor, si los datos provienen de una sociedad desigual, el algoritmo no hará más que aprender y codificar esa desigualdad. El sistema de reclutamiento creado por Amazon ilustra bien esto: al ser entrenado con currículums históricos dominados por perfiles masculinos, el algoritmo terminó penalizando solicitudes que incluían la palabra "femenino". En la misma línea, los sistemas de "policía predictiva" entrenados con datos de detenciones en zonas sobrevigiladas generan bucles de retroalimentación: recomiendan vigilar esas áreas, lo que provoca más arrestos y, en consecuencia, refuerza la "validez" de las predicciones[67].

Las denominadas "variables proxy" constituyen otro mecanismo problemático. Incluso si se prohíbe explícitamente el uso de variables protegidas como la raza o el género, los algoritmos pueden aprender a utilizar otras variables altamente correlacionadas para hacer las mismas discriminaciones. El código postal, por ejemplo, puede funcionar como un sustituto altamente correlacionado con raza o clase social. Tal como explica Eguíluz Castañeira[68], un algoritmo que deniega créditos en función del código postal, aunque no incluya la variable "raza", puede generar discriminaciones estructurales. En esta línea, O'Neil (2017) describe estos sistemas como "armas de destrucción matemática" por su alcance masivo, su opacidad y su capacidad de producir daños significativos bajo una apariencia de neutralidad.

65 EGUÍLUZ CASTAÑEIRA, 2020, p. 336–338.
66 EGUÍLUZ CASTAÑEIRA, 2020, p. 338–340.
67 EGUÍLUZ CASTAÑEIRA, 2020, p. 340–341.
68 EGUÍLUZ CASTAÑEIRA, 2020, p. 339–340.

Un caso paradigmático ha sido el algoritmo COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions), empleado en varios estados de EE. UU. para predecir la probabilidad de reincidencia. La investigación de ProPublica en 2016 reveló que, aunque la precisión global del modelo era similar para acusados negros y blancos (cerca del 61%), los patrones de error mostraban disparidades significativas por raza[69] [70]. Concretamente, los acusados negros que no reincidieron fueron clasificados erróneamente como de "alto riesgo" casi el doble de veces que los acusados blancos (45% frente a 23%). Por otro lado, los acusados blancos que sí reincidieron fueron etiquetados con mucha más frecuencia como de "bajo riesgo" en relación con los acusados negros (48% frente a 28%)[71]. En términos prácticos, el sistema imponía una carga desigual de errores sobre la población negra, sometiéndola a un escrutinio más severo y a consecuencias jurídicas más gravosas.

La empresa desarrolladora, Northpointe (hoy Equivant), argumentó que su modelo cumplía con la llamada "paridad predictiva": para un mismo nivel de riesgo, la probabilidad real de reincidencia resultaba equivalente entre personas negras y blancas[72]. Sin embargo, como subraya la literatura contemporánea, cuando las tasas iniciales de un fenómeno son distintas entre grupos, es matemáticamente imposible cumplir al mismo tiempo la calibración, la igualdad en tasas de falsos positivos y la paridad demográfica[73]. Este hallazgo pone en cuestión modelos como COMPAS, que, si bien buscan preservar lo que Dieterich et al. (2016) denominan "paridad predictiva", pueden hacerlo a costa de aumentar la disparidad en los errores de predicción entre distintos grupos raciales[74]. La investigación empírica de Angwin et al. (2016) evidenció precisamente esto: personas negras clasificadas como de alto riesgo reincidieron con menor frecuencia que personas blancas con la misma puntuación[75]. Estudios posteriores han reforzado estas críticas, señalando que herramientas como estas exigen tomar decisiones normativas explícitas sobre qué métrica priorizar, y que no basta con

69 ANGWIN, Julia; LARSON, Jeff; MATTU, Surya; KIRCHNER, Lauren. Machine Bias: There's Software Used Across the Country to Predict Future Criminals. And it's Biased Against Blacks. *ProPublica*, 23 may. 2016. Disponible en: <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>.

70 KLEINBERG, Jon; MULLAINATHAN, Sendhil; RAGHAVAN, Manish. Inherent Trade-Offs in the Fair Determination of Risk Scores. arXiv preprint arXiv:1609.05807v2, 2016. Disponible en: <https://arxiv.org/abs/1609.05807>.

71 ANGWIN et al., 2016.

72 DIETERICH, William; MENDOZA, Christina; BRENNAN, Tim. COMPAS Risk Scales: Demonstrating Accuracy Equity and Predictive Parity. Traverse City (MI): Northpointe Inc., 2016. Disponible en: <https://www.documentcloud.org/documents/2998391-ProPublica-Commentary-Final-070616.html>.

73 KLEINBERG; MULLAINATHAN; RAGHAVAN, 2016, p. 1–3.

74 DIETERICH; MENDOZA; BRENNAN, 2016, p. 4.

75 ANGWIN et al., 2016, p. 3–5.

adherirse a un estándar estadístico si se ignora el contexto social y jurídico en el que se aplican[76].

El debate subsiguiente entre ProPublica, Northpointe y la comunidad académica reveló una verdad matemática fundamental: cuando las tasas base de un resultado (en este caso, la reincidencia) difieren entre dos grupos poblacionales, es matemáticamente imposible que un algoritmo satisfaga simultáneamente la paridad predictiva y el equilibrio en las tasas de error (como la igualdad de tasas de falsos positivos y falsos negativos)[77]. La "justicia" algorítmica, por lo tanto, no es un problema técnico que pueda resolverse con mejores datos o algoritmos más sofisticados. Autores como Wachter, Mittelstadt y Russell (2020) señalan que el problema no puede resolverse solo con datos más amplios o modelos más potentes; lo que está en juego son decisiones valorativas acerca de la distribución de riesgos y beneficios[78].

Tabla 1. Comparativa de Métricas de Justicia Algorítmica en el caso COMPAS

Métrica de justicia	Definición sencilla	Resultado en COMPAS	Implicación normativa
Paridad predictiva (calibración)	Para una puntuación de riesgo dada, la probabilidad real de reincidencia es la misma en todos los grupos.	Satisfecha (Northpointe/ Equivant)[79]	Mantiene la consistencia en el significado de las puntuaciones, pero permite que los errores se distribuyan de manera desigual.
Equilibrio en falsos positivos	La probabilidad de ser clasificado como “alto riesgo” sin reincidir es igual entre grupos.	No satisfecha (tasa mayor en acusados negros)[80]	Evita la sobrepenalización injusta, pero puede entrar en conflicto con la calibración del modelo.

76 WACHTER; MITTELSTADT; RUSSELL, 2020, p. 46–47.
77 KLEINBERG; MULLAINATHAN; RAGHAVAN, 2016, p. 1–3.
78 WACHTER; MITTELSTADT; RUSSELL, 2020, p. 46–47.
79 DIETERICH; MENDOZA; BRENNAN, 2016.
80 ANGWIN et al., 2016.

Métrica de justicia	Definición sencilla	Resultado en COMPAS	Implicación normativa
Equilibrio en falsos negativos	La probabilidad de ser clasificado como "bajo riesgo" y reincidir es igual entre grupos.	No satisfecha (tasa mayor en acusados blancos)[81]	Protege a la sociedad de reincidencias no detectadas, pero aumenta la carga de falsos positivos en otros grupos.

Esta tabla visualiza el conflicto central: la "justicia" no es un término unívoco. Obliga al lector a confrontar que la elección de una métrica es una decisión política con consecuencias distributivas, desmitificando la supuesta objetividad del algoritmo.

Ahora bien, más allá del sesgo algorítmico, la digitalización de la justicia genera un nivel aún más radical de exclusión, que puede comprenderse a través del concepto de "pensamiento abisal" del sociólogo Boaventura de Sousa Santos. Este autor sostiene que el pensamiento occidental moderno establece una línea divisoria invisible que separa un el "lado metropolitano" habitado por sujetos plenos de derechos y resueltos los conflictos mediante regulación y emancipación, y un y el "lado colonial", donde los sujetos son despojados de humanidad y tratados bajo lógicas de apropiación y violencia[82]. Según Santos, el derecho moderno funciona fundamentalmente en el ámbito metropolitano, pero al mismo tiempo produce y legitima esa exclusión del ámbito colonial[83]. El despliegue de tecnologías sin una mirada crítica puede reforzar nuevas divisiones abisales. La justicia digital separa así a quienes tienen internet, dispositivos y competencias técnicas, de quienes carecen de ellos. Los primeros viven como "ciudadanos metropolitanos", que sí experimentan mejoras en eficiencia y accesibilidad; los segundos representan a los "ciudadanos coloniales" del entorno digital —adultos mayores, comunidades rurales, migrantes o sectores empobrecidos— para quienes sistemas que exigen correo electrónico o cargar documentos en línea se vuelven imposibles[84].

81 ANGWIN et al., 2016.

82 Boaventura de Sousa Santos, *Para além do pensamento abissal: Das linhas globais a uma ecologia de saberes*, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 78, outubro 2007, pp. 3-46. Disponible en: http://journals.openedition.org/rccs/753

83 SANTOS, 2007, p. 13–15.

84 AMAO; OGUNKUNLE; AGU; OMONIYI; SAKPERE, 2025, p. 2–5.

Esta exclusión digital no es simplemente una brecha que pueda resolverse con talleres de alfabetización tecnológica o acceso a Wi-Fi. Se trata de una exclusión estructural en la que el sistema judicial deja de ser accesible para parte de la población. En términos de Santos (2007), constituye un fenómeno abisal: el acceso mismo a los mecanismos de justicia es negado[85]. Para el excluido digital, el tribunal "desaparece". Así, la tecnología no solo replica desigualdades ya existentes, sino que las cristaliza en la arquitectura del propio Estado de derecho. La "exclusión abisal" (tal como se desarrolló anteriormente) describe una lógica de división entre una zona metropolitana en donde se aplican plenamente los derechos, la legalidad y el funcionamiento de las instituciones y una zona colonial, donde predomina la arbitrariedad y la invisibilidad jurídica. Esta dinámica se distingue especialmente en la adopción de tecnologías digitales en los sistemas judiciales del Sur Global. A diferencia de los debates del Norte Global centrados en la imparcialidad estadística de los algoritmos, en América Latina, África e India el problema central es aún más elemental: quién puede siquiera participar del sistema de justicia digital.

En India, el proyecto e-Courts busca digitalizar el acceso judicial, pero se ha mostrado que al contrario este sistema ha profundizado las desigualdades en regiones rurales, dondela conectividad es limitada y gran parte de la población no obtiene una asesoría técnica adecuada. De esta manera la digitalización lejos de resolver barreras reconfigura la exclusión, desplazándola del espacio físico al virtual sin eliminarla[86].

Por otra parte, En Brasil, el programa "Justiça 4.0" fue lanzado con la intención de ampliar el acceso a la justicia mediante herramientas de inteligencia artificial y automatización[87]. No obstante, estudios han mostrado que estas soluciones digitales tienden a beneficiar principalmente a quienes ya cuentan con buena infraestructura tecnológica y competencias digitales. Por el contrario, muchas comunidades en favelas o zonas rurales, donde el acceso a internet es limitado y la alfabetización digital es baja, enfrentan dificultades reales para interactuar con los servicios judiciales en línea[88]. Así, en lugar de reducir desigual-

85 SANTOS, 2007, p. 7–15.

86 SUBHAJIT BASU; CHITRA JHA. Evaluating ICT Adoption in the Indian Judiciary: Challenges, Opportunities, and the Impact of the eCourts Project. *Indian Journal of Law and Justice*, v. 15, n. 1, p. 1–25, 2024. DOI: 10.36745/ijca.343

87 WEUDER MARTINS CÂMARA; PATRÍCIA VILAR BORBA GUIMARÃES. A inovação e o uso de inteligência artificial no judiciário brasileiro: uma análise a partir do open justice e do programa justiça 4.0. *Cadernos de Dereito Actual*, n.º 25 (extraordinario), p. 384-401, 2024.

88 Zaida Espinosa Zárate, Celia Camilli Trujillo y Jesús Plaza-de-la-Hoz, *Digitalization in Vulnerable Populations: A Systematic Review in Latin America*, *Social Indicators Research*, 170, 2023, pp. 1183-1207, https://doi.org/10.1007/s11205-023-03239-x

dades, la digitalización puede profundizar las brechas existentes, reproduciendo la exclusión bajo el discurso del progreso tecnológico[89].

En Colombia, el uso de plataformas digitales para la asignación de tutelas, la radicación de demandas y la realización de audiencias virtuales ha incrementado la eficiencia judicial, pero también ha generado nuevos obstáculos. Organizaciones de la sociedad civil han advertido que personas en zonas rurales, comunidades indígenas o sectores empobrecidos enfrentan barreras tecnológicas y de alfabetización que transforman el derecho a la justicia en una promesa meramente formal[90]. Un estudio sobre la implementación de infraestructura tecnológica en el país reveló que esta no logró reducir la brecha digital en las áreas rurales[91].

En Nigeria, el *Judiciary Information Technology Policy* ha sido presentado como una solución estructural al atraso judicial, con el objetivo de delinear una política para la aplicación de la tecnología en los tribunales y así mejorar la productividad y la confianza pública[92]. Sin embargo, fuera de las capitales regionales, la falta de infraestructura básica como el suministro eléctrico inestable, la conectividad de red deficiente y la escasez de instalaciones TIC adecuadas, impide que amplios sectores se beneficien del sistema digital[93]. De hecho, la justicia digital tiende a consolidar un sistema dual: uno moderno y funcional para las élites y zonas con mejor infraestructura, y otro precario e inaccesible para el resto de la población, dado que muy pocas oficinas de abogados están conectadas a internet y el sistema judicial en general carece de un marco tecnológico moderno[94].

Estos ejemplos ponen de manifiesto que la digitalización judicial, cuando se aplica sin medidas correctivas, en lugar de democratizar el acceso puede generar nuevas fronteras abisales entre "ciudadanos conectados" y "ciudadanos invisibles".

La digitalización de la justicia no constituye un proceso neutral ni meramente técnico, sino un terreno en el que se reproducen y profundizan desigualdades sociales preexistentes. Los sesgos algorítmicos se infiltran en distintas etapas del diseño y aplicación de los sistemas —desde la definición de variables y etiquetas hasta la selección de datos o el uso de variables proxy—, generando

89 ESPINOSA ZÁRATE et al., 2023, p. 1203–1205.

90 ESPINOSA ZÁRATE et al., 2023, p. 1198–1201.

91 ESPINOSA ZÁRATE et al., 2023, p. 1190–1193.

92 ESTHER E. ARCHIBONG; KENE-UNWANA TRENCHARD IBIA; GEORGE SUSANA KENNEDY; GEORGE WILLIAMS KENNEDY. Invigoration of E-Judicial System in Nigeria: Challenges and Improvement Strategies to Achieve SDG 2030. *Research Journal of Mass Communication and Information Technology*, v. 8, n. 1, p. 101–108, 2022. DOI: 10.56201/rjmcit.v8.no1.2022.pg101.108

93 ARCHIBONG; IBIA; KENNEDY; KENNEDY, 2022, p. 105.

94 ARCHIBONG; IBIA; KENNEDY; KENNEDY, 2022, p. 103.

efectos discriminatorios que afectan de manera desproporcionada a ciertos grupos sociales. Casos como el algoritmo COMPAS muestran que incluso cuando se cumplen determinadas métricas de equidad, los errores en la clasificación se distribuyen de forma desigual entre poblaciones, revela que la "justicia algorítmica" no es un problema que pueda resolverse únicamente con mejores datos o modelos más sofisticados, sino que implica decisiones normativas y éticas sobre qué tipo de injusticia se está dispuesto a tolerar.

Más allá de los sesgos técnicos, la justicia digital abre un frente de exclusión aún más radical: la exclusión estructural del acceso mismo al sistema jurídico. A la luz del "pensamiento abisal" de Boaventura de Sousa Santos, puede observarse cómo la tecnología traza nuevas líneas divisorias entre quienes cuentan con conectividad, alfabetización digital y recursos, y quienes quedan fuera de esa esfera, invisibilizados como "ciudadanos coloniales" de la era digital. Para estos últimos, el tribunal deja de existir como instancia a la que acudir, transformando la justicia en un privilegio reservado a los sujetos metropolitanos de lo digital. De este modo, la tecnología no solo reproduce desigualdades, sino que las cristaliza en la propia arquitectura del Estado de derecho, volviendo la exclusión más profunda, opaca y difícil de cuestionar.

4. HACIA UNA JUSTICIA DIGITAL DEMOCRÁTICA: PRINCIPIOS Y PROPUESTAS PARA CHILE

La crítica a la neutralidad tecnológica y la constatación de los límites de la regulación actual exigen ir más allá del diagnóstico y proponer marcos alternativos para la gobernanza de la tecnología en la justicia. No se trata de rechazar la tecnología, sino de reorientar su desarrollo e implementación para que sirva a los fines de una justicia democrática, inclusiva y sustantiva. Esto requiere un cambio de paradigma: de la optimización técnica a la deliberación política, y de la neutralidad formal a la justicia relacional.

Un punto de partida erróneo para la regulación es el principio de "neutralidad legal de la IA", Este sostiene que la ley debería tratar de forma equivalente los comportamientos de los sistemas automatizados y los de los humanos[95]. Sin embargo, aunque esta postura busca maximizar beneficios de la IA, tropieza con el riesgo de una falsa equivalencia: se centra excesivamente en el individuo —ya sea persona o sistema— y depende de razonamientos analógicos, sin atender suficientemente a las diferencias sustantivas y al contexto social[96].

En contraposición, se ha planteado un enfoque relacional de la regulación tecnológica[97]. Este enfoque no parte de una supuesta equivalencia, sino que

95 CARYS J. CRAIG. *The Relational Robot: A Normative Lens for AI Legal Neutrality*. *Jerusalem Review of Legal Studies*, 2022 (versión en SSRN, DOI: 10.2139/ssrn.4118849), p. 3.

96 CRAIG, 2022, p. 3–4.

97 CRAIG, 2022, p. 2, 13–16.

evalúa la tecnología en función de cómo configura y transforma las relaciones: entre el ciudadano y el Estado, entre el justiciable y el sistema judicial, y entre los propios ciudadanos. La pregunta clave no es si un algoritmo es "tan bueno como un juez", sino qué tipo de relación de poder establece un sistema algorítmico entre el Estado y la persona sometida a su juicio. ¿Es una relación de transparencia o de opacidad? ¿De deliberación o de imposición? ¿De dignidad o de cosificación?

Este enfoque relacional se complementa con la noción de derechos de neutralidad de la plataforma, desarrollada por Hannibal Travis[98]. Aplicado al contexto judicial, esto implica ir más allá de los derechos negativos (protección contra la interferencia) para afirmar derechos positivos. Según Travis, debe asegurarse no solo la posibilidad formal de acceso al sistema, sino también un "derecho a ser escuchado" en condiciones de equidad: que los ciudadanos no sean invisibilizados, distorsionados o degradados por la lógica de un algoritmo. Ello implica un derecho efectivo a la contestación, a la revisión humana significativa y a una reparación frente a decisiones algorítmicas injustas, garantizando que la voz individual no quede silenciada por el código[99].

El principio de *Justicia por Diseño* propone una transformación en la forma en que se desarrollan y regulan los sistemas algorítmicos en el ámbito judicial. En lugar de limitarse constatar ex post si una herramienta vulnera derechos, se busca que los valores fundamentales del Estado de derecho —equidad, debido proceso, no discriminación, transparencia y rendición de cuentas— se integren desde el inicio del ciclo de vida tecnológico[100] [101].

Para pasar del nivel declarativo a un marco operativo concreto, se propone articular *Justicia por Diseño* en torno a cuatro componentes complementarios y verificables:

1.Privacy by Design (PbD).

Como explica Cavoukian (2009), este enfoque sostiene que la protección de derechos debe incorporarse de manera estructural en el sistema, no añadirse como medida correctiva posterior. Sus siete principios fundacionales (proactividad, privacidad por defecto, integración sistémica, funcionalidad positiva, seguridad integral, visibilidad y respeto al usuario) funcionan también en el

98 TRAVIS, Hannibal. *Platform Neutrality Rights: AI Censors and the Future of Freedom*. Abingdon; New York: Routledge, 2025. (Routledge Research in IT and e-Commerce Law), p 15.

99 TRAVIS, 2025, p. 15–16.

100 CAVOUKIAN, Ann. *Privacy by Design: The 7 Foundational Principles*. Toronto: Information & Privacy Commissioner of Ontario, 2009. Disponible en: https://privacy.ucsc.edu/resources/privacy-by-design---foundational-principles.pdf

101 ADA LOVELACE INSTITUTE. *The AI Act: A User Guide*. London: Ada Lovelace Institute, 2022. Disponible en: https://www.adalovelaceinstitute.org/resource/aia-user-guide/

ámbito judicial como guía para que los sistemas incorporen salvaguardas desde su concepción técnica[102].

2. Equidad por Diseño (EbD).

Green (2022) propone superar la simple auditoría posterior y avanzar hacia la "equidad estructural", lo que implica orientar el diseño de manera estratégica a corregir desigualdades históricas. Esto incluye definir métricas que identifiquen impactos diferenciales sobre poblaciones marginadas y prever escenarios que eviten exclusiones indirectas o sistémicas[103].

3. Diseño Participativo (PD).

El Ada Lovelace Institute (2022) muestra que incorporar la voz de múltiples actores —particularmente de comunidades afectadas— en etapas de diseño y evaluación genera legitimidad social y ayuda a identificar riesgos normativos invisibles desde una perspectiva puramente técnica[104].

4. Evaluación de Impacto Algorítmico (EIA).

El Gobierno de Canadá (2019) ha implementado marcos regulatorios que hacen obligatoria la EIA ex ante en servicios públicos, mediante metodologías estandarizadas y transparentes[105]. Este mecanismo permite documentar, deliberar y revisar periódicamente los efectos sociales, jurídicos y éticos de cada sistema, bajo estándares claros y con participación multisectorial.En conjunto, estos componentes conforman un ciclo de gobernanza sustantiva: *PbD* y *EbD* definen los principios normativos que deben guiar el desarrollo; *PD* establece los actores que deben participar activamente en el proceso; y *EIA* ofrece una herramienta verificable para auditar su cumplimiento. Así, *Justicia por Diseño* no es un ideal abstracto, sino una arquitectura institucional replicable.

Un componente esencial de este marco es superar la noción difusa de "supervisión humana significativa" establecida en marcos como la Ley de IA de la Unión Europea. La literatura en psicología cognitiva ha demostrado que, en condiciones de alta carga de trabajo, los humanos tienden a aceptar las decisiones de los sistemas automatizados sin cuestionamiento (automation bias). Por tanto, se requiere una redefinición más exigente del rol humano en estos procesos.

102 CAVOUKIAN, 2009, p. 1–5.

103 BEN GREEN. Escaping the Impossibility of Fairness: From Formal to Substantive Algorithmic Fairness. Philosophy & Technology, v. 35, n. 90, 2022. p. 17–20. DOI: https://doi.org/10.1007/s13347-022-00584-6.

104 ADA LOVELACE INSTITUTE, 2022, p. 12–15.

105 CANADÁ. Government of Canada. Directive on Automated Decision-Making. Ottawa: Treasury Board of Canada Secretariat, 2019 (última mod. 2025). Disponible en: <https://www.tbs-sct.canada.ca/pol/doc-eng.aspx?id=32592>

El concepto de Control Humano Significativo (*Meaningful Human Control*, MHC), originalmente formulado en el contexto de los sistemas de armas autónomas, ofrece una base más sólida. Según Santoni de Sio y van den Hoven (2018), este control requiere tres condiciones fundamentales: acceso a información clara y comprensible; autoridad real para intervenir, modificar o detener la decisión automatizada; y una asignación jurídica explícita de responsabilidad. Aplicado al ámbito judicial, esto significa que jueces y funcionarios deben contar no solo con la facultad, sino también con la obligación institucional de auditar críticamente los sistemas, evitando un rol meramente ceremonial o de validación[106].

El Proyecto de Ley de Inteligencia Artificial en Chile (Boletín 16821-19), presentado en mayo de 2024, constituye un esfuerzo pionero para regular los sistemas de IA en clave de derechos fundamentales, innovación responsable y control institucional. Entre sus mecanismos incluye una clasificación por nivel de riesgo definida por un Consejo Técnico Asesor, sanciones de hasta 20.000 UTM y facultades de fiscalización a la futura Agencia de Protección de Datos Personales[107].

Desde una perspectiva crítica, este marco legal chileno puede interpretarse como un espacio propicio para la implementación de los principios de Justicia por Diseño. La clasificación de riesgos y la prohibición de ciertos usos —como la vigilancia biométrica remota o la manipulación subliminal— revelan un intento por prevenir daños desde el diseño. Igualmente, la exigencia de explicabilidad y el recurso a entornos regulatorios de tipo sandbox se alinean con las lógicas de EIA, al ofrecer herramientas para auditar anticipadamente los efectos sociales y jurídicos de la IA (Ministerio de Ciencia, 2024).

La supervisión humana obligatoria y la inclusión de sanciones legales claras sientan las bases para trascender la noción formal de supervisión, en favor de un auténtico marco de Control Humano Significativo, en la línea planteada por Santoni de Sio y van den Hoven (2018)[108] Muñoz Valdebenito (2024) ofrece un examen sistemático del texto legal, reconociendo fortalezas y debilidades, incluyendo la complejidad de la clasificación de riesgos, potencial rigidez frente a la rápida evolución tecnológica y falta de claridad en temas clave como la IA generativa y la propiedad intelectual. El contraste con marcos internacionales permite identificar mejores prácticas y recomendaciones para alcanzar una regu-

106 SANTONI DE SIO, Filippo & VAN DEN HOVEN, Jeroen. *Meaningful Human Control over Autonomous Systems: A Philosophical Account*. *Frontiers in Robotics and AI*, vol. 5, art. 15, 2018, p. 1-15. DOI: https://doi.org/10.3389/frobt.2018.00015

107 CHILE. MINISTERIO DE CIENCIA, TECNOLOGÍA, CONOCIMIENTO E INNOVACIÓN. *Proyecto de Ley que regula los sistemas de inteligencia artificial* [Boletín 16821-19]. Santiago de Chile, 7 mayo 2024. Disponible en: https://minciencia.gob.cl/areas/inteligencia-artificial/Inteligencia-Artificial/Proyecto-Ley-regula-sistemas-IA/

108 SANTONI DE SIO; VAN DEN HOVEN, 2018, p. 8–10.

lación más equilibrada y adaptativa[109]. En consecuencia, Chile tiene una oportunidad estratégica: este proyecto puede servir como un laboratorio normativo en el que converjan innovación, justicia estructural y control democrático. Sin embargo, para evitar replicar los límites de la regulación europea—marcada por el formalismo procedimental—debe reforzarse la participación ciudadana y la deliberación judicial, integrando plenamente los principios de Privacy by Design, Equidad por Diseño, Diseño Participativo y Evaluación de Impacto Algorítmico.

En el Sur Global, y en particular en Chile, el debate sobre justicia digital no puede resolverse mediante la mera importación del modelo europeo. Si bien este ha generado avances relevantes en materia de protección de datos e inteligencia artificial, su orientación procedimental responde a realidades institucionales distintas, con mayores recursos regulatorios y capacidades técnicas. Aplicar estas mismas fórmulas en contextos de desigualdad estructural y limitada capacidad de fiscalización corre el riesgo de convertir la regulación en un ejercicio meramente declarativo, sin eficacia práctica para proteger derechos.

Sin embargo, para evitar replicar los límites de la regulación europea — marcada por el formalismo procedimental— debe reforzarse la participación ciudadana y la deliberación judicial, integrando plenamente los principios de Privacy by Design, Equidad por Diseño, Diseño Participativo y Evaluación de Impacto Algorítmico. Esta exigencia se explica porque el modelo europeo, aunque avanzado en términos técnicos, ha mostrado su tendencia a reducir la protección de derechos a una serie de auditorías, certificaciones y obligaciones de cumplimiento que no siempre garantizan resultados sustantivos en materia de justicia[110]. En contextos como el chileno, donde la brecha digital, la desigualdad socioeconómica y la limitada capacidad institucional de supervisión son factores estructurales, la mera transposición de ese modelo corre el riesgo de generar una "ética de papel", incapaz de controlar realmente los impactos de la automatización en la administración de justicia.

Por ello, una aproximación contextualizada resulta indispensable. El principio de Kasirzadeh[111] *Privacy by Design*, asegura que los derechos fundamentales no se conciban como controles ex post, sino como garantías integradas en el diseño tecnológico[112]. La *Equidad por Diseño* exige corregir desigual-

109 MUÑOZ VALDEBENITO, Claudio. *Proyecto de ley que regula la inteligencia artificial en Chile: análisis crítico hacia una innovación responsable*. Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, v. 15, n. 1, p. 95-120, 2024.

110 WACHTER; MITTELSTADT; RUSSELL, 2020, p. 42–47.

111 KASIRZADEH, Atoosa. *Algorithmic Fairness and Structural Injustice: Insights from Feminist Political Philosophy*. In: AAAI/ACM Conference on AI, Ethics, and Society (AIES'22), Oxford, UK, 1–3 ago. 2022. New York: ACM, 2022. p. 349–356. DOI: https://doi.org/10.1145/3514094.3534188

112 CAVOUKIAN, 2009, p. 1–4.

dades históricas al momento de definir métricas y objetivos algorítmicos, lo que resulta crucial en sociedades con fuertes asimetrías como las del Sur Global[113]. El *Diseño Participativo* amplía la legitimidad democrática al incorporar a comunidades afectadas en las fases de desarrollo y supervisión, evitando que las decisiones técnicas se tomen de forma unilateral desde el Estado o desde corporaciones tecnológicas[114]. Finalmente, la *Evaluación de Impacto Algorítmico* proporciona un mecanismo institucional de control continuo y verificable, permitiendo anticipar y corregir riesgos antes de que las vulneraciones de derechos se materialicen[115].

En suma, la experiencia europea puede servir de referencia inicial, pero no puede adoptarse acríticamente. En el caso chileno, la clave está en aplicar estos principios de manera efectiva y sustantiva para avanzar hacia una justicia digital democrática, sensible a la desigualdad estructural y abierta al control ciudadano.

5. CONCLUSIÓN

El análisis comparativo muestra que, aunque los marcos regulatorios europeos —y en particular el español— han logrado avances relevantes la formalización de procedimientos, la protección de datos y evaluación de riesgos algorítmicos, su enfoque predominantemente procedimental limita la atención a cuestiones sustantivas de poder, la equidad y participación ciudadana. En el Sur Global, la replicación acrítica de estos modelos pueden profundizar desigualdades estructurales, debido a la heterogeneidad social, la persistencia de la brecha digital y la fragilidad institucional. En el caso de Chile, la incorporación de tecnologías judiciales enfrenta el desafío de equilibrar eficiencia técnica con justicia sustantiva, lo que exige integrar los principios de Privacy by Design, Equidad por Diseño, Diseño Participativo y Evaluación de Impacto Algorítmico, al tiempo que se consolida la deliberación judicial y se amplía la participación ciudadana.

En todos los casos, la investigación subraya que la neutralidad tecnológica es una falacia: cada decisión de diseño-desde la elección de variables hasta la interfaz de usuario-constituye un acto político con consecuencias distributivas. En consecuencia, justicia digital no debe reducirse a una lógica de optimización técnica, sino orientarse hacia criterios de inclusión, transparencia, responsabilidad y deliberación democrática. Asumir esta perspectiva requiere un cambio de paradigma: priorizar derechos sustantivos sobre eficiencia, implementar auditorías vinculantes, supervisión humana significativa y diseñar sistemas que reflejen los valores sociales y democráticos del contexto específico.

113 KASIRZADEH, 2022, p. 351–353.

114 ADA LOVELACE INSTITUTE, 2022, p. 12–15.

115 CANADÁ, 2019, última mod. 2025, p. 4–6.

La tecnología no es un destino inevitable, sino una elección regulatoria y política. El modo en que se implemente, determinará si la justicia digital reproduce desigualdades existentes o si, por el contrario, contribuye a fortalecer la equidad y la democracia en cada región. Europa y España ofrecen referencias normativas útiles, aunque limitadas; los países del Sur Global deben desarrollar modelos adaptados a sus realidades socio institucionales; y Chile tiene, ante sí, la oportunidad de liderar un enfoque de justicia digital democrática que combine control técnico, participación ciudadana y principios de equidad contextual.

REFERENCIAS

ADA LOVELACE INSTITUTE. The AI Act: A User Guide. London: Ada Lovelace Institute, 2022. Disponible en: https://www.adalovelaceinstitute.org/resource/aia-user-guide/. Acceso en: 2 set. 2025.

AMAO, D. K.; OGUNKUNLE, O. O.; AGU, J. N.; OMONIYI, A. D.; SAKPERE, W. Role of technology in a social, economic and ethical environment: jurisprudence approaches to legal reasoning. African Journal of Law, Political Research and Administration, v. 8, n. 2, p. 1-17, 2025. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/391365746_Role_of_Technology_in_a_Social_Economic_and_Ethical_Environment_Jurisprudence_Approaches_to_Legal_Reasoning. Acceso en: 2 set. 2025.

AMERICAN BAR ASSOCIATION (ABA). Formal Opinion 512 on Lawyers' Use of Generative Artificial Intelligence. Chicago: American Bar Association, 2024.

ANGWIN, Julia; LARSON, Jeff; MATTU, Surya; KIRCHNER, Lauren. Machine bias: risk assessments in criminal sentencing. ProPublica, 23 May 2016. Disponible en: https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing. Acceso en: 2 set. 2025.

APPELMAN, Naomi; Ó FATHAIGH, Ronan; VAN HOBOKEN, Joris V. J. Social welfare, risk profiling and fundamental rights: the case of SyRI in the Netherlands. Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law (JIPITEC), v. 12, n. 4, 2021. Disponible en: https://ssrn.com/abstract=3984935 . Acceso en: 2 set. 2025.

ARCHIBONG, Esther E.; IBIA, Kene-Unwana Trenchard; KENNEDY, George Susana; KENNEDY, George Williams. Invigoration of e-judicial system in Nigeria: challenges and improvement strategies to achieve SDG 2030. Research Journal of Mass Communication and Information Technology, v. 8, n. 1, p. 101-108, 2022.

BASU, Subhajit; JHA, Chitra. Evaluating ICT adoption in the Indian judiciary: challenges, opportunities, and the impact of the eCourts project. Indian Journal of Law and Justice, v. 15, n. 1, p. 1-26, 2024.

CÂMARA, Weuder Martins; GUIMARÃES, Patrícia Vilar Borba. A inovação e o uso de inteligência artificial no judiciário brasileiro: uma análise a partir do open justice e do programa Justiça 4.0. Cadernos de Dereito Actual, n. 25 (extraordinario), p. 384-401, 2024. DOI: 10.5281/zenodo.13926000.

CAVOUKIAN, Ann. Privacy by design: the 7 foundational principles. Toronto: Information & Privacy Commissioner of Ontario, 2009. Disponible en: https://www.ipc.on.ca/wp-content/uploads/Resources/7foundationalprinciples.pdf. Acceso en: 2 set. 2025.

CEFALIELLO, Aude; KULLMANN, Miriam. Offering false security: how the draft Artificial Intelligence Act undermines fundamental workers' rights. European Labour Law Journal, v. 13, n. 4, p. 542-562, 2022. DOI: https://doi.org/10.1177/20319525221114474

CORREAS, Óscar. Introducción a la crítica del derecho moderno. México: Fontamara, 2006.

CRAIG, Carys J. The relational robot: a normative lens for AI legal neutrality. Jerusalem Review of Legal Studies, 2022. Disponible en: https://ssrn.com/abstract=4118849. Acceso en: 2 set. 2025.

CRUZ RIVERO, Diego. Disputabilidad y equidad en los mercados digitales: una visión de Derecho europeo. Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, v. 15, n. 1, art. 17, 2024. Epub 17 jul. 2024. DOI: https://dx.doi.org/10.7770/rchdcp-v15n1-art393

DAVIS, Peter Alexander Earls; SCHWEMER, Sebastian Felix. Rethinking decisions under Article 22 of the GDPR: implications for semi-automated legal decision-making. In: INTERNATIONAL WORKSHOP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND INTELLIGENT ASSISTANCE FOR LEGAL PROFESSIONALS IN THE DIGITAL WORKPLACE (LEGALAIIA 2023), 3., 2023, Braga. Proceedings…. Braga: ICAIL, 2023. p. 1-9. Disponible en: https://ceur-ws.org/Vol-3420/paper1.pdf . Acceso en: 2 set. 2025.

DIETERICH, William; MENDOZA, Christina; BRENNAN, Tim. COMPAS risk scales: demonstrating accuracy, equity and predictive parity. Northpointe Inc., 2016. Disponible en: https://www.equivant.com/compass-risk-scales-demonstrating-accuracy-equity-and-predictive-parity/ . Acceso en: 2 set. 2025.

EGUÍLUZ CASTAÑEIRA, Juan Antonio. Desafíos y retos que plantean las decisiones automatizadas y los perfilados para los derechos fundamentales. Estu-

dios de Deusto, v. 68, n. 2, p. 325-367, 2020. DOI: https://doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp325-367

ESPINOSA ZÁRATE, Zaida; CAMILLI TRUJILLO, Celia; PLAZA-DE-LA-HOZ, Jesús. Digitalization in vulnerable populations: a systematic review in Latin America. Social Indicators Research, v. 170, p. 1183-1207, 2023. DOI: https://doi.org/10.1007/s11205-023-03239-x

FLORES RIVAS, Juan Carlos; AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. Análisis de algunos aspectos procesales del sistema de resolución de controversias en concesiones de obra pública. Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, v. 16, n. 1, art. 06, 2025. Epub 15 abr. 2025. DOI: https://dx.doi.org/10.7770/rchdcp-v16n1-art412

GAO, Qifan; AN, Hongyu. Technology-neutral illusion: the ethical and social challenges in the age of artificial intelligence. Sociology, Philosophy and Psychology, v. 1, n. 2, p. 33-40, 2024. DOI: 10.70267/f, Ben. Escaping the impossibility of fairness: from formal to substantive algorithmic fairness. Philosophy & Technology, v. 35, n. 90, 2022. DOI: https://doi.org/10.1007/s13347-022-00584-6

CANADÁ. Directive on Automated Decision-Making. Ottawa: Treasury Board of Canada Secretariat, 2019. Atualizada em jun. 2025. Disponible en: https://www.tbs-sct.canada.ca/pol/doc-eng.aspx?id=32592. Acceso en: 2 set. 2025.

KASIRZADEH, Atoosa. Algorithmic fairness and structural injustice: insights from feminist political philosophy. In: AAAI/ACM CONFERENCE ON AI, ETHICS, AND SOCIETY (AIES'22), 2022, Oxford. Proceedings…. New York: Association for Computing Machinery, 2022. p. 349-356. DOI: https://doi.org/10.1145/3514094.3534188

KLEINBERG, Jon; MULLAINATHAN, Sendhil; RAGHAVAN, Manish. Inherent trade-offs in the fair determination of risk scores. arXiv preprint, arXiv:1609.05807, 2016. Disponible en: https://arxiv.org/abs/1609.05807 . Acceso en: 2 set. 2025.

LESSIG, Lawrence. Code and other laws of cyberspace. New York: Basic Books, 1999.

LEVITINA, Anna. Humans in automated decision-making under the GDPR and AI Act. CIDOB Policy Report, 2024. Disponible en: https://www.cidob.org/en/publications/humans-automated-decision-making-under-gdpr-and-ai-act . Acceso en: 2 set. 2025.

MAGESH, Varun; SURANI, Faiyaz; DAHL, Matt; SUZGUN, Mirac; MANNING, Christopher D.; HO, Daniel E. Hallucination-free? assessing the reliability of leading AI legal research tools. Journal of Empirical Legal Studies, 2025. DOI: https://doi.org/10.1111/jels.12413

MARCUSE, Herbert. One-dimensional man: studies in the ideology of advanced industrial society. Boston: Beacon Press, 1964.

MARTÍNEZ MONTENEGRO, Isnel. Sobre los métodos de la investigación jurídica. Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, v. 14, n. 1, art. 01, 2023. Epub 30 jun. 2023. DOI: https://dx.doi.org/10.7770/rchdcp-v14n1-art312

MARTÍNEZ MONTENEGRO, Isnel. El problema de investigación jurídica: claves metodológicas para una formulación pertinente. Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, v. 16, n. 1, art. 09, 2025. Epub 28 jun. 2025. DOI: https://dx.doi.org/10.7770/rchdcp-v16n1-art503

CHILE. MINISTERIO DE CIENCIA, TECNOLOGÍA, CONOCIMIENTO E INNOVACIÓN. Proyecto de ley que regula los sistemas de inteligencia artificial [Boletín 16821-19]. Santiago de Chile, 7 mayo 2024. Disponible en: https://minciencia.gob.cl/areas/inteligencia-artificial/Inteligencia-Artificial/Proyecto-Ley-regula-sistemas-IA/ . Acceso en: 2 set. 2025.

O'NEIL, Cathy. Armas de destrucción matemática. Madrid: Capitán Swing, 2017. Disponible en: https://www.capitanswing.com/libros/armas-de-destruccion-matematica/ . Acceso en: 2 set. 2025.

SANTONI DE SIO, Filippo; VAN DEN HOVEN, Jeroen. Meaningful human control over autonomous systems: a philosophical account. Frontiers in Robotics and AI, v. 5, art. 15, p. 1-15, 2018. DOI: https://doi.org/10.3389/frobt.2018.00015

SOUSA SANTOS, Boaventura de. Más allá del pensamiento abisal: de las líneas globales a una ecología de saberes. Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 78, p. 3-46, 2007. DOI: https://doi.org/10.4000/rccs.753

SQUELLA NARDUCCI, Agustín; VALENZUELA CORI, Rodrigo. Seminario "La justificación de las decisiones judiciales", Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, 23 mar. 2005. Revista de Derecho (Valdivia), v. 19, n. 1, p. 277-292, jul. 2006. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718=09502006000100015-&lng=en&nrm-iso. Acceso en: 2 set. 2025. DOI: http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502006000100015

TRAVIS, Hannibal. Platform neutrality rights: AI censors and the future of freedom. Abingdon; New York: Routledge, 2025. (Routledge Research in IT and e-Commerce Law). DOI: https://doi.org/10.4324/9781003496106

WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent; RUSSELL, Chris. Why fairness cannot be automated: bridging the gap between EU non-discrimination law and AI. Computer Law & Security Review, v. 41, art. 105567, 2021. Preprint disponible en SSRN (2020). DOI: https://doi.org/10.2139/ssrn.3547922

WINNER, Langdon. The whale and the reactor: a search for limits in an age of high technology. Chicago: University of Chicago Press, 1986.

JURISPRUDENCIA

BRODERICK, P. Kevin. Order to Show Cause, Sanctions. Documento judicial en el caso Mata v. Avianca, Inc., No. 22-CV-1461 (PKC). New York: United States District Court, S.D.N.Y., 2023.

UNITED STATES DISTRICT COURT (Southern District of New York). Mata v. Avianca, Inc., No. 22-CV-1461 (PKC), 2023 WL 4114965, 22 jun. 2023.

ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 76/2019, de 22 de mayo. Madrid: Tribunal Constitucional, 2019.

TRIBUNAL DE DISTRITO DE LA HAYA. Sentencia de 5 de febrero de 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:1878 (Asunto SyRI). La Haya: Tribunal de Distrito, 2020.

NORMAS Y TRATADOS

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. Madrid: Jefatura del Estado, 1978.

CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (CEDH). Roma, 1950.

UNIÓN EUROPEA. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos). Diario Oficial de la Unión Europea, L 119, 4 may. 2016.

UNIÓN EUROPEA. Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de Servicios Digitales). Diario Oficial de la Unión Europea, L 277, 27 oct. 2022.

UNIÓN EUROPEA. Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de marzo de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial). Diario Oficial de la Unión Europea, L 148, 30 mayo 2024.

EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE. Understanding algorithmic decision-making: opportunities and challenges. Brussels: European Parliament, Mar. 2019. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/624261/EPRS_STU(2019)624261_EN.pdf. Acceso en: 2 set. 2025.

DOI: 10.12818/P.0304-2340.2025v87p197

A HISTÓRIA DA FORMAÇÃO DAS LEIS PROCESSUAIS CIVIS BRASILEIRAS: DO BRASIL IMPÉRIO À ENTRADA EM VIGOR DO CPC DE 1939

THE HISTORY OF THE FORMATION OF BRAZILIAN CIVIL PROCEDURAL LAWS: FROM THE BRAZILIAN EMPIRE TO THE ENTRY INTO FORCE OF THE 1939 CPC

Joseli Lima Magalhães[*]

RESUMO

O presente artigo jurídico faz um escorço crítico-histórico do nascimento, evolução, sedimentação, aprimoramento e perspectivas do direito processual civil brasileiro desde a época imperial, passando pela elaboração dos códigos de processos civis dos Estados Membros e pela tomada de decisão política da elaboração do primeiro código de processo civil (1939. Não constitui objeto deste trabalho, o estudo e levantamento crítico de pontos relacionados aos acontecimentos jurídicos, políticos ou sociais ocorridos entre a entrada em vigor do CPC de 1939 e o atual CPC, ainda que sejam apresentado elementos, ainda que superficiais, entre o passado e o presente, como por exemplo a temática ligada à existência dos códigos de processos civis estaduais e a presença marcante do princípio da oralidade. Espera-se que a presente pesquisa jurídica, bibliográfica por excelência, contribua para a revisitação de institutos históricos há anos sedimentados na dogmática processual nacional, a ensejar uma nova visão democrática junto ao ensino jurídico de direito processual civil brasileiro. No que se refere à metodologia de pesquisa, foi escolhida a pesquisa exploratória, cujo método escolhido foi o da documentação indireta, em especial a pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: História do Direito. Codificação. Praxismo. Oralidade. CPC atual.

ABSTRACT

This legal article provides a critical-historical overview of the origins, evolution, consolidation, improvement, and prospects of Brazilian civil procedural law, from the imperial era through the development of the civil procedural codes of the Member States and the political decision-making surrounding the creation of the first civil procedural code (1939). The study and critical survey of points related to the legal, political, or social developments that occurred between the entry into force of the 1939 Code of Civil Procedure and the current Code of Civil Procedure are not the objective of this work. Although elements, albeit superficial, are presented between the past and the present, such as the existence of state civil procedural codes and the prominent presence of the principle of orality. It is hoped that this legal research, a bibliographical one par excellence, will contribute to the revisiting of historical institutions that have been entrenched in Brazilian procedural dogma for years, fostering a new democratic vision within the legal education of Brazilian civil procedural law. The chosen research methodology was exploratory research, using indirect documentation, particularly bibliographical research.

KEYWORDS: *History of Law. Codification. Praxism. Orality. Current CPC.*

* Doutor em Direito Processual pela PUC-MINAS (2013). Professor Adjunto da Universidade Estadual do Piauí e Professor Associado da Universidade Federal do Piauí.
E-mail: joseli.magalhaes@gmail.com
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-6946-5066.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Para melhor compreensão de como se encontra o atual estágio do direito processual civil brasileiro, especialmente no que se refere aos conteúdos ideológicos presentes no atual Código de Processo Civil, muitos dos quais advindos da própria construção sistemática contida em seu anteprojeto, necessário fazer-se um percurso histórico do direito processual civil brasileiro.

Como se trata de trabalho científico essencialmente de cunho científico, pondera-se que os elementos históricos e a própria historiografia abordada no texto devem ser entendidos não apenas como o estudo da "história da história", mas como a "consciência crítica da própria História", na medida em que argumenta que a prática historiográfica vai além de um mero exercício cronológico de catalogar a produção de outros historiadores; na verdade, é reflexão fundamental a respeito de como o conhecimento histórico é construído, as escolhas metodológicas que o sustentam e os limites de sua objetividade. O historiador não é um mero compilador de dados, mas um agente de crítica, sendo capaz de analisar o contexto em que uma obra histórica foi produzida, as influências teóricas e ideológicas do autor e as lacunas e silêncios que permeiam o texto. Devem ser estabelecidos elementos como um campo de autoanálise constante da disciplina, um verdadeiro "espelho" que permite à História se olhar e questionar seus próprios métodos e discursos[1], pensamento este por sinal presente na obra "Historiografia: Teoria e Prática", consistindo o ponto central do pensamento de José Jobson de Andrade Arruda.

No caso do presente artigo jurídico, que tem cunho essencialmente histórico, não se buscou apenas narrar ou discorrer a respeito dos fatos jurídicos relevantes ligados à construção das leis processuais civis nacionais no período compreendido do Brasil Império à entrada em vigor do CPC/39, mas sobretudo imprimir um viés crítico destes elementos históricos com fortes conotações jurídicos e, a partir daí, igualmente pensar o presente com o que ocorreu no passado remoto.

Necessário que houvesse um corte epistemológico do objeto de estudo: portanto, somente foram abordados e pesquisados elementos ligados ao direito processual desde a época imperial até a entrada em vigor do primeiro código de processo civil nacional – o CPC de 1939.

O primeiro item desta pesquisa jurídica, assim, procura identificar as principais características do direito processual civil nacional ainda no Brasil Império, onde há verdadeira falta de cientificidade do direito processual, ainda mais porque prevalecida, no Brasil e no mundo, o conteúdo privatístico; na segunda parte desta pesquisa jurídica, são abordados conteúdos processuais civil ligados ao período da República, destacando-se a criação, pelos estados mem-

1 ARRUDA, 2014.

bros, de inúmeros códigos de processos civis estaduais, merecendo referência os códigos processuais civil dos estados da Bahia, Minas Gerais e São Paulo; já a terceira parte deste trabalho acadêmico buscou identificar os principais aspectos ocorridos entre os anos de 1934 e 1938, porquanto em 1939 houve a entrada em vigor do primeiro código de processo civil nacional, enterrando de vez os referidos códigos processuais civil estaduais; por fim, há destaque para o manejo da técnica da *oralidade* (também considerado ou elevado ao grau de princípio), marcante entre o Brasil império e principalmente a partir do início do século XX, sendo que o *praxismo* constituiu uma atividade dominante neste período da história do direito processual (civil) brasileiro, onde são apresentadas conexões e influências ao modelo adotado pelo atual direito processual civil brasileiro, principalmente esculpido no atual CPC.

Evidente ser impossível em pouco mais de vinte páginas traçar todos os elementos dogmáticos existentes e dominantes do direito processual civil nacional em uma época rica, porém pouco explorada, da cultura jurídica processual civil nacional, que começa com a independência do país e vai até o início dos anos 40, contudo, dentro das limitações impostas pela própria atividade acadêmica, foram apresentadas críticas a tais institutos de direito processual que acabaram, de uma forma ou outra, forjando o que se encontra presente na dogmática processualística brasileira, onde a celeridade é o ponto principal e reinante, deixando-se de lado inclusive o contraditório e a ampla defesa.

2. AS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO NA ÉPOCA DO IMPÉRIO: A FALTA DE CIENTIFICIDADE E A FORTE CONEXÃO COM O DIREITO PRIVADO

Após a independência do Brasil, foi elaborada uma lei em 20 de outubro de 1823[2], que "declara em vigor a legislação pela qual se regia o Brazil até 25 de Abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquella data em diante, e os decretos das Cortes Portuguesas que são especificados", solucionando-se, de certa forma, ainda que

2 Art. I – As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quais o Brasil se governava até o dia vinte e cinco de abril de mil oitocentos e vinte e um, em que Sua Majestade Fidelíssima, atual Rei de Portugal e Algarves, se ausentou desta Corte, e todas as que foram promulgadas daquela data em diante pelo Senhor Dom Pedro de Alcântara, como Regente do Brasil, enquanto Reino; e como Imperador Constitucional, desde que se erigiu em Império, ficam em inteiro vigor na parte em que não tiveram de sido revogadas; para por elas se regularem os negócios do interior deste Império, enquanto não se organizar um novo Código, ou não forem especialmente alteradas.

Art. II – Todos os Decretos publicados pelas Côrtes de Portugal, que vão especificados na Tabela junta, ficam igualmente valiosos, enquanto não forem expressamente revogados". (Imperador com Guarda – José Joaquim Carneiro de Campos).

provisioriamente, a questão de quais normas jurídicas deveriam ser aplicadas ao país.

O direito processual civil brasileiro continuou sendo regido pelo Livro II das Ordenações Filipinas. A origem do nosso direito processual civil, como não poderia ser diferente, é das Ordenações de Portugal. Com vigência entre 1446 e 1521, as "Ordenações Afonsinas", estatuídas pelo Rei D. Afonso V, e com forte influência do direito romano, que prevalecia na época em toda a Europa durante a Idade Média e boa parte da Idade Moderna, sendo que posteriormente, marcante era influência das "Ordenações Manuelinas", de D. Manuel I, seguida das "Ordenações Filipinas", de D. Filipe II, da Espanha.

Liebman aponta que as Ordenações Filipinas apenas lentamente foram sendo substituídas por leis novas, mantendo-se em vigor por um tempo excessivamente longo, daí a justificar o comportamento que possuem a doutrina e jurisprudência brasileira diante da legislação escrita, de tal maneira que um

> menor apego ao texto legislativo em comparação aos juristas europeus, e uma mais despreendida interpretação das suas disposições, num esforço de encontrar uma solução satisfatória para cada caso concreto, com largo recurso ao direito comparado e à doutrina estrangeira. Uma aguçada sensibilidade para o justo substitui frequentemente a menor inclinação à construção dogmática[3].

Quando da independência do Brasil, encontravam-se em vigor as "Ordenações Filipinas", que logo passaram a ser aplicadas no país, posto que também possuíam normas de direito processual, ainda que relacionadas a procedimentos da prática forense, afinal, ao deixar a condição de colônia, Portugal "não tinha e nem podia ter, pela ausência de situação histórico-cultural produtora de normas, leis próprias"[4], tendo-se que apontar ainda ter sido a nossa primeira lei processual de maior envergadura o "Código de Processo Penal", de 1832.

O século XIX foi marcadamente pouco expressivo em relação a grandes inovações no direito processual, no Brasil e no mundo, em especial até quando houve a primeira teoria do processo que realmente tentou separar o direito processual do direito privado – *a teoria do processo como relação jurídica* – idealizada em um primeiro momento por Oscar Von Bülow, com a publicação da célebre obra "Teoria das exceções e dos pressupostos processuais", por volta de 1868, sendo fato evidente que "a partir de sua notável contribuição na elaboração dos pressupostos processuais que o 'processo' ganhou forma, autonomia e foco dentre as ciências jurídicas"[5], havendo, pois, o começo desta ruptura entre o direito privado (civil) e o direito público (processual), ou ao menos o início da construção de leis processuais fora do ambiente de códigos civis e comerciais.

3 LIEBMAN, 2010, p. 51.

4 ARRUDA ALVIM NETTO, 2008, p. 56.

5 PIAZZA, 2011, p. 601.

Na verdade, a importância da obra de BÜLOW para a ciência processual, para o Brasil e para o mundo, passando por autores europeus, como Adolf WACH, nas obras Conferencias Sobre La Ordeanza Procesal Civil Alemana e Manual de Derecho Procesal Civil, e também Josef KOHLER (Der Prozess als Rechtsverhaeltniss) e Konrad HELLWIC (Lehrbuch des Deutschen Civil-prozessrechts), passando pelos italianos Giuseppe CHIOVENDA (Instituições de Direito Processual Civil), Francesco CARNELUTTI (Sistemas de Direito Processual Civil), Piero CALAMANDREI (Instituições de Direito Processual Civil) e o próprio Enrico Tullio LIEBMAN (Problemi del Processo Civile), que muito influenciou o direito processual brasileiro. No Brasil, a importância e influência de BULOW é apontada por José Frederico MARQUES (Elementos de Direito Processual Penal e Manual de Direito Processual Civil), Hélio TORNAGHI (A Relação Processual Penal e Comentários ao Código de Processo Penal), Aury LOPES JR. (Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional), Eugênio PACELLI DE OLIVEIRA (Curso de Processo Penal), Paulo RANGEL (Direito Processual Penal), Fernando da Costa TOURINHO FILHO, além de Rogério Lauria TUCCI (Teoria do Direito Processual Penal: Jurisdição, Ação e Processo) e José Rubens COSTA (Manual de Processo Penal)[6], mas há também quem aponte críticas a toda esta idolatria da importância de BÜLOW para a ciência processual brasileira, em especial o que pensam os processualistas Rosemiro Pereira Leal, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e André Cordeiro Leal, representantes da Escola Mineira de Processo[7] e críticos da teoria do processo como relação jurídica, para os quais BÜLOW meramente inaugurou uma *nova vertente tecnol*ógica *da jurisdição*[8] como mera conexão com a atividade típica do juiz que e a própria jurisdição, sendo o processo "instrumento da jurisdição, não explica como seria possível controlar e fiscalizar a criação do direito pelo solipsismo do julgador"[9], daí a expressão cunhada pelo jurista mineiro "Paradoxo de Bülow", porquanto não cuidou de explicar

> como se poderia controlar essa atividade jurisdicional criadora de um direito que era, em última análise, 'emocional' ou 'sentimental'. É exatamente dessa aporia que se erige incontornável, nos escritos posteriores dos que buscaram o controle da atividade judicial pelos fundamentos da ciência bülowiana, o paradoxo de Bülow[10].

6 PIAZZA, 2011, p. 601-602.

7 A respeito da Escola Mineira de Processo, pode-se afirmar que, apesar de relativamente nova, "tem se apresentado como uma alternativa combativa ao processualismo de resultado, preconizada pela Escola Paulista de Direito. Não se pode deixar de mencionar, ainda, que outros três juristas muito contribuíram para os alicerces teóricos da Escola Mineira de Processo: o jurista italiano Élio Fazzalari, e os juristas brasileiros José de Oliveira Baracho e Aroldo Plínio onçalves". (MAGALHÃES, 2021, p. 127-128).

8 LEAL, 2008, p. 65.

9 MUNDIN, 2016, p. 51.

10 LEAL, 2008, p. 61.

Voltando à processualística nacional, ao contrário do que muitos identificam, o Código Comercial, de 25 de novembro de 1850 pouco continha ou disciplinava normas de direito processual suficientes para a aplicação do próprio Código, apenas estabelecia em seu art. 27[11], do Título Único, correspondente ao capítulo designado "Da Ordem do Juízo nas Causas Comerciais", que deveria ser feito um regulamento adequado para tratar das causas comerciais (sua aplicação).

Esse regulamento adequado já vinha sendo elaborado mesmo antes de entrar em vigor o Código Comercial, cuja comissão era composta pelo Ministro da Justiça da época, Euzébio de Queiroz Coutinho Matosso Câmara, e pelos membros José Clemente Pereira, José Tomás Nabuco de Araújo, Francisco de Carvalho Moreira, Caetano Alberto Soares e Irineu Evangelista de Souza. Nabuco de Araújo, Caetano Alberto e Carvalho Moreira ficaram com a responsabilidade de elaborar a matéria relativa às três partes do Código Comercial, sendo que quanto ao *Título Único do Código*, relativo aos Tribunais e Juízes comerciais, ficou a cargo de José Clemente Pereira[12], mas que por indicação de Nabuco de Araújo, a redação final coube exclusivamente a Carvalho Moreira, para que se pudesse manter ao máximo a identidade de linguagem e de estilo na redação do texto. Posteriormente, o Governo aprovou os dois projetos, transformando-os em decretos (de números 737 e 738), de 25 de novembro de 1850.

Essa parte da história do direito processual civil brasileiro é pouco lembrada ou quase sempre esquecida, guardando relativa relação com a atual código de processo civil brasileiro – porque aquilo que se pode designar da primeira lei processual civil nacional (ainda que relacionada ao direito comercial, mas que depois veio a servir às causas civis em geral) foi elaborada por duas comissões, mas que no momento de se ter a unidade do texto (do sistema processual entendido como Código), teve apenas um único relator – Carvalho Moreira –, à semelhança do que ocorreu com o atual CPC, porquanto tivemos uma relatora geral – jurista Teresa Arruda Alvim. Por outro lado, é de se observar que a nossa primeira lei processual teve o autoritarismo de ser elaborada via decreto, praticamente inexistindo discussão junto ao Parlamento, ficando a cargo do que pensavam os membros da Comissão de Juristas encarregada para elaborar os citados regulamentos as diretrizes teóricas, com efeitos na prática do direito, que iriam disciplinar o futuro do próprio direito processual civil a ser estudado

11 "O Govêrno, além dos regulamentos e instruções de sua competência para a boa execução do Código Comercial, é autorizado para, em um regulamento adequado, determinar a ordem do Juízo no processo comercial particular, para a execução do segundo período do art. 1º. e do art. 8º, tendo em vista as disposições deste título e as do Código Comercial; e, outrossim, para estabelecer as regras e formalidades que devem seguir-se nos embargos de bens, e na detenção pessoal do devedor que deixa de pagar dívida comercial".

12 COSTA, 1970, p. 30.

e aplicado no país, ainda que feito o código por juristas responsáveis e possuidores de invejável conhecimento de conteúdo humanista e jurídico.

O Regulamento 737 foi responsável por introduzir, no país, o estudo do direito processual, dividindo processualistas, que ora o consideravam um atestado de falta de cultura jurídica no campo do direito processual, ora tido como o mais significativo diploma legislativo processual da América do século XIX[13], mas que examinado pelo momento histórico elaborado, do ponto de vista da técnica processual é notável "especialmente no que toca à economia e simplicidade do procedimento"[14]. Como bem pontua Moacyr Lobo da Costa, o "Regulamento 737 deve ser observado em função de seu tempo e de acordo com a mentalidade brasileira no momento de sua elaboração e de sua promulgação"[15], e que 1850, à exceção do código de processo civil francês, de 1806, que seguindo a linha do código civil desse país, pouco contribuiu para o nascimento da ciência processual, vinculando-o ao direito privado (civil), na ideia de que o processo era um contrato, todos os outros eram posteriores ao Regulamento 737, e seguindo as novas doutrinas processuais ainda não haviam sido lançadas na Europa, sendo que a obra 'Die Lehre Von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen', de Oscar Bülow, foi considerada "marco inicial de renovação dos estudos processuais, a partir do qual se inicia a revisão dogmática dos princípios fundamentais do direito processual civil, só foi publicado em 1868[16].

Parte da base do direito processual civil brasileiro é, portanto, o Regulamento 737, que forjou uma consciência dos ainda tímidos processualistas nacionais, em especial em uma época onde o direito privado era o dominante e toda a carga de direito processual, muitas vezes até mesmo designado de direito judiciário se encontra inserido nos textos de direito civil ou comercial.

Quanto aos juristas que publicavam obras de direito processual civil até o Regulamento 737, apresentava-se bastante incipiente, destacando-se, contudo, José Bernadinho Baptista Pereira de Almeida (Dissertação analítica sobre a legislação prática orfanológica, de 1824); José Paulo de Figueiredo Nabuco (Guia dos Juízes de Órfãos, Tutores e Curadores e de todos os Escrivães, de 1833); Carvalho Moreira (Revisão Geral e codificação das leis civis e processuais civis do Brasil, de 1846); Luiz S. Alves de Azambuja Susano (Código das leis e regulamentos orfanológicos, de 1847); Trigo de Loureiro (Elementos de Teoria e Prática do Processo, de 1850) e José Antônio da Silva Maia (Apontamentos de legislação para uso dos Procuradores da Coroa e Fazenda Nacional, também de 1850)[17].

13 CINTRA, 2004, p. 106.
14 CINTRA, 2004, p. 106.
15 COSTA, 1970, p. 32
16 COSTA, 1970, p. 32.
17 LOPES DA COSTA, 1947, p. 27-28.

Por não ter ainda o direito processual, nessa época, nem mesmo autonomia científica, associado ao aspecto de que o país ainda não possuía uma legislação processual civil pátria consolidada, ficava a cargo destes juristas inaugurar os comentários aos institutos de direito processual civil aplicados no Brasil, havendo verdadeira compilação de conteúdos extraídos dos autores europeus, ou meramente comentários e exposição da prática do foro, do que ocorria no dia a dia forense.

O Regulamento 737 introduziu no país, pois, nova concepção do direito processual civil, ainda que relacionada a causas comerciais, porquanto os nossos juristas (praxistas), agora, tinham como construir uma ciência jurídica processual própria, não mais vinculados aos antigos, mas aplicáveis, preceitos e institutos de origem das Ordenações, a ponto de se dizer que

> pela sistemática distribuição da matéria, pela concisão e precisão da linguagem técnica, pela ausência de antinomias e de geminações, pela simplificação dos atos processuais, pela redução dos prazos, por uma melhor organização dos recursos, o Regulamento marcou sem dúvida uma fase de progresso em nosso direito processual"[18].

O Regulamento 737 era dividido em três partes: i) do processo comercial; ii) da execução; iii) dos recursos e das nulidades, além das disposições gerais, contendo 14 capítulos, e oxigenou de certa forma o direito processual civil brasileiro, ainda que versando apenas a respeito de causas comerciais.

Quanto aos juristas que publicavam obras de direito processual civil neste período, todos tomavam como esteio o Regulamento 737, os quais além de se preocuparem com a prática forense, o dia a dia do foro, com suas vicissitudes e impertinências, já começavam a doutrinar sobre o direito processual civil, como dito, tudo isso associado ao aspecto que no exterior, principalmente na Alemanha e na Itália, o direito processual civil apresentava-se separado do direito civil, com princípios e métodos próprios, teorias e institutos jurídicos já em plena fase de desenvolvimento. Toda esta cultura jurídica processual mais adiantada serviu para fomentar o desenvolvimento do direito processual civil nacional, ainda que prevalecendo, como não poderia ser diferente, a teoria do processo como relação jurídica.

Surgiram, assim, autores como Paula Batista (Teoria e Prática do Processo Civil comparado com o Comercial, de 1855); Barão de Ramalho (Prática Civil e Comercial, Postilas de Prática, precedidas de cinco lições de hermenêutica jurídica, Praxe Brasileira e Instituições Orfanológicas, entre 1861 e 1874); Braz Florentino (Estudo sobre o Recurso à Coroa, de 1867); Pereira da Silva (Manual Prático de Processo Comercial, de 1861); Joaquim Augusto de Camargo (Apontamentos sobre a marcha dos processos sumaríssimos e executivos, de

18 LOPES DA COSTA , 1947, p. 24.

1864), entre outros[19], chamando a atenção, contudo, para o aspecto de renomados juristas portugueses que se dedicavam escrever sobre o direito brasileiro, ou suas obras, elaboradas para as normas em vigor em Portugal, eram acomodadas ao direito (foro) brasileiro, como Manuel Mendes de Castro Pegas, Silvestre Gomes de Morais e Correia Teles. O próprio Teixeira de Freitas, considerado o Jurisconsulto do Império, adaptou obras portuguesas de cunho prático de direito processual civil ao foro brasileiro, e no prólogo de "Primeiras Linhas sobre o Processo Civil, de Pereira de Souza", analisa que

> trez Livros de flor tem sido Mestres do nosso Foro Civil, e d'ellles pertence a superioridade ás – Primeiras linhas sobre o processo civil – do abalisado – Joaquim José Caetano Pereira de Souza - , Advogado da Casa da Suplicação de Lisboa, que seus numerosos discípulos tiverão o infortúnio de perder em 1818.
>
> Seguem-n'o em merecimento a – Doutrina das Ações – do outro doutíssimo Advogado Português – José Homem Corrêa Telles – e, na sua especialidade as – Primeiras Linhas do Processo Orphanológico – do modesto Advogado da Villa de Covihâ – José Pereira de Carvalho –, tão vantajosamente conhecido como seus dois opulentos Coevos[20].

Apesar de ter sido um período de larga produção jurídica, principalmente comparando-se com o anterior, os juristas dessa época eram eminentemente praxistas – viam acontecimentos do dia a dia forense a *salvação* do direito processual. Este aspecto é importante para assinalar que ainda hoje parece não ter havido progresso científico do direito processual civil brasileiro, e que muitos dos atuais "doutrinadores" do direito processual civil brasileiro entendem que vão encontrar a solução para a crise pela qual atravessa o processo civil nacional na experiência jurídica de cada um colhida no fórum. O pior é quando esta experiência é passada aos acadêmicos de cursos de pós-graduação, que pretendem elaborar dissertações de mestrado ou teses de doutorado com base em casos como profissionais do direito, seja como promotores, juízes, advogados ou delegados de polícia.

O *praxismo* vai se desenvolver com toda desenvoltura mesmo a partir da primeira Constituição Republicana, até a entrada em vigor do nosso primeiro código de processo civil, encontra-se por demais presente nas diretrizes do anteprojeto do Código de Processo Civil, na medida em que objetivou a Comissão de Juristas, a todo custo, imprimir uma visão de celeridade processual, nem que para isso muitos dos direitos e garantias constitucionais conquistados ao longo dos anos, sejam desrespeitados. É a velha visão de que a prática do foro consegue "distribuir justiça", sem que haja uma revisitação aos históricos institutos

19 COSTA, 1970, p. 51-52.

20 *Apud* PEREIRA E SOUZA, 1907, p. V.

processuais não mais condizentes com o Estado Democrático de Direito, inaugurado pela Constituição de 1988.

A respeito do termo praxismo, que guarda relação com os termos sincretismo e procedimentalismo, o processualista José Eduardo Carreira Alvim aponta a existência das seguintes fases do processo:

> a) período primitivo: inicia-se com a própria história da humanidade e atinge o século XI d.C. (direito romano); b) escola judicialista: nasce com a criação das universidades do continente europeu. Nesse período que ocorre o fenômeno da recepção do direito romano (vai do século XI até o século XV); c) praxismo: denominado de tendência dos práticos, nasceu na Espanha no começo do século XVI. Nesse período, o direito processual era considerado como o conjunto de regras práticas sobre a forma de proceder em juízo. Também era uma reação às formas processuais trazidas pelo direito romano, mediante a valorização do direito nacional, como os usos e costumes locais; d) procedimentalista: nasce na França (século XIX) tendo como causa política a revolução francesa. Aqui o processo deixou de ser visto segundo a praxe, passando a encontrar a lei como fundamentação. Nesse cenário fica em evidência o Código de Napoleão[21].

De tal maneira que os termos sincretista é gênero e correspondem a um sentido geral e amplo da fase primeira do direito processual, da escola judicialista, do praxismo e do próprio procedimentalismo.

Na atualidade, no século XXI, onde os manuais de prática forense foram substituídos por modelos de peças processuais já elaboradas e postas à venda em sites especializados, pode-se afirmar que o praxismo "voltou à moda". É muito fácil elaborar uma peça processual, muitas vezes até robustas, com muitas páginas, contendo diversas citações doutrinárias e jurisprudenciais; contudo, o difícil mesmo é elaborar *uma boa peça processual*, sendo quem em tempos de modernidade líquida[22], onde a própria celeridade processual e o acúmulo de processo contribuem para o estrangulamento do tempo do direito, havendo igualmente modelos de decisões já "pré-fabricadas" mais do que visível se acha o amoldamento do praxismo à atividade forense contemporânea, o que muito

21 CARREIRA ALVIM, 2005, p. 116.

22 Um autor, mesmo não sendo da área do direito, mas quem bem pode ser manejado para entender a volta do praximo junto ao direito processual é Bauman, segundo o qual modernidade líquida em oposição à modernidade sólida, derreteu. Para o filósofo polonês, "ser incapaz de parar e ainda menos capaz de ficar parado. O homem moderno persegue o novo, mas, após a conquista de tal bem, dele rapidamente se enfastia; insaciável, persegue novos anseios norteado sempre pelo eterno 'adiamento da satisfação'" (BAUMAN, 2001, p. 37), o que bem explica que a época de ouro da elaboração de grandes peças processuais, estudadas, debatidas entre colegas de profissão, cujas palavras ou frases em cuidadosamente pensadas, parece que passou, dando espaço aos manuais já formatados, onde a dificuldade maior do profissional consiste em tão somente localizar nos portais de informações onde se encontra a peça a ser corretamente inserida no sistema processual. O praxismo prestigia, exatamente, esta atividade menos intelectiva e mais pragmática, por assim dizer.

tem contribuído as Faculdades de Direito pela péssima formação acadêmica dos novéis bacharéis em direito.

Vale registra o ensinamento de José Reinaldo de Lima Lopes, seguindo os passados de Ascarelli, para quem "algumas tradições foram mais fortes e essencialmente diversas características do sistema antigo sobreviveram. Essas características não se descobriam na letra do Código, mas no estilo de funcionamento do aparelho judicial"[23], e cita como exemplo o sistema cartorário, apresentado como o "o grande personagem semi-oculto do processo", na medida em que por não desempenhar a audiência papel central da atividade judicante, e considerando que tudo foi reduzido ao elemento formal – a escrita, o papel, e como a audiência não mais desempenhava o elemento central, porquanto ao ser tudo reduzido a um processo (dossiê), o qual seria posteriormente consultado para uma decisão[24],

> o andamento do caso deslocava-se das relações entre partes e julgador para as relações entre partes e julgador mediadas pelo cartório: nada chegava ao juiz, para decisão, sem passar pelo cartório, e nada chegava às partes sem que o cumprimento dependesse de um ato cartorário. As partes não podiam interpelar-se mutuamente, não podiam cumprir diligências (a não ser quando conseguiam dos cartórios e dos juízes permissão especial, caso em que o sistema perdia a sua característica democrática, pois a licença para praticar tais atos passava a depender da discrição da autoridade e da espécie de influência que uma parte podia exercer sobre o juiz ou o cartório)[25].

Assim como o próprio sistema cartório influenciou no modo comportamental da jurisdição, por décadas, sendo que apenas há alguns anos, com a Constituição Federal de 1988, é que houve concurso para tabeliães e cartorários, a gênese do direito processual civil nacional encontra-se fortemente ligado ao aspecto da falta de um código de processo civil nacional, o que somente se deu pós constituição de 1934.

2. O PERÍODO DA REPÚBLICA VELHA (1890-1934) E A PROLIFERAÇÃO DOS CÓDIGOS PROCESSUAIS CIVIS ESTADUAIS

A primeira mudança no direito processual civil brasileiro, com a proclamação da República, foi criar a Justiça Federal, em decorrência do sistema federativo, mas que

23 LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma Introdução à história social e política do processo. In: WOLKMER, A. C. (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 372.

24 LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma Introdução à história social e política do processo. In: WOLKMER, A. C. (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 372.

25 LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma Introdução à história social e política do processo. In: WOLKMER, A. C. (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 372.

> em decorrência de falso entendimento da estrutura do regime federativo, prevaleceu na Assembléia Constituinte Republicana a idéia, defendida por Campos Sales, de se atribuir às antigas províncias, alçadas à categoria de Estados-membros da Federação, a competência para legislar sobre direito processual, reservando-se para a União a de fazê-lo a propósito do processo da Justiça Federal[26].

A Constituição de 1891 já estabelecia a forma federativa, prevendo a dualidade de "justiças" (da União e dos Estados, conforme previsto no art. 34, nº 26[27]) e de "processos" (art. 34, nº 23[28]), de modo a possibilitar a cada estado federado a organização e legislação sobre processo. Em decorrência dos estados-membros[29] começarem a legislar sobre direito processual civil houve a criação dos chamados códigos processuais estaduais[30], sendo que "o primeiro diploma regional sobre o processo foi o Decreto n. 1380, de 22 de junho de 1905, do Estado do Pará"[31], e posteriormente se destacavam os códigos dos Estados de São Paulo[32], Rio de Janeiro, Minas Gerais, Pernambuco e, principalmente do Estado da Bahia, os quais praticamente repetiram o regulamento 737, inclusive piorando a redação pois muitos deles não tratavam da técnica apurada que deveria existir para uma lei deste porte, com exceção do Código de Processo Civil da Bahia, de 1915,

> de cujo projeto se incumbira Eduardo Espínola, bom conhecedor das legislações e da doutrina de língua alemã, nomeadamente dos textos das Ordenações do Império Alemão, de 1877, da Áustria, de 1895, e da Hungria, de 1911, bem como da literatura surgida durante os primeiros anos de vigência dessas leis. A influência de tais elementos é nítida em determinadas partes

26 COSTA, 1970, p. 63.

27 Art. 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional: 26º) organizar a Justiça Federal, nos termos dos arts. 55 e seguintes da Seção III;

28 Art. 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional: 23º) legislar sobre o direito civil, comercial e criminal da República e o processual da Justiça Federal;

29 Os estados-membros de Goiás, Amazonas, Alagoas e Mato Grosso não chegaram a elaborar seus códigos.

30 Depois do Estado do Pará, "seguiram-se-lhe o Rio Grande do Sul (Lei 507 de 22-3-1909); o Maranhão (Lei 65, de 16-1-1908); a Bahia (Lei 1.121, de 2-8-1915; Espirito Santo (Lei 1.055, de 23-12-1915, que revogou a anteriormente aprovada pelo decreto 1.882, de 17-9-1914, mas que não chegou a entrar em vigor); o do Rio de Janeiro (Lei 1.580 de 20-1-1919); o do Paraná (Lei 1915, de 23-2-1920); Piauí (Lei 964 de 17-6-1920); Sergipe (Lei 793 de 5-10-1920); Ceará (Lei 1952 de 30-12-1921); Minas Gerais (Lei 830, de 7-09-1922); Rio Grande do Norte (Lei 551, de 11-12-1922); Pernambuco (Lei 1.672 de 9-6-1924); o antigo Distrito Federal (Dec. 16.752 de 31-12-1924); Santa Catarina (Lei 1.640 de 3-11-1928); São Paulo (Lei 2.421 de 14-1-1930); Espirito Santo (Lei 1.743 de 13-04-1930) e Paraíba (Dec. 28, de 2-12-1930)". (PACHECO, p. 66-67).

31 LIMA, 1977, p. 306.

32 Já na época, o Estado de São Paulo se destacava na produção do direito processual civil nacional.

> do Código baiano, predominado às vezes a do modelo alemão propriamente dito, noutros casos a de alguma das outras duas codificações[33].

Alcides de Mendonça Lima[34] não deixou por menos o fato de haver, durante muitos anos, conceituados juristas brasileiros indicados, como Lopes da Costa, Moacyr Amaral Santos e Waldemar Mariz de Oliveira, o Código de Processo Civil do Estado da Bahia como sendo o primeiro a ser elaborado (já que o do Estado do Pará não continha o nome de Código), talvez até pela envergadura de ter sido organizado pelo conhecido jurista Eduardo Espínola, que foi Presidente do STF, apontando Mendonça Lima ter sido verdadeiramente o Código de Processo Civil do Estado do Rio Grande do Sul o primeiro código estadual. Moacyr Lobo adverte que a "submissão dos Códigos estaduais ao sistema do Regulamento atesta a pequena penetração das modernas doutrinas processuais no pensamento jurídico brasileiro"[35], tendo Barbosa Moreira apontado que Lopes da Costa e Pontes de Miranda, por conhecerem a língua e o direito alemão, se destacam como processualistas, ainda que no começo da fase de produção de cada um[36].

O progresso científico do direito processual civil brasileiro impõe, até mesmo por comando constitucional, que tenhamos um único código de processo civil, sendo comum a confusão existente entre processo e procedimento no direito processual nacional, o que acaba, muitas vezes, Presidentes de Tribunais de Justiça dos Estados e Corregedores por elaborarem resoluções que tem nítido caráter de norma processual, sob o falso espelho de que se trata de disciplinar normas de conteúdo procedimental e administrativo.

O momento histórico por que atravessava o país na década de 30 preconizava maior preocupação de sistematizar o direito processual civil, pelo aspecto que a unificação do país também é proporcionada pela unificação de suas leis, e não somente da língua e de seu território. Por outro lado, os juristas processuais que se destacavam nesta época não tinham dimensão de serem conhecidos nacionalmente, na medida em que ao se debruçarem sobre os códigos de seus estados, somente àqueles que iam aplicar esta norma processual interessava o estudo. Sem se falar na falta de uniformização destes próprios ramos do conhecimento.

Vale apontar que entre 1890 e 1934 o principal direito estudado e, consequentemente, maior número de publicações de obras jurídicas ocorria, era o *direito civil*, não somente pela elaboração do primeiro código civil brasileiro, mas principalmente porque havia uma diminuição da valoração jurídica imprimida

33 BARBOSA MOREIRA, p. 102.
34 LIMA, 1977, p. 306.
35 COSTA, 1970, p. 64.
36 BARBOSA MOREIRA, p. 103.

ao direito processual e ao direito constitucional, cujas relações jurídicas ainda se encontravam bastante vinculadas à seara do direito privado.

Um dos maiores civilistas do final do século XIX, o piauiense Coelho Rodrigues, responsável para elaborar o primeiro Código Civil, mas que não o terminou, cuja empresa passou a cargo do cearense Clóvis Beliváqua, tendo aproveitado boa parte das bases fundantes do projeto deixado por Coelho Rodrigues, entendia que a Constituição de 1891 "apenas excluiu da competência Federal aquella parte do processo, que depende da organização judiciária local, reservada à legislatura dos respectivos Estados."[37], portanto, não teria que existir a estadualização dos códigos processuais civis.

Coelho Rodrigues apontava que se toda parte

> se fazem sentir os males das differenças da legislação em um mesmo paiz, se a universalização do direito devê ser o primeiro passo par a confraternização dos provos, não comprehendo porque nós, que sahimos da unidade a mais completa para a federação mais recente, devamos pôr-nos a espremer textos isolados e apurar ápices de techonologia jurídica para afrouxar esse laço com a União, que periclita, quando não o há mais forte, nem mais duradoura o do que o direito commum[38].

Inobstante haver o tempo demonstrado que os códigos processuais civis elaborados pelos estados membros fracassaram, "forçoso reconhecer que a interpretação ao preceito constitucional emprestada por Coelho Rodrigues também se apresentou vencedora"[39].

Outro elemento que de certa forma justificou o esvaziamento dos códigos processuais civis estaduais foi a elaboração do primeiro código civil, em 1916, com entrada em vigor em 1917. Não se pode esquecer que a teoria do direito processual civil, no Brasil, ainda era quase que incipiente, e as teorias do processo que nasciam na Europa no final do século XIX ainda não tinha ancorado, com toda força, em nosso país. Some-se a isso o aspecto de que as normas de direito processual contidas no Código de Beviláqua constituíram um primeiro passo para a volta da competência da União para legislar a respeito de matéria processual, na medida em que

> para resguardar determinados institutos e obter a uniformização dos meios de realização do correspondente direito, em face da diversidade das normas processuais dos Estados, uma vez que o Código era de âmbito nacional, o legislador federal invadiu a esfera da competência estadual e editou regras de processo, cuja duvidosa constitucionalidade não foi posta em questão pelos Estados, que as acataram e cumpriram, fazendo-as inscrever nos Códigos de Processo que editaram após a vigência do Código Civil[40].

37 RODRIGUES, 1897, p. 17.
38 RODRIGUES, 1897, p. 14.
39 AGUIAR, 2006, p. 119.
40 COSTA, 1970, p. 73.

Interessante notar que o atual código civil igualmente não conseguiu se desvencilhar desse aspecto de possuir artigos relacionados ao direito processual, apesar de observar um conteúdo bem mais constitucionalizado ou publicizado de suas normas, enquanto o atual código de processo civil fugiu ao máximo do caráter privatista da relação jurídica, enveredando para a constitucionalização do processo, em uma visão bastante publicista. Essa fase da existência dos códigos de processo civis estaduais[41] é importante para a história do direito processual civil brasileiro porque aponta, do ponto de vista da teoria do direito constitucional, o quanto, de fato, é frágil nossa "Federação", observando-se claramente que segundo a Constituição de 1988 somente a União tem competência para legislar sobre direito processual, enfraquecendo, assim, a concepção de Federação, e propiciando que a existência de um código de processo civil, como o atual que está em tramitação no Congresso, tenha uma importância singular para poder, por outro lado, unificar a legislação a respeito de temas os quais poderiam ter diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

Observa-se que mesmo havendo um único código de processo civil a ser aplicado em todo o território nacional, ainda assim há diversidade de julgados a respeito da mesma matéria processual, o que pode-se especular que com a existência de vários diplomas processuais civil estaduais, onde cada Estado Membro iria valorar um conteúdo próprio de direito processual, muito baseado na prática forense local, iria propiciar uma maior diversidade de decisões judiciais a respeito da mesma matéria, na medida em que o direito sendo local, e não nacional, tenderia ser próprio de cada região, mas deve-se ponderar que não se tem como auferir com segurança se de fato os códigos processuais civis estaduais diferiam muito um do outro, o que somente poderia se chegar a esta resposta por meio de um estudo detalhado e profundo envolvido boa parte dos

41 A maioria dos códigos de processos civis estaduais do Brasil são edições difíceis de serem encontradas, mas observou "esta lacuna na história processual nacional, o jurista Gaio Junior idealizou e concretizou, com a ajuda de outros processualistas, a reedição de vários códigos processuais civis estaduais, os quais estavam apenas disponíveis nos raros arquivos públicos de obras raras, de difícil acesso e não disponibilizadas (as obras) via internet. Isso facilitou os estudos de direito comparado das diversas legislações processuais civis que vigoraram principalmente entre os anos de 1905 e 1930, no Brasil, e, assim, identificar o porquê de muitos institutos de direito processual civil tenham sido inseridos nas legislações processuais nacionais de 1939, 1973 e até mesmo no de 2015" (MAGALHÃES, 2024, p. 73). A contribuição do processualista Gaio Júnior, assim, foi por demais importante para se fazer o resgate histórico deste momento histórico do direito processual civil (e penal, pois também existiram vários códigos processuais penais) nacional, sendo que Gaio Júnior bem apontou "ser um trabalho construído há mais de 10 anos, tendo como inspiração os alunos do curso de mestrado em direito ainda no ano de 2003, e que a partir de dez Códigos Estaduais de Processo Civil, adquiridos junto a sebos do país, deram cabo ao projeto de construção de uma coleção que pudesse, ao mesmo tempo, cotejar a legislação e comentários àela, o que acabou com a publicação de tão importante coleção abarcando os principais códigos processuais civis estaduais do Brasil" (MAGALHÃES, 2024, p. 74).

códigos processuais civis estaduais, inclusive com a ajuda do direito comparado e da história do direito.

O legislador estadual já à época tinha plena consciência do mal que era a falta de uniformização dos julgados, tanto que objetivaram restaurar o recurso de revista. Prova disso é que o art. 108 do Decreto 16.273, de 20 de dezembro de 1923, praticamente reproduziu o art. 123, n. III, do Projeto de Reforma da Organização Judiciária do Distrito Federal, apontando ser cabível o recurso de revista quando i) violar falsa aplicação de lei; ii) forem omissos pontos essenciais prescritos sob pena de nulidade; iii) houver divergência, implicando manifesta contradição entre os julgamentos de Câmaras diferentes, desde que elas não tenham procedido à fixação das normas de prejulgados[42], o próprio CPC do Estado de São Paulo disciplinava no art. 1.119 que "proferindo alguma Câmara Civil do Tribunal de Justiça decisão definitiva, ou interlocutória com fôrça de definitiva, contrária a julgado de Câmara Civil, ou de Câmaras Conjuntas, pode a parte vencida interpor o recurso de revista"[43].

Inobstante haver vencido a tese da unificação do processo civil nacional, juristas do porte de Haroldo Valladão sustentavam a sua inviabilidade, por entender que o processo "é modo de trabalhar, o que depende de condições locais, de espaço e de tempo, variáveis em cada unidade federativa mais apta a senti-las e, pois, a organizá-lo"[44]; já Rui Barbosa advogava a unificação do direito processual, por meio de um só código de processo civil, ao passo que Ovídio Baptista pondera que

> a própria vastidão do território nacional, somada aos enormes desníveis regionais, a particularizar tradições, experiências e hábitos, formadores de um verdadeiro arquipélago cultural de que se constitui nosso país, longe de justificar o centralismo processual está a sugerir a descentralização federativa, como fator de desenvolvimento nacional[45].

O fracasso da continuidade dos códigos de processo civis estaduais se deu também em razão da disparidade sociocultural e econômica da população brasileira. Não possuíam os estados membros juristas capazes intelectualmente de construírem os códigos estaduais a nível do que merecia a sociedade? Daí ser mais conveniente a existência de um único código a uma coletânia de leis estaduais conflitantes e contraditórias, a prejudicar, ainda mais, o dia a dia forense[46].

42 COSTA, 1970, p. 70.
43 COSTA, 1970, p. 71.
44 VALLADÃO, 1980, p. 203-204.
45 SILVA, 2005, p. 30.
46 CAUDAS, 1984 , p. 101.

3. DA VOLTA À UNIFICAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL POR MEIO DE UM CÓDIGO NACIONAL DE PROCESSO CIVIL (1934-1938) E SEUS RELATIVOS IMPACTOS JUNTO AO ATUAL CPC NACIONAL

Entre os anos de 1934 e 1938 o Brasil passou por muitos acontecimentos da vida social e política que ocasionaram significativos reflexos no mundo jurídico, impulsionados que foram pela quebra da Bolsa de Nova Iorque, em 1929, pelo Movimento de 1930, pela Revolução Paulista de 1932 e pelo movimento comunista que vinha se desenvolvendo desde o começo da década de 30, mas que eclodiu significativamente a partir de 1935, além do próprio movimento integralista, e também associado ao aspecto que antecederam à segunda guerra mundial, estando o progresso científico mundial mais vinculado às armas, aviões, automóveis de guerra, do que propriamente à ciência jurídica.

Bilac Pinto divide essa fase, ainda em duas outras: a primeira delas (1934-1937), onde se caracterizou por pequenas modificações "do nosso velho processo e a segunda (1937-1939), apesar de recente, assinala-se ao contrário, pela decisão do Govêrno de realizar uma reforma total, qual a da substituição do processo escrito pelo oral"[47] – enquanto que no primeiro período houve prevalência da técnica jurídica, no outro predominou a vontade política de apresentar ao Brasil um novo processo[48]. Foi apenas com a Constituição de 1934, por meio do art. 5º. N. XIX, letra "a", que o sistema de unidade processual foi restabelecido[49], passando a ser competência da União a elaboração das leis processuais, com a vigência dos Códigos de Processos estaduais condicionada, resolutivamente, até a promulgação de um código para toda a República.

Foi designada Comissão formada pelos Ministros Arthur Ribeiro e Carvalho Mourão e pelo advogado Levy Carneiro para elaboração do projeto de um Código de Processo Civil para a República, cujos trabalhos foram entregues ao então Ministro da Justiça, Vicente Ráo, em 1935, mas que em decorrência do golpe do Estado Novo, de 10 de novembro de 1937, que revogou a Constituição de 1934, dissolveu o Congresso Nacional e outorgou uma nova Constituição ao Brasil, não entrou em vigor referido projeto nem mesmo para ser discutido jun-

47 PINTO, 1940, p. 25.

48 PINTO, 1940, p. 25.

49 O art. 11, das Disposições Transitórias, da Constituição de 1934, estabelecia que "O Governo, uma vez promulgada esta Constituição, nomeará uma comissão de três juristas, sendo dois ministros da Corte Suprema e um advogado, para, ouvidas as Congregações das Faculdades de Direito, as Cortes de Apelações dos Estados e os Institutos de Advogados, organizar dentro em três meses um projeto de Código de Processo Civil e Comercial; e outra para elaborar um projeto de Código de Processo Penal. § 1º - O Poder Legislativo deverá, uma vez apresentados esses projetos, discuti-los e votá-los imediatamente. § 2º - Enquanto não forem decretados esses Códigos, continuarão em vigor, nos respectivos territórios, os dos Estados".

to às Casas Legislativas, objetivando manter-se a unidade do sistema processual, a teor do que disciplinava o art. 16, n. XVI da Constituição de 1937[50].

Outra não poderia ser a disciplina presente na Constituição do Estado Novo, por ser típico de Regimes Ditatoriais a centralização do poder, a unificação do modo de governar na Função Executiva, prevalência das normas autoritárias, sem haver a participação da sociedade na sua própria construção. Mais do que esperado, assim, houvesse a centralização do direito processual em um único diploma, ficando a cargo do Governo Federal sua criação, o qual, por meio de uma política legislativa própria da época, imprimiu a este ramo especializado do Direito o modo de pensar de seus governantes. Ao se extinguirem os códigos de processo civis dos estados membros, ao mesmo tempo em que unifica o direito processual, são fortalecidos, de certa moda, os institutos processuais por propiciar a centralização de estudos e aperfeiçoamento em torno destes mesmos institutos processuais, ensejando maior controle em torno da política legislativa processual e, consequentemente, os direitos materiais os quais serão, ou não, efetivados pelas normas procedimentais e processuais presentes no futuro código unitário.

Nesse curto período da história do direito processual civil brasileiro pouco se produziu de importante, tendo se destacado, contudo, a elaboração do Decreto Lei n. 960, que "pelas inovações apresentadas, revelou um notável aprimoramento da técnica processual sob o influxo das doutrinas modernas em voga na Europa"[51], por haver acolhido o despacho saneador, nos artigos 19 e 20, e nos artigos[52] 22 a 24 alargou a oralidade no processo civil brasileiro, já

50 "Art 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias: XVI - o direito civil, o direito comercial, o direito aéreo, o direito operário, o direito penal e o direito processual".

51 COSTA, 1970, p. 94.

52 O decreto lei n. 960, de 17 de dezembro de 1938, que dispõe sobre a *cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, em seus artigos 22 a 24 diz o seguinte:* Art. 22. Quando o despacho a que se refere o art. 19 não puser termo a processo, quando conclusos os autos por estarem findos os prazos nele marcados, ou ainda si não houver que tomar qualquer das providências referidas nos arts. 19 e 20, o juiz designará, para um dos dez dias imediatos, hora para a audiência de instrução e julgamento da causa.

Art. 23. Na audiência de instrução e julgamento o representante da Fazenda e o do réu farão, oralmente e dentro do prazo de quinze minutos para cada um, a sustentação de suas razões e a apreciação da prova produzida. Antes do debate o juiz, si entender conveniente, ouvirá os depoimentos do réu, das testemunhas e dos peritos. Afinal, proferirá, a sentença.

§ 1º Do que ocorrer na audiência, e especialmente da sentença, o escrivão fará, por escrito, um resumo, que juntará aos autos depois de autenticado pelo juiz.

§ 2º Si o juiz não se julgar habilitado a proferir, desde logo, a sentença, poderá determinar que os autos lhe sejam conclusos, afim de proferí-la, por escrito, dentro em dez dias, a contar da audiência.

Art. 24. A causa deverá ser julgada pelo próprio juiz que ordenar o processo (art. 19).

Parágrafo único. Quando, por impedimento legal, não se verificar a identidade da pessoa física do juiz que ordenou o processo com a do que presidir a audiência de instrução, poderá este

em moda na Europa pelos ensinamentos de Chiovenda, sendo considerado precursor do Código de Processo Civil, representando um marco na evolução do processo civil nacional[53].

Esse período do direito processual se destaca, também, por propiciar as bases do aperfeiçoamento de uma das diretrizes do atual projeto do Código de Processo Civil Brasileiro: *a celeridade processual*, porquanto já se encontra evidente, e a olhos nu, o aumento do número de processos, necessitando-se, pois, de algum mecanismo, que não somente o político, para que houvesse uma "justiça de resultado", célere e eficaz, de tal maneira que em razão dessa nova ordem política, a iniciativa do Governo,

> através da reforma processual, dar solução ao problema que os regimes anteriores foram incapazes de enfrentar e resolver: – o da justiça acessível e rápida.
>
> A nação sempre pleiteou em vão por uma justiça pronta e pouco dispendiosa.
>
> Os regimes do passado se impressionavam com os reclamos nacionais, reconhecendo a sua procedência, mas nunca lograram encontrar fôrmulas adequadas à sua solução.
>
> E tanto mais demorava a resposta a essas solicitações da Nação, mas se agravavam os males que lhe davam causa[54].

Estas conexões entre o passado e o presente, são importantes para demonstrar que a história do direito processual civil brasileiro teve todo um encadeamento lógico e sistemático a se chegar ao que é hoje o atual direito processual civil brasileiro, naquilo que se busca apresentar como sendo um processo civil mais condizendo com o Estado Democrático de Direito e com novas necessidades dos jurisdicionados. Assim é que em momentos de crise do Direito (e esta crise existiu em razão do momento econômico, social e político por que passava o Brasil), sempre foram buscados meios imediatistas para se resolver o problema; não à toa que o acúmulo de processo que a Justiça Brasileira já àquela época sofria pedia a imediata intervenção da Função Legislativa (parcialmente suprimida pela Função Legislativa, em razão do Golpe de Estado) para elaborar-se, o quanto antes, um único código de processo civil, minorando-se, assim, não somente a falta de estrutura do Judiciário, mas também propiciando que houvesse maior celeridade na tramitação dos processos.

Semelhante ao que acontece hoje no Brasil, onde uma das diretrizes, senão a principal, indigitada pela Comissão de Juristas do Anteprojeto do novo CPC, por seu Presidente, Ministro Luiz Fux, é a *celeridade processual,* constituindo a ideologia da Comissão "conferir maior celeridade à prestação da jus-

determinar outras diligências, que entender necessárias para formar sua convicção, marcando a seguir nova audiência, na forma prevista na art. 22.

53 COSTA, 1970, p. 95.

54 PINTO, 1940, p. 26.

tiça. Por isso que, à luz desse ideário maior, foram criados institutos e abolidos outros que se revelaram ineficientes ao longo do tempo"[55], posicionamento esse corroborado pelo Senador José Sarney, idealizador principal de que o novo CPC deveria nascer do Senado da República, ao elaborar o prefácio de obra comemorativa dos trabalhos de votação dos artigos do projeto, cuja matriz ideológica foi traçada pela Comissão de Juristas, editada pelo Senado e coordenada por um dos integrantes da referida Comissão (Bruno Dantas), o qual afirma que o anteprojeto no novo CPC "trazia consigo as marcas da simplificação e da racionalização dos ritos com vistas a alcançar a promessa constitucional de razoável duração do processo sem agredir a garantia da ampla defesa"[56].

O Brasil da segunda metade dos anos 30 ainda era um país tipicamente rural, os princípios de direito civil eram os que norteavam a aplicação do direito, constituindo o direito processual mero apêndice do direito que visava materializar; não se falava, ainda, na importância que deveria ser dada à Constituição, quanto menos fazer-se associação do direito processual civil à Constituição, mas, apesar de tudo isso, tinha-se a plena consciência da necessidade de serem concretizados mecanismos eficazes para solucionar a problemática em voga: a demora na tramitação dos processos, sendo um desses mecanismos, a introdução, desenvolvimento e aplicação da *oralidade*. E sendo o direito processual aquele considerado mais resistente às inovações, exatamente por conter fórmulas inúteis e complexas carreadas ao longo da tradição jurídica de anos, era o ramo do direito que mais necessitava atualizar-se, sendo feliz o Governo ao optar pelo procedimento oral[57].

Bilac Pinto historicia que uma das iniciativas do Governo

> foi empreender a reforma do processo visando justamente a substituição da nossa velha técnica forense de rendimento escasso e custoso por outra, mais adequada à vertigem da vida contemporânea, que reclama da máquina judiciária movimentos ágeis e seguros[58].

Esse período da história do direito processual (civil) brasileiro ainda era, como dito, marcadamente praxista, caracterizando-se, pois, por acentuada dominação daquilo que era apreendido e praticado no dia a dia forense, não havendo destaque, ainda, para aquilo que estava sendo desenvolvido de teórico nos países europeus. Moacyr Amaral Santos aponta ser esse período de predominância cultura francesa, com raízes na própria Itália, onde se encontravam as fonte evolutivas de nosso direito processual, no "*procedimentalismo* francês-italiano, salvo João Mendes Júnior, Espínola e uns poucos outros – se alicerçam

55 Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, sob a presidência do Ministro Luiz Fux.

56 SARNEY, 2011, p.7.

57 PINTO, 1940, p. 28.

58 PINTO, 1940, p. 27-28.

os processualistas patrícios da época[59]". Foi esporádica e de pouca significância a repercussão da doutrina "processual civil alemã no período sob exame. Obras escritas em alemão só muito raramente se viam mencionadas. Constituem exceções importantes, na literatura brasileira, Eduardo Espínola, Lopes da Costa e Pontes de Miranda[60]".

4. A ORALIDADE COMO TÉCNICA PROCESSUAL MARCANTE ENTRE O BRASIL IMPÉRIO E A ENTRADA EM VIGOR DO CPC DE 1939 – CONEXÕES COM O CPC ATUAL

Uma das características marcantes dos institutos jurídicos é que eles surgem e com os anos, décadas ou até mesmo séculos, modelam-se à contemporaneidade, adequando-se a outros institutos jurídicos igualmente idealizados, fazendo-se um verdadeiro jogo de modulação àquilo que a sociedade almeja e espera do Direito.

Diferente aspecto não se deu com a Oralidade, que para muitos juristas foi elevado à categoria de princípio processual, mas para outros continua sendo uma técnica a serviço do direito processual, ou mesmo estando na categoria de sub princípio[61]. O fato é que em Estados onde o direito não é tão desenvolvido, a *pragmática* ganha espaço, como bem ficou demonstrando pela presença marcante do praxismo, principalmente a partir do começo do século XX. Assim era o Brasil da sua independência até praticamente o começo dos anos 40 do século passado. Com isso, a oralidade ganha espaço, sendo bastante prestigiada também pelos processualistas que começam a surgir, ainda que dominante seja o cenário de juristas estudiosos do direito privado, especialmente o direito civil.

Muito por influência do código de processo civil italiano e por juristas italianos, como Chiovenda, Carnellutti e Calamandrei (e bem posteriormente por Liebman) a oralidade teve espaço fértil a se desenvolver junto ao país, ainda mais pela inexistência de escolas de direito processual, poucas faculdades de direito e um direito processual que era muito mais construído no que acontecida no dia a dia forense do que propriamente advindo de uma casta pensante de professores, advogados ou magistrados intelectuais doutos em direito processual.

59 SANTOS, 1978, p. 45.

60 MOREIRA, 1989, p. 101.

61 Um dos juristas que mais influenciou a aplicabilidade da oralidade no Brasil foi Chiovenda, o qual aponta a existência de cinco espécies de subprincípios, a modelar a aplicabilidade da oralidade no processo civil brasileiro: a) prevalecimento da palavra como meio de expressão moderada pelo uso de escrita de preparação e de documentação; b) imediatidade da ligação entre o juiz e as; c) identidade das pessoas físicas que constituem o órgão judicante; d) concentração do trato da causa em um único período a ser feito em uma ou em poucas audiências (CHIOVENDA, 2000, p. 71)

De qualquer forma, o CPC de 1939, cujo anteprojeto de Pedro Baptista Martins representou uma tímida e modesta evolução ao direito processual civil pátrio[62], apresentando "muitos e reconhecidos defeitos, especialmente concernente aos processos especiais, aos recursos e à execução"[63], e tendo aberto, tecnicamente, bastante espaço para a introdução da oralidade, agora de forma sistemática e organizada, junto às academias de Direito e principalmente manejada de forma mais apropriada junto à atividade forense.

Paradoxalmente, o código de Francisco Campos, como assim era conhecido, "tentou romper as barreiras do praxismo consolidado há décadas no direito processual civil brasileiro, onde se observava a deficiência da aplicabilidade de teorias do processo, do formalismo exagerado, do hiato existente com o direito constitucional" e, claro, com as diretrizes constitucionais da época, "não tendo renovado o direito processual civil brasileiro, como era esperado", tendo seu fiel criador bem dito, na Exposição de Motivos do Código de 1939, que o processo em vigor era por demais formalista e bizantino, sendo apenas um "instrumento das classes privilegiadas, que tinham lazer e recursos suficientes para acompanhar os jogos e as cerimônias da justiça, complicados nas suas regras, artificiosos na sua composição e, sobretudo, demorados nos seus desenlaces"[64].

A própria Exposição de Motivos do CPC de 1939 contribui para esclarecer bem a estrutura a qual se encontrava montada o código, havendo verdadeira busca por uma estrutura e um sistema de processo que colocasse o país em sintonia com o que de mais moderno estava ocorrendo no mundo, não havendo que se falar em retoques ou emendas às legislações, "de infundir na máquina da justiça um novo espírito, que é, precisamente, o espírito público"[65], tratava-se da busca da racionalização do processo, "adaptando-o às formas mais precisas adquiridas pelo espírito humano para o exame e a investigação das questões, a opção não poderia decidir-se a não ser pelo processo oral"[66], de tal maneira que o "manejo da oralidade como forma de dinamizar a estrutura processual disciplinada no novel diploma de 1939"[67], sendo que a oralidade torna o processo mais célere e

> menos afeito a formalidades e, consequentemente, nulidades processuais com grau de menor incidência. A adoção da oralidade no direito brasileiro apenas confirma o que já estava presente nas diversas legislações de códigos processuais estaduais, e no próprio Regulamento 737, mas agora de forma nacional e de aplicação em todo o país, a propiciar uma sistematização geral do instituto, o que muito se deu por influência dos escritos de Chioven-

62 VIANNA, 1985, p. 29.
63 SANTOS, 2007, p. 56.
64 CAMPOS, 1940, p. 252.
65 CAMPOS, 1940, p. 252.
66 CAMPOS, 1940, p. 252.
67 MAGALHÃES, 2024, p. 80.

da, o qual já preconizava que o direito processual deveria ter como suporte maior a oralidade[68].

Bastante marcante junto a determinados procedimentos, como por exemplo na atuação dos atores processuais perante os Juizados Especiais, o próprio processo trabalhista (em especial audiências trabalhistas) e sustentações orais perante a sessão de Tribunal do Júri, a Oralidade, por muitos, como dito, considerado verdadeiro princípio de direito processual, tem ganhado bastante força e espaço na contemporaneidade, perante diversos procedimentos traçados pelo atual código de processo civil nacional, a demonstrar uma espécie de "volta ao passado" de institutos jurídicos de certa forma remodelados ou repaginados sob um outro olhar – agora da contemporeidade e de uma sociedade (também jurídica) que prestigia a celeridade e respostas atuais e rápidas, de tal maneira que vai depender muito mais daqueles que militam no dia a dia forense dar respostas pontuais a este novo prestígio em que se encontra a Oralidade presente e, muito menos, mas sem deixar de ter importância, aos teóricos idealizadores deste novo modo de pensar e manejar o direito processual, em especial em temáticas ligadas ao processo civil.

5. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

O presente artigo jurídico teve por objetivo estudar a história da formação do direito processual civil brasileiro, em especial do Brasil Império à entrada em vigor do CPC de 1939, onde também foram pesquisados o conteúdos históricos presentes em um época pouco estudada pelos processualistas – a formação do direito processual civil nacional a partir da criação dos diversos códigos de processos civil estaduais.

Houve um corte nesta pesquisa jurídica, atém mesmo por uma questão de limitação de quantidade de laudas exigidas pelos articulistas da Revista, onde não há abordagem relacionado à construção do direito processual pós entrada em vigor do referido código processual de 1930. Ainda assim, os impactos do direito processual, o qual possuía forte caráter *praxista*, sendo pouco técnico, o que era razoável assim se esperar frente ao fato de que o direito processual (civil) brasileiro ainda estava dando seus primeiros passos, foram sentidos nas legislações processuais civil posteriores, como foi o caso do CPC de 1973 (Código Buzaid) e no atual CPC. Também ficou demonstrado no último item deste artigo jurídico, ter sido a *oralidade* técnica processual (princípio processual) marcante desde a época do Brasil Império até a entrada em vigor do CPC de 1939 e até mesmo depois de algumas décadas a moldar muitos dos procedimentos processuais civis previstos no CPC de 2015.

68 MAGALHÃES, 2024, p. 81.

Espera-se, assim, que esta pesquisa bibliográfica, direcionada para o lado da historia do direito e do direito processual contribua para a concepção de que a revisitação de institutos históricos ou mesmo de acontecimentos históricos podem e devem mesmo ser analisados sob diversas óticas, não apenas e meramente descritivas, mas sempre colocando o conteúdo crítico destacada, na medida em que só assim, por meio de pesquisas jurídicas sérias, especialmente desenvolvidas em ambientes de pós graduação (mestrado e doutorado), mudando-se o estado de letargia e consolidação em que se encontra o ensino jurídico no país, onde o ensino é por demais prestigiado, havendo a mera repetição de conteúdos dogmática há anos sedimentados e pouco ou nada contribuem a transformar o cenário de poucas perspectivas modificadoras por que passa o Brasil.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Antonio Chrsyppo de. Direito Civil – Coelho Rodrigues – e a ordem de silêncio. Teresina: Halley, 2006.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Manual de direito processual civil. Vol. 1. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A influência do direito processual civil alemão em Portugal e no Brasil. *Revista de Processo*, ano 14, n. 56, p. 102.

BAUMAN, Z. Modernidade líquida. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939. In: BRASIL. Decreto-lei 1.608 de 18 de setembro de 1939. Rio de janeiro, [1939]. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html. Acesso em: 10 jan. 2025.

CAUDAS, Gilberto. A técnica do direito. 6ª Ed. Vol 1. São Paulo: Leia Livros, 1984.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Teoria Geral do Processo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Campinas: Bookseller, 2000, v. 3.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. [et. al]. Teoria Geral do Processo. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

COSTA, Moacyr Lobo. Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

LEAL, André Cordeiro. Instrumentalidade do processo em crise. Belo Horizonte: Mandamentos – Faculdades de Ciências Humanas/FUMEC, 2008.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Institutos do direito comum no processo civil brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 51, jul./set. 2010.

LIMA, Alcides de Mendonça. Direito processual civil. São Paulo: Bushatsky, 1977.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma Introdução à história social e política do processo. In: WOLKMER, A. C. (Org.). Fundamentos de história do direito. 3. ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 372.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. Direito processual civil brasileiro (Código de 1939). Vol. I, 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1947.

MAGALHÃES, Joseli Lima. A Importância e influência das Escolas de Direito Processual Civil para a construção e formação do processo civil no Brasil. *Rev. Fac. Direito UFMG,* Belo Horizonte, n. 79, pp. 107-133, jul./dez. 2021.

MAGALHÃES, Joseli Lima; BRAGA, Roberto Wanderley; PEREIRA, Guiuliano Campos. A ideologia das exposições de motivos dos códigos processuais civil e suas conexões com a oralidade. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto-SP, a. XXIX, v. 33, n.2, mai/ago 2024, p.69-99.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A influência do direito processual civil alemão em Portugal e no Brasil. *Revista de Processo*. Brasília: Revista dos Tribunais, ano 1989, out-dez, n. 56, p. 101.

MUNDIN, Luis Gustavo Reis, "O Paradoxo de Bülow" no novo código de processo civil: os artigos 8º e 140 como homologadores do solipsismo judicial, *In* Jurisdição e Técnica Procedimental. Sérgio Henriques Zandona Freitas; André Cordeiro Leal; Rafhael Frattari; Wilson Engelmann [Orgs.]. Coleção Instituições Sociais, Direito e Democracia. Vol. 6. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

PACHECO, José da Silva. Evolução do processo civil brasileiro, n. 154.

PEREIRA E SOUZA, Joaquim José Caetano. Primeiras linhas sobre o processo civil. Rio de Janeiro: H. Garnier Editor, 1907.

PIAZZA, Valmor Júnior Cella. A natureza jurídica do processo: relação jurídica, situação jurídica e a navegação na epistemologia da incerteza. *Revista da Esmesc*, v. 18, n. 24, 2011.

PINTO, Bilac. Aspectos da reforma processual brasileira. *In* Processo Oral. Francisco Morato [Org.] Rio de Janeiro: Forense, 1940.

RODRIGUES, Antônio Coelho. Projeto de código civil. 2ª Ed. Rio de Janeiro: 1897.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. Vol. 1, 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

SARNEY, José. Um novo Código de Processo Civil (Prefácio). *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 48, n. 190. Tomo I, abr/jun 2011.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Comentários ao código de processo civil. Vol. 1. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VALLADÃO, Haroldo. História do Direito – especialmente do direito brasileiro. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

Recebido em: 08/03/2025

Aprovado em: 18/11/2025

DOI: 10.12818/P.0304-2340.2025v87p223

TEORIA DA FIRMA E ECONOMIA DE PLATAFORMA

FIRM THEORY AND PLATFORM ECONOMY

Marcia Carla Pereira Ribeiro[*]
João Paulo Atilio Godri[**]

RESUMO

Objetivou-se demonstrar que a Economia de Plataforma e a severa redução de custos de transação por ela proporcionada não têm o condão de implicar uma releitura da Teoria da Firma. O método dedutivo descritivo foi aplicado pelo enfrentamento da Teoria da Firma como mecanismo de governança direcionado para redução de custos de transação, da compreensão do mercado e das novas estruturas proporcionadas pela tecnologia, dentre elas a Economia de Plataforma. Na busca pelos resultados, foi imprescindível recortar o estudo ao aspecto econômico da firma, valendo-se da Nova Economia Institucional pelo rompimento de paradigma em relação à Economia Neoclássica. Conclui-se que, ainda que a Economia de Plataforma propicie substanciais vantagens alocativas e de redução de custos, haverá um momento em que a firma se apresentará como meio de coordenação mais vantajoso para a redução, mesmo mínima, de custos de transação. Fatores como crescimento e escalabilidade do negócio, atendimento a legislações e regulações, instabilidades de mercado podem fazer com que a firma, mesmo no bojo da Economia de Plataforma, se apresente como alternativa mais eficiente, de modo que não se faz necessária a releitura da Teoria da Firma, inobstante se reconheça que o debate é incipiente, com espaço para novas discussões.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da Firma. Estruturas de Governança. Custos de Transação. Tecnologia. Economia de Plataforma.

ABSTRACT

The aim of this study was to demonstrate that the Platform Economy and the severe reduction in transaction costs it provides does not imply a re-reading of the Theory of the Firm. The descriptive deductive method was applied by addressing the Theory of the Firm as a governance mechanism aimed at reducing transaction costs, market understanding and the new structures provided by technology, including the Platform Economy. In the search for the results, it was essential to cut the study to the economic aspect of the firm, using the New Institutional Economics for the paradigm shift with respect to Neoclassical Economics. It is concluded that, although the Platform Economy provides substantial allocative and cost reduction advantages, there will be a time when the firm will present itself as a more advantageous means of coordination for the reduction, even minimal, of transaction costs. Factors such as business growth and scalability, compliance with laws and regulations, and market instability can make the firm, even in the context of the Platform Economy, present itself as a more efficient alternative, so that a re-reading of the Theory of the Firm is not necessary, although it is recognized that the debate is incipient, with room for new discussions.

KEYWORDS: *Theory of the Firm. Governance Structures. Transaction Costs. Technology. Platform Economy.*

* Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora Titular da Universidade Federal do Paraná (UFPR).
E-mail: mcarlaribeiro@uol.com.br
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-7540-5406.

** Doutor em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) Professor de Direito Empresarial da Pós-Graduação Lato Sensu da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) e FAE *Business School* (FAE).
E-mail: joaopaulo@nga.adv.br. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-2376-1315.

INTRODUÇÃO

A empresa, ou no jargão econômico, a firma, tem sido um dos instrumentos mais utilizados pelos agentes econômicos como ferramenta de organização para acessar o mercado e gerar riquezas. Inúmeros são estudos e teorias, econômicas e jurídicas, que buscam compreender o porquê de sua existência e de sua utilização pelos agentes econômicos[1].

O mercado, por sua vez, acompanha, de uma forma ou de outra, a história da humanidade e é o ambiente (físico ou virtual) estabelecido para a realização de trocas ao menor custo (de transação) possível – o que se materializa, inclusive, por meio de empresas/firmas. Firmas e mercados, pois, são importantes e complexos fenômenos econômicos e sociais.

Os avanços e inovações proporcionadas pela tecnologia têm modificado a forma de interação não somente entre firmas e mercados, mas o modo como agentes econômicos se relacionam com as referidas organizações. O desenvolvimento tecnológico, em outras palavras, reascendeu, mais do que nunca, o debate acerca de quais (ou em quais) circunstâncias o agente econômico deve se utilizar exclusivamente da firma ou se valer apenas dos mercados.

Nesta perspectiva, o presente artigo se debruça sobre a Teoria da Firma e a denominada Economia de Plataforma ou Economia de Plataforma Digital e mesmo Virtual, ou, ainda, a Tendência à Bursalitização dos Mercados. Buscar-se-á investigar pelo método dedutivo se a Economia de Plataforma tem o condão de suscitar uma revisão ou uma releitura da Teoria Econômica da Firma.

Para tanto, na primeira parte do artigo analisa-se a Teoria da Firma sob a perspectiva da Nova Economia Institucional, de acordo com a vertente da Economia dos Custos de Transação. A partir das obras seminais de Ronald Coase e do aprofundamento realizado por Oliver Williamson, buscar-se-á retomar, sob o ponto de vista econômico, o porquê da firma e quando a firma, justificando-se o presente recorte pelo fato de a Teoria da Firma como mecanismo de governança orientada para a redução dos custos de transação ter rompido com a lógica até então dominante da Economia Neoclássica, que entendia a firma como mera função de produção decorrente do sistema de mecanismo de preços (mercado).

A segunda parte do artigo trata do resgate do que vem a ser o mercado, uma vez que a firma, pela teoria neoinstitucionalista objeto do presente estudo, existe justamente em virtude dos custos (de transação) que o agente econômico incorre para transacionar nesse ambiente de troca. Mais do que isso, são analisados os impactos da tecnologia na conformação de novas estruturas de mercado, com destaque ao surgimento da Economia de Plataforma.

1 Como cediço, de acordo, com o artigo 966 do CC/2002, a empresa é a atividade economicamente organizada, não podendo ser considerada sinônimo de sociedade empresária, ainda que usualmente o termo seja assim considerado. Da mesma forma, no aspecto jurídico, firma é espécie de nome empresarial, termo que usualmente acaba sendo utilizado como sinônimo de pessoa jurídica.

Com esteio, especialmente, no instigante estudo de Manoel Gustavo Neubarth Trindade, são analisadas as principais características da Economia de Plataforma e seus impactos nos custos de transação, o que servirá de apoio para o enfrentamento realizado na derradeira parte da pesquisa, seguido de sua conclusão. Vale dizer, se a Economia de Plataforma imporia a necessidade de uma releitura da Teoria da Firma, ante a possibilidade de severa redução (senão eliminação) dos custos de transação verificados para se fazer uso do mercado.

1. TEORIA DA FIRMA: UM OLHAR POR COASE E WILLIAMSON.

A empresa – ou em sua denominação econômica, a firma[2] – constitui um dos arranjos sociais mais complexos e importantes do mundo contemporâneo. O estudo sobre a razão da sua existência e de sua utilização pelos agentes econômicos movem estudiosos há, pelo menos, um século[3].

A empresa/firma tem sido a forma mais utilizada de organização econômica, e sua complexidade, segundo Cassio Cavalli[4], projeta-se na existência de diversas teorias que buscam explicar o fenômeno empresarial. Sob o ponto de vista da economia[5], três teorias acerca da firma se destacaram ao longo do tempo: a teoria da Economia Neoclássica (firma como função de produção) e as teorias da Nova Economia Institucional (firma como mecanismo de governança orientada para a redução dos custos de transação, e firma como mecanismo de governança direcionada para a redução dos custos de agência)[6-7].

Para o recorte proposto no artigo, a firma e, portanto, a empresa, será analisada sob o enfoque dos custos de transação, cujos principais teóricos são Ronald Coase e Oliver Williamson. Os economistas, ambos laureados com o Prêmio Nobel de Economia, foram pioneiros ao se debruçarem sobre a natureza da firma em contraposição à teoria decorrente da Economia Neoclássica, até então dominante[8].

2 Ver nota 1.

3 MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 511.

4 CAVALLI, 2014, p. 417.

5 De acordo o objetivo da presente pesquisa, a natureza da firma não será analisada sob o ponto de vista jurídico e, consequentemente, do direito da empresa. Para uma breve análise sobre o tema pelo enfoque jurídico, ver: BERTOLDI; RIBEIRO, 2022, p. 27-37. Ainda, a correlação existente entre a teoria econômica neoclássica da firma e sua utilização no direito de empresa brasileiro, a partir da definição do conceito de empresário no art. 966 do Código Civil de 2002, é realizada por Cassio Cavalli em: CAVALLI, 2014, p. 418-420.

6 CAVALLI, 2014, p. 417.

7 Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau (2015, p. 522-527), além da firma como instrumento de redução de custos de transação e custos de agência, citam a teoria da coalização, a teoria da rede de contratos e a teoria dos direitos de propriedade para explicar o fenômeno da firma. Para uma perspectiva história da Teoria da Firma, ver: COSTA, 2021, p. 493-499. Igualmente, para contraponto sobre a teoria institucionalista da firma a partir da lógica do institucionalismo evolucionário, ver: PEREIRA; LOPES; CONCEIÇÃO, 2019, p. 149-182.

8 Nas palavras do próprio Ronald Coase (2017, p. 37): "considerando que os economistas

Em "A natureza da firma" ("*The nature of the firm*"), publicada em 1937, Ronald Coase –Nobel de Economia em 1991[9] – buscou compreender o motivo para a existência de qualquer forma de organização[10], especialmente da firma, numa economia de troca especializada[11]. Segundo Ronald Coase[12], ainda que o economista parta da lógica de que o sistema econômico é coordenado pelo mecanismo de preços, de modo que o direcionamento dos recursos dependeria diretamente desse mecanismo, no mundo real, muitas vezes, as mudanças e escolhas são realizadas independentemente do movimento dos preços.

Daí a afirmação inicial de que a marca distintiva da firma é a de que ela suplanta o mecanismo de preços[13]. Nesse sentido, Ronald Coase se utiliza do seguinte exemplo: numa loja de departamentos, a organização das diversas secções no imóvel pode ser feita pela autoridade que está no controle, assim como em uma determinada indústria algodoeira, o tecelão pode alugar oficinas com energia elétrica, e pode adquirir outros bens e insumos a crédito, sendo que, em ambos os casos, essa coordenação dos vários fatores de produção, via de regra, é realizada sem a intervenção do mecanismo de preços[14].

Neste cenário, ao aprofundar sua investigação, Ronald Coase sugere que a utilização do mecanismo de preços vem acompanhada de custos. Para cada transação de troca ocorrida em um mercado, devem ser levados em consideração os custos de negociar e celebrar um contrato individual para materializar a operação, além dos custos de monitoramento e de execução – os denominados custos de transação[15-16].

---

tratam o mecanismo de preços como um instrumento de coordenação [referindo-se a teoria neoclássica da firma e sua posição como fator de produção no sistema de preços], mas também admitem a função coordenadora do empresário, certamente é importante indagar por que a coordenação é tarefa do mecanismo de preços em um caso e do empresário em outro. O propósito deste artigo [A natureza da firma] é preencher aquilo que parece ser uma lacuna na teoria econômica entre o pressuposto (feito por alguns propósitos) de que os recursos são alocados por meio do mecanismo de preços e o pressuposto (feito para outros propósitos) de que esta alocação depende do empresário-coordenador. Precisamos explicar a base sobre a qual, na prática, esta escolha entre alternativas é efetuada".

9 Para uma análise sintética, porém esclarecedora dos estudos de Ronald Coase, ver: RIBEIRO; KLEIN, 2019, p. 357-365.

10 COASE, 2017, p. 36.

11 *Ibid.*, p. 38.

12 *Ibid.*, p. 34-35.

13 *Ibid.*, p. 36.

14 *Id.*

15 *Ibid.*, p. 38-40.

16 Posteriormente, em 1960, Coase, no seminal artigo *The Problem of Social Cost* (1960), aborda, efetivamente, o conceito de custos de transação (custos de transações de mercado) e estabelece as bases para o que, na sequência, fora enunciado por George Stigler como Teorema de Coase: em um ambiente de custos de transação igual a zero, a barganha entre as partes sempre será eficiente para a alocação final dos ativos. Para um resumo do Teorema de Coase, ver: KLEIN, 2022, p. 79-85.

Logo, a firma surgiria para, senão eliminar, ao menos diminuir os contratos que são necessários para a utilização do mercado e, consequentemente, reduzir custos. Ronald Coase sintetiza seu argumento fixando que, se a operação de um mercado importa custos, criar uma organização que permita a alguma autoridade, no caso, o empresário, direcionar seus recursos, é a alternativa para que sejam economizados determinados custos de mercado[17-18].

Tal organização, a firma, portanto, é introduzida primordialmente em virtude da existência de custos associados à utilização do mercado. E o tamanho da firma será determinado pelos custos associados à indigitada utilização dos mercados (custos da utilização do mecanismo de preços) e pelos custos de organização de diferentes empresários[19].

Como pontua Ana Frazão, Ronaldo Coase explicou a diferença entre firma e mercados a partir do dilema do *make or buy*[20]. Vale dizer, são os custos de transação que determinam a internalização de determinadas atividades em uma organização hierárquica própria (firma) ou sua contratação diretamente no mercado.

Os estudos de Ronald Coase, destarte, permitiram a compreensão inicial de que é o custo de transação que baliza a decisão do agente de retirar determinada relação contratual do mercado (sistema de preços) e inseri-la no âmbito da firma, o que foi aprofundado por Oliver Williamson. Também laureado com o Prêmio Nobel de Economia, concedido no ano de 2009, o referido economista, ao se debruçar sobre a relação custo-mercado-firma, demonstrou que a razão para a escolha entre diferentes meios de coordenação (ou mercado ou firma) está na identificação dos custos existentes, pontuando a ocorrência de uma gama de opções e arranjos dentre e entre mercados e firmas (via de regra, contratos)[21].

Oliver Williamson, assim, operacionalizou a posição de Ronald Coase[22], e o fez sob duas perspectivas principais: a primeira, a de que o ser humano não é hiper-racional[23], sendo, pois, limitada sua racionalidade, razão pela qual o agente é dado ao oportunismo[24]; e, a segunda, a de que as transações são providas de atributos (especificidade, incerteza e frequência), sendo que a diferença entre

17 COASE, 2017, p. 40-41.

18 Em suas palavras, "o empresário precisa executar sua função a menores custos, considerando o fato de que pode obter os fatores de produção a custo inferior aos oferecidos pelas transações de mercado que substitui, porque é sempre possível reverter ao mercado aberto caso fracasse em sua missão". (COASE, 2017, p. 41).

19 COASE, 2017, p. 53.

20 FRAZÃO, 2018, p. 11.

21 WILLIAMSON, 2012, p.4.

22 MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 520.

23 CAVALLI, 2014, p. 422.

24 WILLIAMSON, 2012, p. 26.

eles é que permite a parametrização dos custos[25] e que conduzirá à escolha pela forma de organização dos negócios.

Neste sentido, os custos de transação – conceituados por Oliver Williamson como os custo de funcionamento do sistema econômico, o equivalente ao atrito dos sistemas físicos[26] –, são economizados pela alocação de transações (que diferem nos seus atributos e são afetadas pela racionalidade e oportunismo do agente, como destacado) a estruturas de governança, ou seja, meios de coordenação, dentre elas, a firma. Por esse cenário, não é demais afirmar que Ronald Coase pautou-se no porquê da firma, enquanto Oliver Williamson demonstrou quando utilizá-la em detrimento do mercado, ou, até mesmo, de contratos.

Segundo Oliver Williamson, a partir das lições de Herbert Simon, os agentes econômicos se pretendem intencionalmente racionais, mas o são apenas limitadamente, o que os conduz ao oportunismo, descrito como o autointeresse com avidez. Somado a tais fatores, destaca o economista a especificidade do ativo como uma condição característica de algumas transações que associada ao oportunismo encaminham a uma provável escolha pela firma ou pelo contrato em detrimento da simples busca no mercado[27].

A presença da racionalidade limitada, do oportunismo e da especificidade do ativo influenciam diretamente na escolha da estrutura de governança pelo agente. Oliver Williamson demonstra tal panorama por meio de hipóteses comportamentais, com base em quatro cenários, que podem ser sintetizados pela tabela abaixo:

TABELA 01

Pressupostos Comportamentais		Especificidade Ativo	Processo de Contratação
Racionalidade Limitada	Oportunismo		
0	+	+	Planejamento (capacidade de previsão de todos os problemas
+	0	+	Promessa (baseado na honestidade das partes)
+	+	0	Mercado
+	+	+	Relações Hierárquicas

Fonte: Williamson (2012, p. 26-27).

25 AGUSTINHO, 2011, p. 55.

26 WILLIAMSON, 2012, p. 15.

27 *Ibid.*, p. 26.

No primeiro cenário, as partes são ilimitadamente racionais, porém oportunistas, sendo o ativo específico. No segundo cenário inverte-se apenas a posição dos agentes: são limitadamente racionais, mas não oportunistas e transacionam sobre ativo específico.

No terceiro cenário, os agentes são limitadamente racionais, oportunistas, contudo, não se debruçam sobre ativo específico. Por fim, no quarto cenário, todas as hipóteses estão presentes: os agentes detêm racionalidade limitada, são oportunistas e pretendem transacionar ativo específico.

Nos dois primeiros cenários, o contrato se apresenta como a melhor estrutura de governança. A racionalidade ilimitada, no primeiro caso, suplantará os potenciais efeitos perniciosos decorrentes do oportunismo e da especificidade do ativo, de modo que todas as questões relevantes do contrato serão resolvidas no estágio de barganha *ex ante* (fruto, justamente, de um quadro próximo ao ideal de reconhecimento da racionalidade ilimitada)[28].

No segundo caso, a ausência de oportunismo eliminará o comportamento estratégico. Logo, as partes, inobstante sua racionalidade limitada, se comprometem no início do negócio a executar o contrato eficientemente, primando pela maximização dos lucros e obtenção de retornos justos nos intervalos de renovação do contrato, diante da especificidade do ativo.

Já no terceiro caso, a racionalidade limitada e o oportunismo dos agentes não retiram a indicação do mercado como meio de coordenação que importa menores custos de transação, e, por extensão, o mais eficaz. Isso se deve à ausência de especificidade do ativo, fazendo com que, de acordo com Oliver Williamson, não haja interesse contínuo na identidade uns dos outros, pois o ativo não específico poderá será encontrado facilmente com outro agente de mercado[29].

Por fim, o quarto caso exemplifica a escolha da firma como estrutura de governança mais eficiente para a redução dos custos de transação. Em virtude da racionalidade limitada e do oportunismo dos agentes, o contrato será incompleto, e a especificidade do ativo faz com que a identidade das partes, agora, importe[30].

Neste diapasão, a integração vertical, pela organização interna da produção via firma, será o melhor arranjo a ser escolhido pelo empresário. Em outras palavras, as transações devem ser alinhadas de forma a economizar com a racionalidade limitada e, simultaneamente, salvaguardá-las dos riscos de oportunismo[31].

Como resume Oliver Williamson, a utilização do mercado é preferível quando a especificidade do ativo é baixa, em razão dos incentivos e das inabili-

28 *Ibid.*, p. 26-27.
29 *Id.*
30 *Id.*
31 *Id.*

dades da organização interna, firma, no que diz respeito ao controle dos custos de produção[32]. Todavia, a organização interna, isto é, a firma, passa a ser preferível quando o ativo é altamente específico, dado o elevado grau de dependência bilateral que passa a existir em tal circunstância e os substanciais incentivos que desfavorecem a facilidade com a qual ocorrem os ajustes sequenciais e adaptativos frente a imprevistos.

Os estudos acerca da firma por Ronald Coase e Oliver Williamson permitiram um olhar adiante sobre a importância dessa forma de organização. Abriu-se a caixa-preta da firma da teoria neoclássica – mera função de produção – para se compreender a razão pela qual firma e mercado coexistem como forma de organização da atividade econômica[33].

O que hoje parece simples ainda revela a força do que fora enunciado por Coase: a firma responde à necessidade de reduzir custos de utilização do mercado. O empresário recorre à firma quando os custos de organizar as atividades de produção pelo mercado sobejam os decorrentes do uso da firma[34].

Por evidente, os postulados da teoria econômica da firma sob a perspectiva de mecanismo de redução de custos de transação ora analisados podem não se concretizar, muito menos ser úteis, a partir da realidade do cotidiano. Vale dizer, por vezes o empresário estará em determinada situação em que se recomendaria a integração vertical em detrimento da relação contratual de mercado, mas o empresário não terá condições de assim proceder – e o direito, aqui, passará a ter papel de destaque, a exemplo da previsão da ação de renovação compulsória do contrato de locação para aquele agente que pretende continuar exercendo sua atividade em determinado imóvel, sem que, porém, tenha recursos para adquiri-lo do proprietário para livrar-se do seu potencial arbítrio[35].

Tal constatação, entretanto, não retira da aludida teoria econômica sua relevância, especialmente pelas lições apresentadas por Ronald Coase e Oliver Williamson de que a utilização do mercado importa custos de transação e de que a firma pode, senão eliminá-los, atenuá-los significativamente sob determinadas condições.

2. A ECONOMIA DE PLATAFORMA E A ORGANIZAÇÃO DOS MERCADOS A PARTIR DA TECNOLOGIA

A troca, transferência de bens ou escambo são traços distintivo do ser humano em relação a outros animais e o acompanham pelo menos desde que passou a conviver em sociedade. Adiciona-se à troca o elemento da divisão do trabalho e os fundamentos do mercado se apresentam[36].

32 *Ibid.,* p. 83.

33 MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 518.

34 *Ibid.,* p. 519.

35 CAVALLI, 2014, p. 424-425.

36 MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 87-91.

O mercado, segundo Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, consiste em qualquer situação na qual pessoas que têm bem ou serviços para oferecer procuram outras pessoas com interesse em adquiri-los[37]. Na mesma linha, Manoel Gustavo Trindade, valendo-se das lições de Robert S. Pindyck e Daniel Rubinfeld, afirma que o mercado é um grupo de compradores e de vendedores que determinam preços de acordo com suas interações ou potenciais interações[38-39].

A troca, pois, é essencial ao mercado, sempre existiu e sempre existirá, a ponto de Fabio Nusdeo afirmar que nem o mais centralizado e ditatorial dos regimes impedirá a existência de trocas em determinados círculos ou locais, e, por consequência, pode-se assim dizer, de mercados[40]. É interessante observar que o mercado é um ambiente que aparecerá onde existirem pessoas interessadas, em suma, em vender e comprar, o que fica mais em evidência após a formação dos Estados Nacionais.

E mais, os mercados se estabelecem porque, ao fim e ao cabo, servem como mecanismo de redução de custos em que as partes incorreriam para se reunir e realizar a troca. A reunião de múltiplos ofertantes e adquirentes, como estratégia de comercialização de excedentes, nos burgos, ou cidades, no século XVIII, permitiam aos moradores do campo apresentar seus produtos – essenciais aos moradores da cidade – em troca de manufaturados de seu interesse[41]. A adoção dessa estratégia tem a vantagem de reduzir o custo de encontrar parceiros para fazer a troca.

Adam Smith pontua que o mecanismo das trocas entre os moradores da cidade e do campo aponta para a confirmação de que o desenvolvimento e a riqueza vêm para ambos e não em detrimento de um e em favor do outro. Maior bem-estar (pelo acesso aos produtos manufaturados) e melhores condições de subsistência (uma decorrência do acesso aos produtos do campo)[42].

Por outro lado, quanto mais participantes se encontrarem num mercado para conformação de seus interesses, mais importantes serão os ganhos, quer seja pela redução dos custos, quer seja como resultado dos efeitos positivos da concorrência.

Neste cenário, é importante notar que o mercado não é necessariamente um local (*locus*) físico, mas um ambiente, um espaço em que pessoas se reúnam

37 *Ibid.*, p. 91.

38 TRINDADE, 2020, p. 5.

39 Não se pode olvidar da polissemia do termo mercado, como bem recorda Elizabeth Farina (2005, p. XI): "o que é um mercado? Mercado é uma coleção de compradores e vendedores que interagem, resultando na possibilidade de troca Mercado é um conjunto de institutos jurídicos que garante as trocas. Mercado é uma forma de governar as transações econômicas, é uma estrutura de governança".

40 NUSDEO, 2015, p. 100.

41 SMITH, 1999, p. 479.

42 *Ibid.*, p. 480.

para fazer negócios, ainda que inegavelmente, em suas origens, tenha sido um local físico de encontro de ofertantes e adquirentes. As feiras da Idade Média, os centros comerciais europeus, as estruturas portuárias que se estabeleceram ao longo da história são retratos desse ideário de mercado.

Segundo Adam Smith, com o desenvolvimento das cidades, no século. XVIII, era justamente no seu espaço que se apresentavam as melhores condições para os negócios, funcionando como um polo de atração sobretudo para os produtores do campo dos arredores dos centros, com o menor dispêndio possível em custos de transporte e acomodação da produção[43]. No entanto, já no século XVIII se constatara que nem todas as necessidades eram supridas pela produção das vizinhanças. A invenção dos barcos de grande capacidade no século XV permitiu que o trigo adquirido nos portos bálticos e as madeiras oriundas da Suécia concorressem com os produtos locais nos mercados situados nos atualmente denominados Países Baixos nos séculos XV e XVI[44].Também as experiências colonizadoras trouxeram o conhecimento sobre a viabilidade de produção ou extração de produtos em locais mais distantes, apontando para uma característica indissociável do comércio e dos mercados: a tendência à ultrapassagem dos limites territoriais estritos.

Ainda mais, a evolução e o desenvolvimento tecnológico, geradores de inovação, permitiram gradualmente a redução dos custos de transporte e proporcionam, consequentemente, uma cada vez maior participação de agentes em um dado mercado independentemente das distâncias, qual seja, da localização física do mercado.

Retornando-se à lógica dos custos de transação, as tecnologias de comunicação e de transporte repercutem diretamente nos gastos em se negociar: tudo que interfira na busca pelo parceiro de negócio, tempo de negociação, monitoramento das condutas combinadas e dos resultados, afeta na formação e extensão dos mercados. Logo, os cada vez mais presentes avanços de comunicação (*internet* e digitalização), informação (mídias, recursos eletrônicos etc.) e de transporte (aviação, veículos autônomos etc.) implicam redução contínua dos custos de transação e potencial ampliação de mercados, que deixam de ser propriamente *locus* físicos.

Como destaca Manoel Gustavo Trindade, os avanços tecnológicos têm proporcionado a virtualização ou a digitalização dos mercados[45]. O paradigma do mercado como um local físico compete com mercados cada vez mais amparados em tecnologias virtuais sem qualquer abandono ao conceito primeiro de mercado como sinônimo de ambiente no qual agentes econômicos se reúnem para realizar trocas, física ou virtualmente.

43 *Id.*

44 MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 94.

45 TRINDADE, 2020, p. 9.

Logo, o que era local, depois regional, nacional ou internacional com base nos respectivos limites territoriais, torna-se agora também abstrato, indefinido, não havendo, contudo, em que pese suas inúmeras modificações, como dissociar os mercados de uma ordem social e jurídica que estabelece as premissas que viabilizam as negociações[46]. São as instituições formais e informais[47], isto é, leis, tradições e costumes que conformaram e continuam a conformar o que se entende por mercado.

Destarte, não é demais afirmar que a tecnologia tem conferido nova feição aos mercados[48]. A combinação de diversos fatores tecnológicos (*internet*, *smartphones, smart contracts, blockchain,* inteligência artificial etc.) tem alterado a conformação das estruturas das relações entre os agentes e de organização dos mercados[49].

Segundo Manoel Gustavo Trindade, esse conjunto de fatores, inseridos num contexto tecnológico, contribuem para um modo de organização diferenciado dos mercados, por meio da disposição de suas estruturas em forma de plataforma. A tal fenômeno conferiu-se a alcunha de Economia de Plataforma ou Economia de Plataforma Digital e mesmo Virtual, ou, ainda, a Tendência à Bursalitização dos Mercados (em analogia a estrutura verificada no mercado de capitais)[50].

A estruturação mediante plataformas possibilita a formação de mercados com maior número de agentes econômicos (sejam eles ofertantes ou demandantes), com maior número de transações (em razão da celeridade e do dinamismo permitido pela rede), com maior padronização de contratos, o que possibilita a comparação e ordenação das preferências dos agentes, assim como com redução de barreiras de entrada para pretensos ofertantes. Nesse cenário, sustenta Manoel Gustavo Trindade que a Economia de Plataforma tende a reduzir a muito próximo de zero os custos de transação, especialmente aqueles direcionados para pesquisa e negociação, uma vez que as ofertas dos agentes econômicos ficam centralizadas em plataformas, que encerram mercados virtuais, padronizados e ordenados, com funcionamento quase que ininterrupto, viabilizando comparações e escolhas imediatas – tal como ocorre com os *books* dos mercados de bolsa[51].

46 IRTI, 2003, p. V-XI.

47 Instituições aqui empregada, portanto, na acepção de Douglass North (2018, p. 13-25), isto é, as regras do jogo, escritas e não escritas, que balizam as condutas e escolhas dos agentes econômicos.

48 Não somente ao mercado, mas também aos negócios. A Quarta Revolução Industrial e a transição da sociedade analógica para a sociedade digital têm oportunizado a geração de novos modelos de negócios. Neste sentido, ver: VILAR, 2019, p. 2.

49 TRINDADE, 2020, p.8.

50 *Ibid.*, p. 8-12.

51 *Ibid.*, p. 10-12.

É quase dizer, portanto, que a Economia de Plataforma pode vir a materializar os pressupostos teóricos do Teorema de Coase, estabelecendo um ambiente (virtual) sem custos de transação em que a barganha, via mercado (e não por firmas ou contratos), seria o mecanismo mais eficiente para a alocação de recursos. O questionamento que se apresenta é se, efetivamente, a tecnologia e os exponenciais avanços por ela instrumentalizados terão o condão de estabelecer essa realidade ótima – e que, atualmente, somente existe nos recônditos das teorias e proposições acadêmicas.

Em desfecho, é importante ressalvar que a Economia de Plataforma não se confunde com os fenômenos da Economia Compartilhada e da Economia Colaborativa. A primeira se notabiliza pelo compartilhamento de bens, com vistas à otimização de sua utilização e coibição de ociosidade e desperdício; a segunda se caracteriza pela produção, distribuição e consumo de forma colaborativa entre os agentes econômicos[52].

Segundo pontua Carlos Eduardo Koller, a Economia Compartilhada, em verdade, implica profunda modificação na forma de consumo e circulação de bens e serviços, de modo que a funcionalização econômica dos bens passa a atender a outros interesses que não apenas os egoísticos de seu titular[53]. Há, portanto, um salto na utilidade dos bens, com a geração de benefícios que muito possivelmente não seriam alcançados caso não fosse viabilizada a ação de compartilhar.

Veja-se que a lógica do compartilhamento e da colaboração econômica não é recente, a exemplo do que acontece nos contratos de locação de bens móveis e imóveis (compartilhamento temporário do direito de propriedade e posse, inclusive com tipificação legal), assim como nos processos de reciclagem (colaboração para reutilização de bens e salvaguarda ambiental). Ou seja, não se está diante de fenômenos novos, frutos do desenvolvimento e inovações tecnológicas: são iniciativas que independem das ferramentas proporcionadas pela tecnologia, a exemplo do que ocorre com um livro disponível para empréstimo em uma biblioteca[54].

A confusão frequentemente realizada talvez se justifique pelo fato de tanto a Economia Compartilhada como a Economia Colaborativa se potencializarem substancialmente pela utilização da Economia de Plataforma[55]. Os casos do Uber, do Airbnb e do Netflix (para citar os mais proeminentes) são exemplos de negócios assentados sob o prisma ou da Economia Compartilhada ou da Economia Colaborativa, mas que se estruturam, se organizaram e se rentabilizaram por meio da Economia de Plataforma. Segundo observa Carlos

52 *Ibid.,* p. 12-13.

53 KOLLER, 2021, p. 60-61

54 *Ibid.,* p. 63.

55 TRINDADE, 2020, p. 13.

Eduardo Koller, o implemento da tecnologia e o uso da internet romperam com algumas barreiras, o que catapultou a lógica do compartilhamento, pela criação das plataformas inteligentes que reduzem a assimetria informacional entre os agentes econômicos[56].

Em suma, a Economia de Plataforma tem alterado sobremaneira o entendimento sobre os mercados e sua forma de utilização, especialmente pelos ganhos de eficiência econômica em virtude da severa redução de custos de transação. Custos de transação que justificavam a criação das firmas (Ronal Coase) e que determinavam a escolha da estrutura de governança, dentre elas a firma, que melhor atendesse ao objetivo de reduzi-los (Oliver Williamson).

Resta compreender se a base teórica da Teoria da Firma sob a ótica da redução dos custos de transação, de acordo com as proposições dos referidos economistas e tratadas no capítulo acima, se sustenta perante a disrupção já evidenciada pela Economia de Plataforma. É o que se pretende realizar no capítulo abaixo.

3. UMA RELEITURA DA TEORIA DA FIRMA (?)

Em um breve panorama, verificou-se, inicialmente, que, dentre as teorias econômicas que se debruçaram sobre o fenômeno empresarial, a Teoria da Firma como mecanismo de governança orientada para a redução dos custos de transação logrou êxito em romper com o paradigma neoclássico que considerava a firma como mera função de produção voltada ao funcionamento do sistema de mecanismo de preços. O porquê e quando da empresa/firma, nos limites inerentes a qualquer fundamentação teórica, foram demonstrados por Ronald Coase e Oliver Williamson, estando claro que a firma somente existe em razão dos custos (de transação) relacionados à utilização do mecanismo de preços, vale dizer, ao mercado.

De igual modo, destacou-se que o mercado é um ambiente em que ofertantes e demandantes se reúnem para realizar trocas, constituído justamente com a finalidade de reduzir custos de transação – é menos custoso se reunir em um local de fácil acesso e com o maior número de agentes econômicos possíveis que tenham interesse em vender ou comprar. Do *locus* físico do medievo à abstração decorrente, em essência, dos avanços e inovações permitidos pelo desenvolvimento tecnológico, o mercado continua a ser espaço de interação de agentes que visam, em última instância, economizar custos de transação, sob as balizas da ordem jurídica.

A Economia de Plataforma se insere nesse contexto de abstração ou virtualização do mercado, oferecendo uma nova organização das estruturas de troca que permita o acesso de um maior número de agentes econômicos, a

56 KOLLER, 2021, p. 63.

ocorrência de um maior volume de transações e a possiblidade de ordenação e padronização das preferências desses agentes. E tudo isso com o indigitado objetivo: reduzir (ou como sustenta Manoel Gustavo Trindade, quase zerar e, quem sabe, zerar) custos de transação.

Tem-se, portanto, que a firma e a economia de plataforma estão fulcradas em uma constante: a necessidade de se reduzir custos de transação, maximizando a alocação de recursos e a eficiência econômica das relações. O que se coloca em discussão é se a Economia de Plataforma importa necessária releitura da Teoria da Firma, vale dizer, se a empresa/firma ainda teria razão de ser quando em cotejo com os potenciais ganhos de eficiência (redução de custos de transação) proporcionados por essa nova organização dos mercados (Economia de Plataforma).

Afinal, se a firma é organização voltada à redução de custos de transação, a Economia de Plataforma, ao mitigá-los a quase zero (ou a zero), retira o incentivo do agente a verticalizar sua produção por meio da firma. Essa é a visão proposta por Manoel Gustavo Trindade, isto é, a de que se faz necessária uma releitura, uma ressignificação da Teoria da Firma.

Partindo da classificação dos custos de transação como Custos de Pesquisa (*Search and Information Costs*), Custos de Negociação (*Bargain Costs*) e Custos de Monitoramento e Implementação (*Policing and Enforcement Costs)*, pontua Manoel Gustavo Trindade que a Economia de Plataforma, ao permitir uma maior aproximação entre a oferta e a demanda, e, assim, otimizar o processo de pesquisa e busca do agente, também facilita o monitoramento dos agentes e a implementação das transações, ante o espaço para autorregulação (realizada pelos próprios agentes integrantes do mercado). Logo, há redução tanto de Custos de Pesquisa como de Custos de Monitoramento e Implementação[57].

Ainda, sugere que a Economia de Plataforma extingue ou reduz ao máximo o processo de negociação entre as partes e o de definição de um pacto ou contrato, em razão da padronização e ordenação viabilizada pela plataforma, de modo que a conclusão ou não da transação dependerá, apenas, de as partes concordarem ou não com a transação (o famigerado, "um clique")[58]. Aqui, se atenuam os Custos de Negociação.

Nesse cenário, a Economia de Plataforma promoveria uma transição da firma, nos moldes enunciados pela Teoria da Firma, para o mercado. A severa redução dos custos de transação gerada pela Economia de Plataforma faria com que os custos da firma ou custos de verticalização superassem, em muito, os custos para acesso aos mercados pela plataforma[59].

57 TRINDADE, 2020, p. 25.

58 *Id.*

59 *Ibid.*, p. 29.

E conclui, em suas palavras: "por conseguinte, torna-se cada vez mais vantajoso buscar os ativos diretamente no mercado, não mais se internalizando a obtenção do trabalho por meio de relações de emprego"[60]. A pesquisa realizada por Manoel Gustavo Trindade certamente é provocativa e conduz à necessária reflexão, especialmente econômica, sobre as organizações e instituições que balizam o mercado.

Como já destacado, o fenômeno empresarial é complexo e instiga pesquisadores há séculos. E é justamente por essa complexidade e pela necessidade constante do ser humano de buscar trocas ao menor custo de transação é que se entende, em uma primeira leitura, que a Teoria da Firma (como mecanismo de redução de custos de transação) ainda não se ressente de uma releitura.

De fato, as novas tecnologias têm impactado diretamente a redução dos custos de transação para contratações fora da firma[61], tal como verificado com a Economia de Plataforma. Todavia, como salienta Ana Frazão, as imposições da realidade atual têm caracterizado a substituição de um sistema de produção coordenado dentro de uma firma verticalizada por um sistema de coordenação de reunião de empresas que precisam buscar arranjos contratuais que forneçam estabilidade para suas relações[62].

Não por outro motivo tem sido crescente o surgimento de diversos contratos de cooperação entre agentes empresais, da utilização da terceirização e das redes relacionais (*networking*) que combinam aspectos da firma e do mercado[63]. Ainda há, portanto, coordenação, e não sobreposição ou eliminação da firma pelas novas estruturas de mercado.

Quer-se dizer, ainda que a Economia de Plataforma propicie substanciais vantagens alocativas e de redução de custos, haverá um determinado momento em que a firma se apresentará como meio de coordenação e de governança mais vantajoso para a redução, ainda que mínima, de custos de transação. Fatores como crescimento e escalabilidade do negócio, necessidade de atendimento a legislações e regulações, instabilidades de mercado podem fazer com que a firma, mesmo que no bojo da Economia de Plataforma, se apresente como alternativa mais viável e mais eficiente.

Como reconhecido por Oliver Williamson, tendo em vista os custos burocráticos para a remoção da transação do mercado e sua fixação na firma, a organização interna (firma) somente merecerá ser escolhida quando as soluções de mercado ou as soluções híbridas (contratos) não funcionarem. Contudo, a análise comparativa das estruturas de governança disponíveis (e não sua elimi-

60 *Ibid.*, p. 30.
61 FRAZÃO, 2018, p. 112.
62 *Ibid.*, p. 111.
63 *Ibid.*, p. 118.

nação) deve permear o enfrentamento dos custos e dos benefícios a ela associados[64].

O fato de a Economia de Plataforma tornar vantajosa (valendo-se das palavras acima transcritas de Trindade) a adoção direta do mercado não significa que a firma deixe de cumprir com seu papel de mecanismo de redução custos de transação, muito menos de que a Teoria da Firma (pelo menos nesse momento) careça de uma releitura. Entende-se, em verdade, que a Economia de Plataforma apenas importará a realocação dos atributos da transação que vão definir quais dos elementos deverão ser retirados da firma e quais dos elementos deverão ser a ela internalizados pelo agente econômico.

Para além das firmas e do mercado, especialmente destacados no artigo, lembre-se que os contratos relacionais (repetitivos ou de longa duração) também se inserem dentre as estruturas de governança na teoria de Oliver Williamson e que podem ser utilizados na busca pela redução dos custos. Logo, a Economia de Plataforma, assim como a tecnologia *blockchain*[65] que está no bojo de seu ambiente não parecem assumir uma posição de substituição às demais estruturas de governança.

Pode-se até se aprofundar o questionamento se as referidas tecnologias se enquadrariam dentre as formas híbridas de governança expostas por Oliver Williamson (contratos) ou, mesmo, se seriam consideradas uma nova estrutura de governança ao lado, justamente, das firmas, dos mercados e dos contratos relacionais, por apresentarem uma forma diferenciada de se efetivar transações[66]. Porém, como sustentado, isso não significa que a Economia de Plataforma (e a tecnologia *blockchain*) venha em substituição a tais estruturas.

São as imperfeições do mercado que inspiram os agentes econômicos, os teóricos da economia e os elaboradores de políticas públicas a buscarem soluções mais eficientes do que a simples lógica do mercado. Mercados falham e geram custos.

Sendo assim, não é o fato de existirem novos mecanismos de acesso aos mercados e aos negócios e de transparência que suplantarão a capacidade humana de agir de forma a desrespeitar padrões, provocando um desequilíbrio

64 WILLIAMSON, 2005, p. 32-37.

65 Segundo Genevieve Paim Paganella (2021, p. 104-107), "o *blockchain* é tecnologia que teve como escopo original servir de plataforma para a comercialização de *bitcoin,* dinheiro digital. Posteriormente, entretanto, percebeu-se seu potencial de utilização para outros fins que não só o financeiro, derivando daí diversos outros protocolos *blockchain* a depender da necessidade de cada tipo de transação ou uso". Assim, o *blockchain* pode ser entendido como "uma rede *peer-to-peer,* baseada em criptografia (a base de *hash* ou de chaves públicas e privadas) e é uma *ledger* distribuída que deve ser mantida sincronizada e que é composta por blocos. Nela há um protocolo de consenso para se verificar a validade das transações (no caso do *Blockchain do Bitcoin: proof-of-work)* e funciona à base de incentivos (*coinbase* e taxas de transação pagas pelos usuários aos mineradores)".

66 PAGANELLA, 2021, p. 170-171.

potencial no mercado eventualmente associados, por exemplo, ao ganho abusivo. Também o grau de especificidade do que se pretende contratar demandará, por certo, situações em que um contrato de longo prazo ou opção pela estrutura hierárquica sejam escolhas mais eficientes do que a busca direta ao mercado via Economia de Plataforma.

É o início de um promissor debate que se espera seja ainda mais fomentado com a presente pesquisa.

CONCLUSÃO

Não há dúvidas de que a tecnologia tem revolucionado diversos setores da sociedade e da economia. As empresas/firmas e os mercados não são exceções e também são (e tem sido) fortemente impactados pelos avanços e inovações decorrentes do desenvolvimento tecnológico.

A Economia de Plataforma, um dos resultados dessa nova era, tem alterado a forma como produtos e serviços são acessados, modificados e transacionados pelos agentes econômicos. O aumento e a aproximação entre a oferta e a demanda, assim como a possibilidade de ordenar e sistematizar as preferências dos agentes econômicos conduziu ao questionamento inicial se a firma, na forma concebida pela economia, ainda é (ou será) necessária, ante a vertiginosa redução dos custos de transação proporcionada pela Economia de Plataforma – ou, como destacado ao longo da pesquisa, também denominada de Economia de Plataforma Digital e mesmo Virtual, ou, ainda, a Tendência à Bursalitização dos Mercados.

Nesse cenário, ainda que a Economia de Plataforma propicie substanciais vantagens alocativas e de redução de custos, haverá um determinado momento em que a firma se apresentará como meio de coordenação e de governança mais vantajoso para a redução, ainda que mínima, de custos de transação. A reordenação das firmas por meio de novos arranjos e contratos, a necessidade de cooperação e alinhamento de redes, pelo menos por enquanto, ainda não retira da firma seu importante papel de mecanismo de redução de custos de transação, mas, ao contrário, tão somente o reforça.

Acredita-se que a Economia de Plataforma apenas importará a realocação dos atributos da transação que vão definir quais dos elementos deverão ser retirados da firma e quais dos elementos deverão ser a ela internalizados pelo agente econômico. Isso não significa, contudo – repita-se, pelo menos por ora –, que a Teoria da Firma precisa ser relida ou revisitada.

Até que a tecnologia promova um meio efetivo de materializar, em todo os seus pressupostos, o Teorema de Coase, a firma ainda se apresentará como um dos mecanismos de governança disponíveis ao agente econômico para alocação eficiente de recursos e consequente redução de custos de transação. O tempo dirá.

De toda sorte, o debate é incipiente, porém promissor, e certamente demandará novos estudos e questionamentos. Assim como a provocação realizada por Manoel Gustavo Neubarth Trindade inspirou a confecção da presente pesquisa, espera-se que, de igual modo, esse estudo possa servir de gatilho para que outros pesquisadores passem a explorar tão relevante e interdisciplinar temática.

REFERÊNCIAS

AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. *O Ativismo Acionário dos Investidores Institucionais e a Governança Corporativa nas Companhias Abertas brasileiras – a análise jurídica da economia do Mercado de Capitais*. 2011. 262 f. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

BERTOLDI, Marcelo M; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial.* 12ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

CAVALLI, Cassio. O Direito e a Economia da Empresa. *In* TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia no Brasil.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 417-432.

COASE, Ronald. H. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics,* v. 3, 1960.

COASE, Ronald. H. *A firma, o mercado e o direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

COSTA, Achyles Barcelos da. A teoria da firma: crítica à visão neoclássica e enfoque heterodoxo. *História Econômica & História de Empresas*. v. 24. n. 2. Mai-Ago. 2021, p. 490-530.

FARINA, Elizabeth M. M. Q. Prefácio. *In:* ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito e Economia:* Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

FRAZÃO, Ana. Do direito da empresa ao direito da empresa e dos mercados. *Revista de Direito Empresarial – RDEmp,* Belo Horizonte, ano 15, n. 01, jan./abr. 2018, p. 105-125.

IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*. Milano: Laterza, 2003.

KLEIN, Vinicius. Teorema de Coase. *In:* RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito:* uma introdução. 3.ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 79-85.

KOLLER, Carlos Eduardo. *O direito de acesso à propriedade imóvel a partir da economia compartilhada:* uma análise econômica. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NUSDEO, Fabio. *Curso de Economia*: introdução ao direito econômico. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NORTH, Douglass C. *Instituições, Mudança Institucional e Desempenho Econômico*. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

PAGANELLA, Genevieve Paim. *Blockchain e governança empresarial:* aspectos econômicos e jurídicos. São Paulo: Editora Dialética, 2021.

PEREIRA, Adriano José; LOPES, Herton Castiglioni; CONCEIÇÃO, Octavio Augusto Camargo. *Economia institucional e dimensões do desenvolvimento*. Santa Maria: Editora UFSM, 2019.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. Ronald Coase: o fim da caixa preta. *in* KLEIN, Vinicius; BECUE, Sabrina Maria Fadel (Org.). *Análise Econômica do Direito:* principais autores e estudo de casos. Curitiba: CRV, 2019, p. 357-365.

SMITH, Adam. *The wealth of nations, reprinted with chronology and new index*. London: Penguin Books,1999.

TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. Economia de Plataforma (ou tendência à bursatilização dos mercados): ponderações conceituais distintivas em relação à Economia Compartilhada e à Economia Colaborativa e uma abordagem de Análise Econômica do Direito dos ganhos de eficiência econômica por meio da redução severa dos custos de transação. *Revista Jurídica Luso-Brasileira,* Ano 6 (2020), n.º 4, 1977-2013. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/4/2020_04_1977_2013.pdf>. Acesso em 12 fev. 2023.

VILAR, Silvia Barona. Cuarta revolución industrial (4.0.) o ciberindustria en el proceso penal: revolución digital, inteligencia artificial y el camino hacia la robotización de la justicia (Fourth Industrial Revolution (4.0.) Or Cyber-Industry in the Criminal Process: Digital Revolution, Artificial Intelligence and the Path Towards the Robotization of Justice) (June 7, 2019). *Revista Jurídica Digital UANDES 3/1 (2019),* 1-21 DOI: 10.24822/rjduandes.0301.1, pp. 1-17.

WILLIAMSON, Oliver E. Por que Direito, Economia e Organizações? *In:* ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito e Economia:* análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 16-53.

WILLIAMSON, Oliver E. *As instituições Econômicas do Capitalismo:* firmas, mercados relações contratuais. São Paulo: Pezco Editora, 2012.

Recebido em: 08/03/2025

Aprovado em: 18/11/2025

DOI: 10.12818/P.0304-2340.2025v87p243

A 5ª REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE: A INSEGURANÇA JURÍDICA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

THE 5TH INDUSTRIAL REVOLUTION AND PERSONALITY RIGHTS: LEGAL UNCERTAINTY IN LABOR RELATIONS

Sandra Morais de Brito Costa[*]
Beatriz Cardoso Montanhana[**]

RESUMO

A 5ª Revolução Industrial promete uma nova era de cooperação avançada entre humanos e máquinas inteligentes, trazendo transformações profundas nas relações de trabalho. Este artigo, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, explora os impactos dessas mudanças sobre os direitos da personalidade dos trabalhadores, destacando a importância de fundamentos jurídicos a fim de minimizar a insegurança jurídica. A análise qualitativa abrange o avanço dos direitos da personalidade, a introdução de novas tecnologias e as estratégias para difusão de conhecimento, visando a promover um ambiente de trabalho justo e seguro. O objetivo é avaliar como as transformações produtivas que envolvem a interrelação – mais que a interação homem-máquina, característica das revoluções industriais antecedentes – podem pôr em xeque o alcance e os limites de direitos da personalidade pela inteligência não humana e a utilização de técnicas de biopoder. O resultado é a constatação da necessidade premente de questionar nossos parâmetros jurídicos com uma possível nova modelagem que assegure os direitos fundamentais, incluindo os da personalidade ora tratados, em um cenário que ultrapassa as fronteiras da inteligência humana.

ABSTRACT

The 5th Industrial Revolution promises a new era of advanced cooperation between humans and intelligent machines, bringing profound transformations in work relationships. Based on bibliographical and documental research, this article explores the impacts of these changes on workers' personal rights, highlighting the importance of legal foundations in order to minimize legal uncertainty. The qualitative analysis covers the advancement of personality rights, the introduction of new technologies and strategies for disseminating knowledge, aiming to promote a fair and safe work environment. The objective is to evaluate how productive transformations that involve interrelationships – more than human-machine interaction, characteristic of previous industrial revolutions – can call into question the scope and limits of personality rights for non-human intelligence and the use of biopower techniques. The result is the realization of the pressing need to question our legal parameters with a possible new modeling that ensures fundamental rights, including those of personality discussed here, in a scenario that goes beyond the frontiers of human intelligence.

* Doutora em Direito pela FADISP em cotutela com a Universidade de Valladolid. Membro do Grupo de Pesquisa REDESS - Regulação do desenvolvimento social sustentável.
E-mail: fbc.stjt@gmail.com ORCID: http://orcid.org/0000-0003-4415-4880.

** Doutora em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina-UNOESC. Colíder do Grupo de Pesquisa REDESS - Regulação do desenvolvimento social sustentável.
E-mail: beatriz.cardoso@unoesc.edu.br ORCID:.http://orcid.org/0000-0003-0845-3816

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da Personalidade. Insegurança Jurídica. Relações de Trabalho. 5ª Revolução Industrial.

KEYWORDS: *Personality Rights. Juridical Insecurity. Work Relationships. 5th Industrial Revolution.*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Direitos da personalidade. 3 Impactos da 5ª Revolução Industrial nas Relações de Trabalho: novas técnicas de biopoder? 4 Desafios e a insegurança jurídica. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

Em "O Precariado – a nova classe perigosa", Guy Standing[1] relata que, no Japão níveis de cortisol definem o perfil do trabalhador mais ou menos propenso a receber menores salários, na expectativa de ter melhor remuneração depois. Empresas norte-americanas, segundo o mesmo autor, exigem que os contratados renunciem ao direito de privacidade e propriedade sobre qualquer conteúdo dos computadores utilizados na empresa. Situações como essa põem em discussão a garantia de direitos fundamentais, essencialmente direitos da personalidade. Afinal, seria esse um fenômeno presente em economias mais avançadas, em que a tecnologia da informação e máquinas inteligentes se consolidaram como fatores essenciais da produção ou seria uma realidade característica do cenário econômico capitalista global? Seriam novas técnicas de biopoder[2] que, seguindo a ordem histórica, impõem de forma aparentemente inexorável suas inovações e transformam as relações sociais, a exemplo das relações de trabalho?

A Revolução Industrial, ao longo das décadas, tem sido um catalisador para mudanças econômicas e sociais significativas, a partir da inovação tecnológica. A Revolução Industrial 5.0, também conhecida como Indústria 5.0, por sua vez, é apresentada como capaz de promover uma colaboração mais estreita entre humanos e máquinas inteligentes, trazendo à tona novos desafios e oportunidades para as relações de trabalho.

Este artigo tem como objetivo analisar os impactos dessas mudanças sobre os direitos da personalidade dos trabalhadores e propor a necessidade de

1 STANDING, Guy. **O precariado: a nova classe perigosa**. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 217.

2 Foucault explica que o poder sobre o corpo na situação de trabalho é forte, porque "foi possível constituir um saber sobre o corpo [...] através de um conjunto de disciplinas militares e escolares. É a partir de um poder sobre o corpo que foi possível um saber fisiológico, orgânico". O poder sobre o corpo, portanto, é moldado por uma tecnologia de controle, que, nas relações de trabalho da sociedade industrial, se pautou na disciplina, com subordinação direta dos trabalhadores e trabalhadoras por meio de comandos diretos. A transformação dos modos de produção industrial promovem-se novas formas de controle e o propósito desse artigo visa a questionar se as revoluções industriais buscam a superação dos modelos de controle adotados ou apenas implementam novas técnicas para manutenção do poder sobre o corpo (biopoder). (FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 2001.p. 148-149).

analisar a insegurança jurídica associada às novas tecnologias, com foco na realidade juslaboral brasileira. A abordagem baseia-se em método dedutivo e qualitativo, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, cujo objetivo central é analisar se a denominada 5ª Revolução Industrial se trata de uma transformação ou aprimoramento de técnicas de biopoder peculiares aos modos de produção e de exploração do trabalho humano, com maior ou mesmo comprometimento dos direitos da personalidade nas relações de trabalho.

1. DIREITOS DA PERSONALIDADE

Como explica Miguel Reale[3], "todo sujeito de direito é também uma pessoa", ou seja, tem personalidade, situando o indivíduo tanto no campo da Ética como do Direito. Os direitos da personalidade referem-se aos direitos fundamentais que protegem a dignidade, a integridade física e psíquica, a privacidade e a honra dos indivíduos. O reconhecimento e o alcance desses direitos passam pelas transformações sociais e tecnológicas. Na era moderna, esses direitos têm sido continuamente reforçados por convenções internacionais e legislações nacionais, com destaque para as resoluções da União Europeia. Isso implica que "o tema dos direitos da personalidade tem hoje um contexto histórico-cultural que não pode ser olvidado", nas palavras de Paulo Eduardo V. de Oliveira[4]. E esse mesmo autor destaca as qualidades da personalidade, como categoria jurídica: intransmissibilidade, indisponibilidade, irrenunciabilidade, vitaliciedade ou perenidade, inexpropriabilidade, imprescritibilidade, impossibilidade de sub-rogação e extrapatrimonialidade[5].

Todas essas qualidades apontam para a relevância dos direitos da personalidade como direitos fundamentais individuais, com intrínseca e indissociável relação com a dignidade humana. Se os direitos da personalidade são essencialmente direitos que promovem a dignidade humana, cumpre situar a natureza jurídica, antecipando que dignidade humana é um dos fundamentos constitucionais (art. 1º, III, da Constituição Federal).

A discussão jurídica sobre dignidade humana demanda maior refinamento. Luís Roberto Barroso, referenciando aspectos históricos, introduz que "dignidade humana é, em primeiro lugar, um *valor*, um conceito vinculado à moralidade, ao bem, à conduta correta e à vida boa [...]", para concluir que é um princípio constitucional, atuando "tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais"[6]. Ingo Wolfang Sar-

3 REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 231-232.

4 OLIVEIRA, Paulo Eduardo V. de. **O dano pessoal no Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2002. p. 23.

5 OLIVEIRA. Paulo. Eduardo V. de, 2002, p. 24-26.

6 BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade humana no Direito Constitucional contemporâneo** – a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 64.

let, por sua vez, aponta a natureza principiológica da dignidade humana, ou seja, dotada de caráter normativo[7].

Daniel Sarmento, ao tratar das funções do princípio da dignidade da pessoa humana, revela que são múltiplas as funções na ordem jurídica brasileira, em razão da importância capital e do vasto campo de incidência desse fundamento constitucional, destacando a dignidade como princípio de legitimação moral e o seu papel hermenêutico[8].

O estudo dos direitos da personalidade encontra-se, portanto, na seara constitucional. Disso resulta a imprescindibilidade de analisar a influência das transformações econômico-políticas e sócio-históricas - aqui traduzidas nas inovações tecnológicas da Revolução 5.0 - nos contextos de relações humanas como as trabalhistas, em que direitos da personalidade compõem o núcleo de proteção das partes envolvidas.

2. IMPACTOS DA 5ª REVOLUÇÃO INDUSTRIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: NOVAS TÉCNICAS DE BIOPODER?

A 5ª Revolução Industrial introduz tecnologias avançadas como inteligência artificial, robótica colaborativa, Internet das Coisas (IoT) e biotecnologia, que transformam a natureza do trabalho e as relações entre empregadores e empregados. Essas tecnologias oferecem oportunidades para melhorar a eficiência e a segurança no trabalho, mas também levantam questões sobre a substituição da mão de obra humana, privacidade, vigilância e autonomia dos trabalhadores. Sem desconsiderar a influência da automação na oferta de vagas no mercado de trabalho e demais reflexos, o foco é despertar o debate sobre os impactos da 5ª Revolução Industrial sobre os direitos da personalidade nas relações de trabalho.

Segundo Schwab, "as revoluções têm ocorrido quando novas tecnologias e novas formas de perceber o mundo desencadeiam uma alteração profunda nas estruturas sociais e nos sistemas econômicos"[9]. Assim, a sociedade se transformou em "sociedade do trabalho", em que o trabalho passou a ser categoria central para a organização socioeconômica, jurídica e política. A centralidade do trabalho foi indiscutivelmente uma matriz de compreensão da realidade social. Isso porque:

7 SARLET, Ingo Wolfang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fudamentais na Constituição Federal de 1988**. 7ª ed. Belo Horizonte: Livraria do Advogado, 2009. p. 74-84.

8 SARMENTO, Daniel. **Dignidade humana – conteúdo, trajetórias e metodologia.** 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 90-91.

9 SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial.** São Paulo: Edipro, 2016. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7963812/mod_resource/content/1/LIVRO%20A%20QUARTA%20REVOLU%C3%87%C3%83O%20INDUSTRIAL%20Klaus%20Schwab%20-%20edipro%20%282016%29-1.pdf Acesso em 13 ago. 2024. p. 18.

> *todas* as sociedades são impelidas a estabelecer, através do trabalho, uma "relação metabólica com a natureza" e a organizar esse metabolismo de modo que seus resultados sejam suficientes para a sobrevivência física do homem em sociedade e para a estabilização da forma específica de organização desse metabolismo.[10]

Trabalho, como dado social central, traduz-se na expressão cunhada por Dahrendorf: sociedade do trabalho[11]. Contudo, são as mudanças impostas pelo avanço tecnológico que põem à prova as referências que instrumentalizaram e embasaram as relações de trabalho, incluindo institutos como contrato de trabalho e autonomia da vontade. Os direitos da personalidade passam por essas estruturas jurídicas e dependem de parâmetros seguros para garantia da dignidade humana. E com a Indústria 5.0 retoma-se a discussão sobre a centralidade do trabalho.

Em linhas gerais, é possível classificar as Revoluções, conforme Akundi et alli, como: 1.0 remonta ao século XVIII e focou em setores primários, como extração e transporte, sem contar com a indústria têxtil; 2.0 começa no século XIX e introduz a eletricidade e modernas formas de organização; 3.0 inicia no século XX e inclui telecomunicação, energia renovável, indústrias automatizadas e robôs; 4.0 chega no século XXI com a utilização de sistemas artificiais inteligentes, sob a influência do aprendizado de máquina (machine learning); 5.0 é termo grafado por Michael Rada, caracterizado pelo uso de robôs colaborativos que visam à redução de risco, ou seja, há uma interrelação da inteligência artificial com a vida humana para aperfeiçoamento da capacidade humana[12].

A Comissão Europeia, ao responder "What is Industry 5.0?", compreende que a Indústria 5.0:

> deve conduzir as transições digitais e verdes. Esse olhar promove uma visão de indústria que vai além da eficiência e produtividade como objetivos centrais, e reafirma o papel e a contribuição da indústria para a sociedade.
>
> Ela situa o bem-estar do trabalhador no centro do processo de produção e usa novas tecnologias para promover prosperidade, além de emprego e crescimento, enquanto respeita os limites de produção do planeta. Complementa a existente "Indústria 4.0" especificamente introduzindo pesquisa e inovação ao serviço da transição para uma sustentável, centrada no ser humano e resiliente indústria europeia. (tradução nossa)[13]

10 OFFE, Claus. **Trabalho & Sociedade** – problemas estruturais e perspectivas para o futuro da sociedade do trabalho. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. v. I. p.13.

11 OFFE, Claus, 1989, p. 13.

12 AKUNDI, Aditya et alli. **State of Industry 5.0**—Analysis and Identification of Current Research Trends. Applied System Innovation. n. 27, v. 5, 2022. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/358702736_State_of_Industry_50-Analysis_and_Identification_of_Current_Research_Trends Acesso em 02 set. 2024.

13 UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. **What is Industry 5.0?** 2023. Disponível em https://research-and-innovation.ec.europa.eu/research-area/industrial-research-and-innovation/industry-50_en Acesso em 5 de ago. 2024.

Paralela à 5ª Revolução Industrial, também foi cunhada a expressão Sociedade 5.0. Huang et alli, ao comparar a 5ª Revolução Industrial – caracterizada pela agilidade de sistemas e resiliência com a utilização de tecnologias flexíveis e adaptáveis - com a Sociedade 5.0 – um conceito proposto para equilibrar o crescimento econômico com a solução de problemas sociais -, destacam que a centralidade na humanidade é um elemento comum[14]. Se a centralidade é na humanidade, os direitos fundamentais da personalidade tornam-se mais que essenciais: passam a ser condição sem a qual não se assegura a sustentabilidade da sociedade humana. Propagam-se ideais de qualidade de vida em uma sociedade superinteligente ou criativa, com uso maximizado dos recursos tecnológicos para promoção de bem-estar do corpo social (Sociedade 5.0), e de aperfeiçoamento da interação entre humanos e sistemas inteligentes para maior eficiência da produção industrial e dos negócios (Indústria 5.0)[15].

A relação homem-máquina é a tônica desse debate. Portanto, esse não é um fenômeno recente. Como foi aqui esboçado, essa interação inicia-se intensamente com a 1ª Revolução Industrial, com a introdução da máquina a vapor e a paulatina substituição do controle dos instrumentos de produção pelo homem. Agora o que se põe em xeque é a intensificação do controle da produção pelas máquinas, ora sistemas artificiais inteligentes. Trata-se de uma (re)análise das técnicas de biopoder nas relações de trabalho: quais mecanismos ou tecnologias podem ou são empregadas para submissão da força humana em nome da produção de bens e serviços? Mesmo que haja uma substituição da mão de obra humana por sistemas inteligentes e a centralidade do trabalho (como a conhecemos) se perca nesse fluxo histórico, torna-se imprescindível afirmar e garantir que a centralidade repouse na humanidade.

Uma das principais preocupações na elaboração do discurso capitalista industrial, no final do século XVIII e no século XIX, era desatrelar o modelo de exploração de mão de obra dos modelos anteriores: escravidão e servidão. A noção de liberdade e igualdade sustentou o modo como o trabalho passou a ser organizado. Ainda que não tenha sido reconhecida a desigualdade material entre as partes na relação de emprego, a subordinação do trabalhador frente ao empregador é entendida como elemento do contrato livremente celebrado, ou seja, a subordinação é jurídica. Essa tecnologia de poder juridicamente reconhecida manifesta-se em instrumentos de controle: do homem pelo homem.

14 HUANG, Sihan. et alli. Industry 5.0 and Society 5.0—Comparison, complementation and co-evolution. **Journal of Manufacturing Systems**. jul. 2022. p. 424-428. v. 64. Disponível em https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0278612522001224 Acesso em 23 set. 2024. p. 425.

15 SANTANA, Ísis Terezinha Santos de; JANKOWITSCH, Jhonata. A sociedade 5.0 e a quinta revolução industrial: seus benéficos e adversidades - um estudo de caso. **International Contemporary Management Review.** [*S.l.*], v. 3, n. 1, 2023. Disponível em https://icmreview.com/icmr/article/view/35. Acesso em 29 ago. 2024.

O exercício do biopoder nas relações de trabalho implica que o contato entre o proprietário de bens e o detentor da força de trabalho é inerentemente, sob a lógica do capital, uma relação entre indivíduos desiguais. Assim, justifica-se inicialmente a ideia de controle, que direciona as relações de trabalho ou, até mesmo extensivamente, as relações capitalistas como um todo. Destarte, exercer controle sobre o trabalho é possibilitar a imposição de limites ao espaço de liberdade do ser humano qualificado como trabalhador no meio ambiente do trabalho.

Sendo assim, sob a ficção de que o trabalho está dissociado do homem – pois a força de trabalho consistiria em bem de propriedade do trabalhador -, o capital justificou o exercício do seu poder, amparado por uma estrutura burocrática institucionalizada. Esse é o retrato da técnica de apropriação do corpo humano tão bem delineada por Foucault com as técnicas de biopoder[16]. E o trunfo do exercício desse poder na relação de trabalho subordinado reside na aparente ausência de coação ou de violência física manifesta:

> não é necessário recorrer à força obrigado condenado ao bom comportamento e o louco a calma, o operário ao trabalho, escolar a aplicação, o doente a observância das receitas.[17]

O fordismo é a expressão do exercício do biopoder. Apropriando-se das ideias de Taylor, Henry Ford veio a revolucionar a produção industrial. Ele constatou-se que, se as tarefas fossem fracionadas ao longo do processo produtivo de maneira cadenciada e constante, o resultado seria o aumento considerável na produção, ou seja, "when we began taking the work to the men instead of the men to the work"[18].

O impacto dessas transformações na organização de trabalho fez-se presente no aumento dos riscos de acidentes, por conta da intensificação do ritmo de trabalho, a qual não leva em consideração a variabilidade da cadência rítmica, os aspectos anatômicos, fisiológicos e cognitivos humanos. É dessa maneira que a violência física é "legitimada como instrumento de domínio e que, tendo esse objetivo, reúne nas mãos dos dirigentes os meios materiais de gestão" (Weber, 2019).

E o corpo humano, ao ingressar em uma maquinaria de poder, submete-se à "mecânica do poder":

> A disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos "dóceis". A disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade)

16 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão.22ª ed. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 167.

17 FOUCAULT, Michel, 1987, p. 167.

18 FORD, Henry. **My life and work.** New York: Garden City Publishing Co.Inc., 1922. p. 80 Disponível em https://archive.org/details/mylifework0000henr/page/80/mode/2up Acesso em 2 jan. 2024.

> e diminui essas mesmas forças (em termos políticos de obediência). Em uma palavra: ela dissocia o poder do corpo.[19]

Norberto Bobbio aponta o problema da liberdade na sociedade industrialmente avançada: o problema da liberdade não nasce mais como uma questão interna do sistema político, mas do sistema social em sua complexidade. O homem, prossegue Bobbio, é privado na sociedade tecnocrática da sua liberdade humana no "sentido mais amplo da palavra, a liberdade de desenvolver todos os recursos da própria natureza"[20].

Jeremy Rifkin pondera que a identificação dos homens com a máquina, na era industrial, se expressa em expressões como "desgaste" ou "esgotamento" para se referir à própria fadiga. Mas o autor prossegue para argumentar que, sob influência da era da informática,

> um número crescente de trabalhadores está tornando-se tão integrado aos ritmos da nova cultura do computador, que, quando se sentem estressados, sentem "sobrecarga" e quando se sentem incapazes de enfrentar a situação, "se apagam" e "dão uma parada", eufemismos que refletem a proximidade com que os trabalhadores se identificam com o ritmo imposto pela tecnologia do computador.[21]

Esse é um olhar brevíssimo sobre a condição do trabalhador frente às Revoluções Industriais e que remete a um questionamento inevitável: a Indústria 5.0 promove uma transformação ou aprimoramento de técnicas de biopoder peculiares aos modos de produção e de exploração capitalista do trabalho humano, com maior ou mesmo comprometimento dos direitos da personalidade nas relações de trabalho?

A partir do que foi exposto, infere-se que a 5ª Revolução Industrial acentua a relação homem/máquina até mesmo comprometendo a necessidade da intervenção humana no processo produtivo. Mas se exsurge uma preocupação sobre os rumos do trabalho – mais ainda sobre a renda -, por ora é possível concluir que o reconhecimento dos direitos fundamentais sociais veio afirmar direitos da personalidade do trabalhador, ou seja, direitos fundamentais individuais, a exemplo do direito de filiação a uma associação (no caso das relações de trabalho, filiação a um sindicato). Da mesma forma que o sistema jurídico se ocupou de reconhecer que a relação de trabalho subordinado não se enquadrava nos moldes de contratos civis, estabelecendo um novo paradigma subsistêmico (o juslaboral), torna-se imperioso uma avaliação dos impactos das transformações tecnológicas no mundo do trabalho sobre o aparato normativo laboral, dado que uma das principais finalidades das normas laborais é assegu-

19 FOUCAULT, Michel, 1987, p. 119.

20 BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade.** Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 87.

21 RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos**: o declínio inevitável dos níveis dos empregos e a redução da força global de trabalho. São Paulo: Makron Books, 1995. p. 206.

rar o direito à dignidade das partes envolvidas na relação de emprego, enquanto outro horizonte não sobrevier.

3. DESAFIOS E INSEGURANÇA JURÍDICA

A introdução de novas tecnologias pode gerar insegurança jurídica devido à falta de regulamentação específica e à rápida evolução dos sistemas tecnológicos. Questões relacionadas à privacidade dos dados, à vigilância no local de trabalho e à responsabilidade por decisões automatizadas são apenas algumas das preocupações emergentes. A proteção dos direitos da personalidade exige uma abordagem proativa e integrada para evitar abusos e garantir um ambiente de trabalho justo.

No Brasil, a discussão ainda é incipiente e se concentra na plataformização do trabalho. No entanto, a 5ª Revolução Industrial encaminha-se para além da utilização dos recursos tecnológicos para otimização da mão de obra, como ocorre no caso do modelo uberizado. Nesse modelo, ainda prevalece a centralidade do trabalho humano e o uso da tecnologia para organizá-lo e, sim, superexplorá-lo. Permanece a lógica de utilização de técnica de biopoder: controle sobre o corpo – tempo e espaço – humano.

A 5ª Revolução Industrial traz em seu bojo um novo conceito: o pós-humanismo. Embora ultrapasse os limites desse artigo, não é demais pontuar a necessidade premente de reflexão sobre a possível interrelação da mão de obra humana com a inteligência artificial, e como o trabalho humano será afetado quando uma inteligência não humana determinar o modo de produção. E esse possível novo contexto impulsionará a reconfiguração do trabalho como categoria social:

> Vejamos um vaticínio tantas vezes repetido: "a fábrica do futuro terá apenas dois trabalhadores um homem e um cão. O homem está ali para alimentar o campo final o cão, para impedir o homem de mexer no equipamento. [...] O melhor maquinário poderia aumentar a produtividade por trabalhador, mas é razoável esperar que essa fábrica não tenha pressa em contratar mais trabalhadores e cachorros tampouco aumentar a remuneração de seu solitário funcionário".[22]

Se o fim da sociedade do trabalho (Dahendorf) ou da "classe-que-trabalha" (Antunes) ocorrerá, não será certamente um fenômeno abrupto ou repentino que impingirá essa realidade, razão pela qual o olhar constante e atento é demandado para tornar possível a adoção paulatina e pontual de mecanismos, instrumentos e tecnologias jurídicos capazes de integrar a sociedade com garantia da dignidade humana.

22 ACEMOGLU, Daron; JOHNSON, Simon. **Poder e progresso:** uma luta de mil anos entre a tecnologia e a prosperidade. Rio de Janeiro: Objetiva, 2024. p. 26.

Por ora, Acemoglu e Johnson entendem que há formas distintas "pelas quais as tecnologias digitais podem ser orientadas para a utilidade de máquina, ajudando e empoderando o ser humano":

1. Aumento da produtividade do trabalhador em atividades que ele já realiza;
2. Criação de novas tarefas para os trabalhadores;
3. Minimização de riscos pela filtragem acurada e pelo fornecimento de informação útil na tomada de decisões criativas por humanos;
4. Criação de novas plataformas e mercados com maior produtividade econômica. [23]

Nas relações entre indivíduos mediadas por inteligência artificial, e nesse cenário ainda otimista - leia-se, humanista - traçado por Acemoglu e Johnson, identifica-se a prevalência de parâmetros jurídicos negociais tais quais os reconhecemos, cujos limites se encontram em normas de proteção de direitos fundamentais, incluindo os da personalidade. Questões relacionadas à proteção à intimidade do trabalhador, a título de exemplo, são dirimidas por aplicação de preceitos constitucionais e juslaborais. Dessa forma, a violação praticada pelo empregador, por meio de recursos tecnológicos, é submetida às normas contratuais e legais que disciplinam as relações humanas. Nos termos do art. 223-C da Consolidação das Leis do Trabalho, "a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física".

O modelo regulatório não alcança os aspectos pós-humanistas. Mas o que se pode compreender por pós-humanismo? Apresenta-se aqui o olhar amplo construído por Roberto Marchesini:

> O traço comum das diversas filosofias *post human* está em considerar o homem não mais autossuficiente para fundar o humano; mais que uma filosofia de superação do humano, julgo que seja correto considerar o pós-humanismo um pensamento inclusivo do não humano, assumir o débito que o homem contraiu com as alteridades na construção dos seus predicados. Também esse mesmo reconhecimento do significado hibridador e hetero-organizado da *antropo-poiese*, significa colocar em discussão identidade forte do homem fundada na oposição com o não humano.[24]

E assim a insegurança jurídica surge não necessariamente como ameaça, mas como oportunidade de reflexão acerca dos modelos jurídicos existentes e

23 ACEMOGLU, Daron; JOHNSON, Simon, 2024, p. 26-33.

24 MARQUESINI, Roberto. **Contra a pureza essencialista, rumo a novos modelos de existência.** In. DI FELICE, Massino; PIREDDU, Mario (Orgs.). Pós Humanismo: as relações entre o humano e a técnica na época das redes. São Caetano do Sul, SP: Difusão Editora, 2010. p. 163-183.

sobre possíveis referenciais para uma nova ordem normativa, em que as relações ultrapassam seres humanos.

De toda forma, ao persistirem as relações humanas, ainda que entremeadas pelo não humano, o paradigma dos Direitos Humanos é e será o referencial socioeconômico e jurídico imprescindível para a promoção de políticas em tempos históricos de transformação. A segurança jurídica viável é a segurança jus humanista, enquanto houver seres humanos envolvidos e interagindo entre si.

Haveria, então, estratégias para minimizar a insegurança jurídica?

Esse artigo não visa à proposição de soluções, e sim busca apresentar uma análise qualitativa com viés descritivo. Dentro desse propósito, pode-se apontar que a insegurança jurídica identificada impele para a elaboração legislativa pautada nos Direitos Humanos, isto é, normas que contemplem com clareza a regulação do uso e interação com as novas tecnologias no ambiente de trabalho, assegurando os direitos fundamentais da personalidade. Hoffman-Riem pondera que, face a lacunas na proteção do direito fundamental à autodeterminação informacional, o Tribunal Constitucional Federal alemão

> formulou uma nova definição de direitos fundamentais em 2008, por ocasião da revisão de uma lei para permitir buscas estatais *on-line* ou vigilância de comunicações de origem - combinada com a possibilidade de colocar vírus (os chamados *malwares*) em computadores com a finalidade de espionagem e, se necessário, manipulação dos mesmos. Isso foi designado de "direito fundamental para garantir a confidencialidade e a integridade dos sistemas de tecnologia da informação" [...] a proteção da liberdade também deve se aplicar ao nível do sistema quando se utilizam novos e cada vez mais complexos sistemas de tecnologia da informação.[25]

Em março de 2024, o Parlamento Europeu aprovou o Regulamento da Inteligência Artificial da União Europeia (UE), que contém regras específicas sobre a proteção das pessoas, abrangendo o tratamento de dados pessoais, as restrições à utilização de sistemas de inteligência artificial (IA) para identificação biométrica remota, da utilização de sistemas de IA de categorização biométrica, dentre outros direitos. Trata-se da instituição de quadro jurídico uniforme, em particular para o desenvolvimento da introdução no mercado da disponibilização do serviço e da utilização de sistemas de inteligência artificial, em conformidade com os valores da EU. O objetivo é promover a adoção das novas tecnologias centradas no ser humano (*human centric*) e em Inteligência Artificial confiável, garantindo ao mesmo tempo um alto nível de proteção da saúde, da segurança e dos direitos fundamentais consagrados na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

25 HOFFMAN-RIEM, Wolfang. **Teoria geral do Direito Digital**: transformação digital: desafios para o Direito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 53-54.

Outro possível recurso é a promoção de capacitação e treinamento sobre as novas possíveis relações jurídicas e seus riscos, a fim de minimizar seleções adversas e assimetria de informações. Trabalhadores e empregadores (que são parceiros de negócios de conglomerados empresariais) podem desconhecer os impactos das novas tecnologias e assumir obrigações jurídicas que põem em risco o cumprimento das normas de proteção ao trabalho. Exemplo é a utilização de controle comportamental por meio de vigilância eletrônica ou dados genéticos. Guy Standing relata que, em Cingapura,

> um estudo mostrou como as pessoas com uma variante específica de um gene (chamado HTR2A) são menos mal-humoradas e mais propensas a se transformarem em trabalhadores obedientes. Qual é a mensagem deste estudo pioneiro? Dar aos trabalhadores temporários alguma variante do gene HTR2A ou eliminar aqueles que não o têm?[26]

Diante de imensuráveis inovações tecnológicas, o desconhecimento de seu alcance não poderá necessariamente ser qualificado como imprevidência, negligência ou mesmo pura ignorância, e sim como incapacidade ou impossibilidade de acompanhar - ou compreender - quais, como e para que fins os dados e informações podem ser tratados. E o questionamento vai além: quem trata e controla esses dados?

Por fim, a participação ativa da sociedade civil somada a mecanismos de transparência e responsabilidade social (social accountability) são indispensáveis para o monitoramento das políticas laborais e para garantir a utilização das novas tecnologias sob o referencial de proteção dos direitos fundamentais, incluindo os da personalidade.

CONCLUSÃO

A 5ª Revolução Industrial oferece inúmeras oportunidades para transformar as relações de trabalho, mas também apresenta desafios significativos para a proteção dos direitos da personalidade e segurança social.

Esse é um momento de ruptura com todo o paradigma sociojurídico conhecido? Conclui-se que não, pois, dada a permanência da centralidade do ser humano nesse contexto de transição, os direitos fundamentais, a exemplo dos direitos da personalidade, constituem a matriz regulatória das relações humanas. Há, sim, uma ampliação do espectro das relações que merecem (e merecerão) se subsumir à ordem normativa, em face da sua relevância jurídica. Os possíveis efeitos jurídicos das interações entre ser humano e máquina passam a ficar mais evidentes, como nunca. É certo que essa relação humano/máquina remonta aos primórdios da 1ª Revolução Industrial e se acentuou nas Revoluções subsequentes. O que a 5ª Revolução Industrial promove é uma relação que

26 STANDIND, Guy, 2020, p. 207.

ultrapassa o humano, ao estabelecer o poder comunicacional entre ser humano e a inteligência não humana. Não se trata apenas e exclusivamente da lógica do desenvolvimento econômico, que consiste em substituir o esforço dos homens pela utilização de máquinas, e sim da própria substituição da concepção de trabalho, tal qual é conhecida sob a perspectiva essencialmente pautada na compreensão e linguagem humanas.

Enquanto se vivencia o avanço das experiências com essas novas interações, que os direitos fundamentais da personalidade sejam garantidos como primados de uma lógica jurídico-constitucional de proteção das relações com humanos, em uma sociedade humana.

REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron; JOHNSON, Simon. **Poder e progresso:** uma luta de mil anos entre a tecnologia e a prosperidade. Rio de Janeiro: Objetiva, 2024.

AKUNDI, Aditya et alli. State of Industry 5.0—Analysis and Identification of Current Research Trends. **Applied System Innovation**. n. 27, v. 5, 2022. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/358702736_State_of_Industry_50-Analysis_and_Identification_of_Current_Research_Trends Acesso em 02 set. 2024.

ANTUNES, Ricardo. **Os Sentidos do Trabalho**: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 2ª ed. São Paulo, SP : Boitempo, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade humana no Direito Constitucional contemporâneo –** a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade.** Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

FORD, Henry. **My life and work.** New York: Garden City Publishing Co.Inc., 1922. Disponível em https://archive.org/details/mylifework0000henr/page/80/mode/2up Acesso em 2 ago. 2024.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder.** 16ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 2001.

_____. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão.22ª ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

HOFFMAN-RIEM, Wolfang. **Teoria geral do Direito Digital:** transformação digital : desafios para o Direito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

HUANG, Sihan. *et alli*. Industry 5.0 and Society 5.0—Comparison, complementation and co-evolution. **Journal of Manufacturing Systems.** jul. 2022. p. 424-428. v. 64. Disponível em https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0278612522001224 Acesso em 23 set. 2024.

MARCHESINI, Roberto. **Contra a pureza essencialista, rumo a novos modelos de existência.** In. DI FELICE, Massino; PIREDDU, Mario (Orgs.). Pós Humanismo: as relações entre o humano e a técnica na época das redes. São Caetano do Sul, SP: Difusão Editora, 2010. p. 163-183.

OFFE, Claus. **Trabalho & Sociedade –** problemas estruturais e perspectivas para o futuro da sociedade do trabalho. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. v. I.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo V. de. **O dano pessoal no Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito.** 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos:** o declínio inevitável dos níveis dos empregos e a redução da força global de trabalho. São Paulo: Makron Books, 1995.

SANTANA, Ísis Terezinha Santos de; JANKOWITSCH, Jhonata. A sociedade 5.0 e a quinta revolução industrial: seus benéficos e adversidades - um estudo de caso. **International Contemporary Management Review.** [*S.l.*], v. 3, n. 1, 2023. Disponível em https://icmreview.com/icmr/article/view/35. Acesso em 29 ago. 2024.

SARLET, Ingo Wolfang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 7ª ed. Belo Horizonte: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade humana –** conteúdo, trajetórias e metodologia. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

STANDING, Guy. **O precariado –** a nova classe perigosa. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2020.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7963812/mod_resource/content/1/LIVRO%20A%20QUARTA%20REVOLU%C3%87%C3%83O%20INDUSTRIAL%20Klaus%20Schwab%20-%20edipro%20%282016%29-1.pdf Acesso em 13 ago. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. **Regulamento da Inteligência Artificial da União Europeia.**

_____. Comissão Europeia. **What is Industry 5.0?** 2023. Disponível em https://research-and-innovation.ec.europa.eu/research-area/industrial-research-and-innovation/industry-50_en Acesso em 5 de ago. 2024.

_____. Conselho Europeu. **Regulamento Inteligência Artificial.** Disponível em https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/artificial=-intelligence/#:~:text-O%20Regulamento%20Intelig%C3%AAncia%20Artificial%20da,s%-C3%A3o%20seguros%2C%20%C3%A9ticos%20e%20fi%C3%A1veis. Acesso em 02 set. 2024.

Recebido em: 24/01/2025

Aprovado em: 07/11/2025

DOI: 10.12818/P.0304-2340.2025v87p259

MÁQUINAS ABERTAS E RIZOMÁTICAS: REFLEXÕES SOBRE O SOFTWARE LIVRE E DE CÓDIGO ABERTO (FLOSS)

OPEN AND RHIZOMATIC MACHINES: REFLECTIONS ON FREE AND OPEN SOURCE SOFTWARE (FLOSS)

Thiago Oliveira da Silva Novaes[*]
Otávio Morato de Andrade[**]

RESUMO

Este artigo examina o software livre e de código aberto (Free/Libre and Open Source Software – *FLOSS*) em oposição ao modelo proprietário hegemônico. O *FLOSS* é lido a partir do conceito deleuze-guattariano de *rizoma* e em aproximação com a *máquina aberta* proposta por Simondon. A metodologia utilizada é exploratória, a partir de uma revisão bibliográfica interdisciplinar. Conclui-se que o *FLOSS* promove o livre acesso e a circulação do conhecimento técnico, fomentando a inventividade coletiva e a evolução permanente dos objetos técnicos. O tensionamento da lógica dominante de fechamento/dependência abre espaço para abordagens regulatórias que assegurem a interoperabilidade, a transparência e a soberania tecnológica.

Palavras-chave: Open Source. Software livre. Rizoma. Máquina Aberta. FLOSS

ABSTRACT

This article examines Free/Libre and Open Source Software (FLOSS) in opposition to the hegemonic proprietary model. FLOSS is understood through the deleuze-guattarian concept of the rhizome and in close dialogue with Simondon's notion of the open machine. The methodology is exploratory, based on an interdisciplinary bibliographic review. It concludes that FLOSS promotes free access to and circulation of technical knowledge, fostering collective inventiveness and the evolution of technical objects. The tension against the dominant logic of closure and dependency opens space for regulatory approaches that ensure interoperability, transparency, and technological sovereignty.

Keywords: *Open Source. Free Software. Rhizome. Open Machine. FLOSS*

INTRODUÇÃO

Na era digital, estabeleceu-se como modelo predominante o *software-proprietário ou fechado*: aquele cujo código-fonte é controlado por empresas e inacessível ao público – mediante licenças pagas e restrições de modificação/redistribuição. Ao oferecer soluções variadas às demandas corporativas e/ou pessoais, o software-proprietário difundiu-se mundialmente[1], moldando nosso consumo e relacionamento com as ferramentas tecnológicas. Todavia,

* Doutor em Antropologia Social (UnB, 2016). Professor Colaborador junto ao Mestrado em Avaliação de Políticas Públicas da Universidade Federal do Ceará (UFC).
E-mail: tnovaes@gmail.com. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5677-6073.

** Doutorando em Direito na UFMG. Professor da UNIFEMM.
E-mail: otaviomorato@gmail.com. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-0541-7353.

1 Exemplos de sistemas pagos e fechados incluem Windows e Pacote Office (Microsoft), macOS e iOS (Apple), Photoshop, InDesign e Premiere Pro (Adobe), AutoCAD (Autodesk), MATLAB (MathWorks), SAP (SAP SE), Oracle Database (Oracle), Salesforce (Salesforce Inc.), e Final Cut Pro (Apple).

estes softwares fechados, de um lado, cerceiam a autonomia de clientes e desenvolvedores, e de outro, excluem usuários que não podem adquiri-los, perpetuando barreiras econômicas. Ademais, a concentração de decisões nas mãos de poucas empresas limita o potencial evolutivo, a inovação e a adaptabilidade técnica dessas ferramentas, promovendo, não raro, a *obsolescência programada* em razão de interesses comerciais[2,3].

Neste cenário, o software livre e de código aberto *(Free/Libre and Open Source Software – FLOSS[4])* aparece como modelo alternativo a partir dos anos 1980/1990, desafiando os limites impostos pelo software-proprietário, ao priorizar o acesso universal, a colaboração e a inovação distribuída. Desenvolvido por comunidades globais de programadores e entusiastas, como a Fundação Apache[5], o projeto GNU/Linux, a comunidade Python[6] e plataformas colaborativas como o GitLab e GitHub[7], o *FLOSS* adota uma lógica descentralizada que permite contribuições e melhorias constantes, promovendo sistemas tecnológicos mais sustentáveis e adaptáveis[8].

O presente artigo tem por objetivo principal explorar aproximações entre o *FLOSS* e os conceitos de *rizoma* e *máquina aberta*, enfatizando a contribuição do software livre e de código aberto para a construção de sistemas tecnológicos mais adaptáveis e colaborativos, que favorecem a integração entre técnica e sociedade. O *rizoma*[9] descreve sistemas abertos e dinâmicos, onde alianças e contribuições coletivas substituem a dependência de uma instância central dominante. Já a *máquina aberta*[10], noção proposta por Gilbert Simondon (1924-1989), destaca a importância de se projetar objetos técnicos modulares e expansíveis. A hipótese é que o FLOSS se insere em ambas as categorias, articulando a

2 O software-proprietário impõe atualizações de sistema que frequentemente tornam versões mais antigas incompatíveis com dispositivos ou aplicativos. Essa prática força os usuários a adquirirem hardware ou software mais recentes para continuar utilizando serviços básicos, mesmo quando os dispositivos ainda estão em pleno funcionamento. Um exemplo bastante atual é o dos celulares que param de receber atualizações, como o iPhone X, que deixou de ser compatível com atualizações do iOS em 2025, limitando sua funcionalidade e segurança.

3 Morato e Novaes, 2024.

4 Embora haja uma sobreposição quase completa entre licenças de software livre e licenças de software de código aberto, há uma forte discordância filosófica entre os defensores dessas duas posições, que será detalhada no capítulo 2 deste trabalho. Sendo tal distinção pouco relevante para fins deste estudo, utilizaremos o termo FLOSS, denominação neutra e genérica, que abarca ambas as categorias.

5 Organização norte-americana sem fins lucrativos que apoia projetos de software de código aberto, como o servidor web Apache HTTP.

6 Linguagem de programação de alto nível amplamente usada e mantida por uma comunidade global de desenvolvedores.

7 Plataformas online para hospedagem de código, colaboração e controle de versões, amplamente utilizadas por desenvolvedores de software.

8 (Stallman, 2021).

9 (Deleuze e Guattari, 2021)

10 (Simondon, 2007)

horizontalidade rizomática das redes de colaboração com a abertura adaptativa seja de elementos, indivíduos ou conjuntos técnicos.

Neste sentido, o trabalho está estruturado em três partes. Inicialmente, é empreendida uma contextualização crítica das práticas de software-proprietário, destacando suas limitações e contradições em relação aos custos, colaboratividade e inovação. Em segundo lugar, o software livre e *open source* é apresentado, mostrando-se como o desenvolvimento cooperativo mitiga os aspectos problemáticos identificados no software-proprietário. A terceira e última parte faz uma leitura do *FLOSS* segundo as chaves analíticas do rizoma e da *máquina aberta*, que permitem refletir sobre novas formas de mentalidade e relação humana com a tecnologia.

A pesquisa tem natureza qualitativa e caráter exploratório, buscando articular um referencial teórico interdisciplinar. O procedimento adotado foi a revisão bibliográfica, com foco na convergência entre filosofia da técnica (Simondon, Deleuze e Guattari) e o ecossistema *FLOSS*. Para a obtenção de novos dados e informações sobre *FLOSS*, foram consultados livros, artigos, repositórios institucionais e bases acadêmicas, como SciELO, HAL e Google Scholar, priorizando publicações revisadas por pares em português e inglês. As buscas abrangeram o período de 2010 a novembro de 2025, utilizando palavras-chave como "open source", "software livre", "licenciamento", "interoperabilidade", "copyleft" e "direito ao reparo". Foram incluídas obras e documentos normativos diretamente relacionados à abertura de código, propriedade intelectual e políticas públicas de software, e excluídas fontes sem autoria identificável. Esse recorte permitiu desenvolver uma análise crítica e atualizada do tema, articulando dimensões técnicas, filosóficas e jurídicas.

Neste sentido, o artigo busca compreender, de maneira interdisciplinar, como o *FLOSS*, enquanto expressão técnica e cultural, pode revelar formas mais abertas e relacionais de interação entre humanos e máquinas. Mais do que uma alternativa técnica, trata-se de um campo de experimentação que reconfigura valores de autonomia, criatividade e compartilhamento do conhecimento, reivindicando deslizamentos jurídicos em temas como licenciamento, soberania digital e direito ao reparo.

1. LIMITAÇÕES DO SOFTWARE-PROPRIETÁRIO

Podemos definir software-proprietário como *um programa de computador licenciado com direitos exclusivos para a empresa desenvolvedora, resultando em uma forte restrição sobre as possibilidades de modificação e adaptação por usuários e terceiros*. Com a popularização de computadores nas décadas de 1970 e 1980, a prática de manter o código-fonte dos softwares inacessível aos usuários tornou-se corrente entre as fabricantes. Assim, passou-se a utilizar patentes, direitos autorais, acordos de licença do usuário final (do inglês: *End User*

License Agreements - EULAs) e outras medidas legais para construir softwares com código fechado, sendo proibida a utilização, cópia, ou redistribuição, em partes ou no todo, sem a permissão do seu detentor[11].

Dentre os principais problemas gerados pelo software-proprietário, destacamos, a seguir: a) a *centralização* das decisões nas mãos das empresas líderes de mercado; b) a imposição de *barreiras econômicas*, dificultando o acesso a tecnologias por usuários e organizações de baixa renda; c) a *limitação da inovação*, causada pelo controle exclusivo do código-fonte pelas empresas desenvolvedoras e d) a prática de *obsolescência programada*, que antecipa deliberadamente a vida útil de um software ou determinada versão.

Problemas do software-proprietário

Problema	Explicação
Centralização	Concentração das decisões na mãos de poucas empresas, comprometendo privacidade, segurança e soberania tecnológica
Barreiras econômicas	Altos custos de licenças excluem usuários e organizações de baixa renda, perpetuando desigualdades sociais e econômicas
Limitação da inovação	O controle exclusivo do código-fonte limita adaptações, engessando a inovação e reduzindo a competitividade
Obsolescência programada	Defasagem no desempenho, atualizações forçadas e fim do suporte forçam a compra de novos produtos/versões

Figura 1: Problemas do software-proprietário. Elaboração própria.

Em primeiro lugar, o monopólio ou oligopólio é recorrente no mercado de software-proprietário, fazendo com que poucas corporações, como Microsoft e Apple, imponham ecossistemas fechados de uso e desenvolvimento. Esse modelo restringe a *interoperabilidade* e gera uma *dependência* das empresas e ferramentas que já lideram o mercado, obrigando usuários e instituições a permanecerem vinculados a elas, com altos custos para migração. Como essas empresas têm exclusividade sobre o código-fonte, elas detêm decisões cruciais sobre aqueles produtos: acréscimo ou eliminação de funcionalidades, integração (ou não) com outros serviços, atualizações, precificação, etc. Esse controle total exercido pelas empresas torna os softwares menos transparentes e auditáveis, acendendo preocupações sobre riscos de segurança e privacidade, sobretudo quando os softwares empregam algoritmos complexos de inteligência

11 Pimentel e Silva, 2014.

artificial[12]. Além disso, a verticalização abala a *soberania tecnológica* de países, deixando governos vulneráveis a sanções comerciais e ingerências em sistemas estratégicos[13].

Um segundo problema decorrente do domínio de softwares-proprietários surge com as *barreiras econômicas* por eles criadas: os altos custos das licenças travam o acesso a sistemas essenciais, especialmente para utilizadores com menos recursos. Escolas públicas, hospitais, organizações não-governamentais (ONGs) e pequenas empresas frequentemente enfrentam dificuldades em adquirir ferramentas tecnológicas, o que perpetua desigualdades sociais e econômicas[14]. Um exemplo paradigmático do impacto econômico do software-proprietário é o sistema *SAP Business One Professional*[15], amplamente utilizado em grandes e médias empresas para gestão integrada de processos. As licenças deste software custam, na época em que se escreve este artigo, cerca de R$500,00 por usuário/mês, valor que pode aumentar substancialmente com a compra de *add-ons* (módulos extras para solucionar demandas específicas) como PCP Avançado[16] (R$ 300 a R$ 800/mês por usuário) WMS Avançado[17] (custo de R$ 200 a R$ 500/mês por usuário) e SPED Fiscal e Contábil[18] (R$1.200/mês por empresa; usuários ilimitados). Tudo isso desconsiderando os custos de implementação inicial e treinamento de funcionários que, não raro, ultrapassam centenas de milhares de reais[19].

Considerando o salário mínimo atual do Brasil (R$ 1518,00 em 2025) e que cerca de 90% dos brasileiros ganha uma renda inferior a R$ 3.422,00 por mês[20], não seria exagero afirmarmos que, *em muitos casos, o custo de algumas licenças de software-proprietário supera até mesmo o salário do funcionário utilizador daquela licença*.

Enquanto isso, a SAP SE[21], proprietária do software e atualmente a maior empresa europeia, tem valor de mercado estimado em R$ 1,41 trilhões, figurando recorrentemente em rankings das maiores e mais lucrativas do mundo. Com

Alves e Morato, 2022.

13 Rashid, 2023.

14 Sullivan, 2010.

15 O SAP Business One é um software de planejamento de recursos empresariais (do inglês: Enterprise Resource Planning - ERP) desenvolvido pela SAP SE, voltado para pequenas e médias empresas, que integra funções como finanças, vendas, logística e operações em uma única plataforma.

16 Planejamento e Controle de Produção (PCP) avançado é um add-on para controle de ordens de fabricação e planejamento de materiais, ideal para indústrias.

17 Warehouse Management System (WMS) avançado é um add-on para rastrear estoques e aperfeiçoar a gestão logística e de armazéns.

18 Automação das obrigações fiscais e contábeis brasileiras, como ICMS, IPI e ECD.

19 ALFA Sistemas de Gestão, 2024.

20 Equipe Toro Investimentos, 2024.

21 A alemã SAP SE, fundada em 1972 por ex-funcionários da IBM, é uma das líderes globais em

monopólio de mercado e imenso poder econômico, corporações como a SAP SE reforçam a dependência de empresas menores e até governos em relação a soluções proprietárias[22,23]. Tal dinâmica evidencia as barreiras econômicas levantadas pelo software-proprietário, que contribui para perpetuar desigualdades tecnológicas e privilegia organizações bilionárias em detrimento da democratização do acesso à tecnologia.

Em terceiro lugar, situamos a *limitação da inovação*. O controle exclusivo do código-fonte pelas empresas desenvolvedoras limita drasticamente a capacidade de inovação. Ao impedir que usuários aprimorem seus softwares, as grandes desenvolvedoras podem atrasar o progresso tecnológico, especialmente em áreas que exigem soluções personalizadas, como educação e saúde. Além de cercear o potencial criativo de desenvolvedores independentes, o imenso poder das líderes de mercado também dificulta a concorrência, seja encarecendo o custo de entrada de novos atores na arena comercial, seja absorvendo *start-ups* ou concorrentes ascendentes, que trazem ideias e conceitos renovadores[24].

Por último, e não menos importante, o software-proprietário facilita a obsolescência programada (OP): *um conjunto de práticas adotadas por fabricantes que intentam deliberadamente diminuir a vida útil (ou a percepção dela) de um produto, incentivando os consumidores a substituírem seus bens por novos mais frequentemente do que seria tecnicamente necessário*. No caso dos softwares, a OP impele os usuários a adquirir novas versões de produtos ou substituir os equipamentos que rodam esses programas (servidores, laptops, smartphones, etc). Atualizações incompatíveis com sistemas mais antigos e o fim do suporte técnico são estratégias amplamente utilizadas para acelerar o ciclo de consumo, gerando custos desnecessários e, eventualmente, contribuindo para o aumento de resíduos eletrônicos. Essa prática penaliza especialmente usuários e empresas de menor porte, que não têm condições de arcar com custos recorrentes de atualizações ou novos equipamentos[25].

Desta maneira, o software-proprietário pode ser compreendido como um modelo de desenvolvimento tecnológico que privilegia interesses corporativos, reduzindo a acessibilidade, a inovação e autonomia do usuário e do desenvolvedor. Saleh mostrou que, embora existam soluções em software livre para grande parte das necessidades empresariais, com vantagens em termos de funcionalidades e custos, elas são comparativamente pouco utilizadas em relação ao software proprietário[26]. Isso se deve, principalmente, à *realimentação positiva*: os

software corporativo, oferecendo soluções com foco em inteligência artificial, computação em nuvem e integração de processos empresariais em mais de 130 países.

22 Olivieri, 2024.

23 Protska, 2023.

24 OSI, 2025.

25 Morato e Novaes, 2024

26 Saleh, 2004

softwares dominantes formam uma rede de usuários/empresas da qual seus utilizadores são incapazes de se desligar. O campo da economia comportamental ajuda a explicar melhor este movimento: seja pelo *viés de conformidade social*, no qual os usuários seguem a maioria para evitar conflitos ou sensação de isolamento social, ou pelo *viés do status quo*, que favorece a manutenção de soluções já adotadas, evitando custos psicológicos de mudança[27]. Tais vieses, aliados ao *efeito de rede* – que aumenta o valor de um produto à medida que mais pessoas o utilizam[28] – consolidam o domínio do software proprietário, mesmo quando alternativas livres são econômica, estratégica e socialmente mais vantajosas.

Verifica-se que modelos centralizadores que inibem o acesso e a inovação opõem-se às crescentes demandas de uma sociedade em rápida transformação, que busca se relacionar de maneira mais ética e sustentável com a tecnologia. É preciso, como alertou Gilbert Simondon, uma tomada de consciência acerca dos objetos técnicos, compreendendo que seu desenvolvimento deve estar alinhado a uma cultura que valorize a *abertura* e a *adaptabilidade* da tecnologia, permitindo sua evolução em sintonia com as necessidades humanas e ambientais, explorando suas *margens de indeterminação*, não seus *automatismos*[29]. Desta perspectiva, assumir as limitações do software-proprietário é um passo essencial para repensar nossa cultura técnica e buscar alternativas que favoreçam um progresso participativo, sustentável e democrático.

2. COLABORAÇÃO E INOVAÇÃO NO *OPEN SOURCE* E SOFTWARE LIVRE

O compartilhamento de saberes técnicos tem raízes históricas profundas e foi gradualmente ampliado por estruturas colaborativas e eventos globais. Os séculos XVII e XVIII assistiram à disseminação das sociedades e revistas científicas[30]. Já no século XIX, deu-se o advento do sistema internacional de exibições industriais, inaugurado pela Grande Exposição de 1851 em Londres. Desde as patentes cruzadas[31] na indústria automobilística norte-americana no início do século XX até iniciativas como a ARPANET[32] nos primórdios da computação, a

27 Morato, 2019.

28 Stobierski, 2020.

29 Simondon, 2007, p. 33.

30 Kronick, 1976

31 O licenciamento cruzado de patentes é um acordo entre duas ou mais empresas para permitir o uso mútuo de suas patentes. Em vez de negociar royalties, as partes envolvidas concordam em compartilhar suas inovações, permitindo que cada empresa utilize as tecnologias protegidas por patentes da outra. Este tipo de licenciamento é particularmente comum em indústrias onde a tecnologia é altamente interdependente, como a eletrônica, telecomunicações e biotecnologia.

32 A ARPANET (Advanced Research Projects Agency Network) foi a primeira rede de computadores a usar o protocolo de comutação de pacotes, criada pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos em 1969. Inicialmente desenvolvida para conectar instituições de pesquisa, foi

lógica colaborativa impulsionou avanços tecnológicos fundamentais. No campo da informática, podemos destacar, como precursores do código aberto, a cultura *Do it Yourself* (em português: Faça Você Mesmo) e a ideologia *Hacker* dos anos 1960/1970.

Antes de mais nada, é necessário traçar uma diferença entre os movimentos *software livre* e *open source*, esclarecendo como estes termos serão usados. O primeiro, criado pelo ativista Richard Stallman em 1983 e institucionalizado em 1985 por meio da *Free Software Foundation (FSF)*, enfatiza a *liberdade total* do usuário de "executar, acessar, modificar e redistribuir cópias com ou sem modificações", com foco em princípios éticos e filosóficos[33]. Já o *open source* (em português: código aberto), liderado pela *Open Source Iniciative (OSI)*, fundada em 1998, privilegia a disponibilização pública do código-fonte para colaboração e modificação, focando nos benefícios práticos do desenvolvimento[34].

Assim, *todo software livre é considerado open source, mas nem todo open source é considerado livre*, já que algumas licenças, ainda que em código aberto, impõem o uso exclusivo em determinadas plataformas ou proíbem redistribuições modificadas. Para fins deste estudo, tal distinção é pouco relevante, já que ambos os movimentos convergem para o uso e o desenvolvimento de softwares mais abertos, acessíveis e colaborativos. Optamos, portanto, por adotar o termo *FLOSS (Free/Libre and Open Source Software)*, nomenclatura mais neutra em relação às divergências entre OSI e FSF e que é capaz de abarcar, com completude, ambos os projetos.

Existem ainda outras iniciativas que pregam a gratuidade do software, mas que não se confundem com o *FLOSS*. A nomenclatura *Freeware* refere-se a programas gratuitos que, todavia, *não* oferecem acesso ao código-fonte (podemos citar, como exemplos, o Skype e o Adobe Acrobat Reader). Por sua vez, o *Public Domain Software* é aquele software sem direitos autorais, mas que não necessariamente assegura as liberdades centrais de alteração de código fonte (ex.: SQLite e 4DOS). Tais iniciativas, embora importantes em outros contextos, não serão abordadas neste estudo, cujo foco recai exclusivamente sobre o software livre e de código aberto.

Desenvolvidos, respectivamente, nas décadas de 1980 e 1990, os conceitos de software livre e *open source (FLOSS)* são uma resposta ao modelo de software-proprietário praticado por empresas como IBM, Microsoft e Apple, que já comercializavam softwares e hardwares desde as origens da computação comercial. Inicialmente, a troca de conhecimento sobre *FLOSS* era feita a partir

o precursor direto da internet moderna. A ARPANET permitiu a troca de informações entre computadores de maneira descentralizada, marcando um avanço significativo na comunicação digital.

33 Sullivan, 2010, tradução nossa.

34 OSI, 2025.

de fóruns online, listas de e-mail e repositórios FTP[35], que permitiam o compartilhamento de arquivos e projetos de código. Na década de 2000, emergiram novas plataformas e comunidades, dentre as quais destacamos Launchpad (fundada em 2004), Reddit (2005) e GitHub (2008), possibilitando uma colaboração global e descentralizada de desenvolvedores – que passaram a corrigir falhas e evoluir os sistemas sem uma autoridade central. Exemplos incluem o sistema operacional Linux, o servidor Apache e o gerenciador de contêineres Kubernetes[36], amplamente utilizados em ambientes corporativos, acadêmicos e pessoais. Portanto, a expansão do *FLOSS* foi impulsionada pela internet, que viabilizou comunidades online onde se trocavam códigos e ideias sobre desenvolvimento.

A relevância do *FLOSS* reside em sua capacidade de atender às demandas de uma sociedade tecnológica em constante transformação. O modelo oferece flexibilidade, redução de custos e adaptabilidade, características fundamentais para enfrentar desafios contemporâneos como bugs, falhas de segurança e interoperabilidade[37] com novas ferramentas. Além disso, ao promover um ambiente mais aberto, o software livre e de código aberto democratiza o acesso a tecnologias essenciais, permitindo que indivíduos e organizações contribuam para o avanço técnico de forma colaborativa[38].

Características do software livre e/ou open-source

Característica	Vantagem
Descentralização	Promove transparência, segurança e confiança ao distribuir decisões e responsabilidades
Redução de custos / Inclusão	Acessibiliza as tecnologias para indivíduos e organizações de diferentes contextos econômicos
Inovação colaborativa	Impulsiona avanços contínuos ao reunir contribuições de diversas perspectivas em um esforço coletivo
Longevidade	Possibilidade de manutenção, reparo e atualização contínuos, evitando a obsolescência

Figura 2: Características do software livre. Elaboração própria.

35 Repositórios FTP são sistemas que utilizam o protocolo de transferência de arquivos, tecnologia que permite a movimentação de dados entre servidores e dispositivos de forma estruturada e segura.

36 Desenvolvido originalmente pelo Google e agora mantido pela Cloud Native Computing Foundation, Kubernetes é um sistema de gerenciamento de ambientes virtuais de código aberto.

37 Ordenamentos jurídicos como o *Digital Markets Act (DMA)*, impuseram obrigações de interoperabilidade a plataformas dominantes (União Europeia, 2022).

38 Kon, 2001.

Neste sentido, o *FLOSS* pode ser lido como um fato jurídico relevante, capaz de reconfigurar categorias clássicas do Direito da Tecnologia, da Propriedade Intelectual e também de áreas conexas, como o Direito Administrativo, o Direito Econômico, o Direito da Concorrência e o Direito Constitucional. Em um cenário global de busca por soberania digital e transparência, alguns países têm estimulado o uso do *FLOSS*, reconhecendo suas vantagens econômicas e estratégicas. Desde 2005, a França migrou a Gendarmerie Nationale, órgão militar com relevância estratégica, para o Ubuntu Linux, reduzindo custos em 40% e incentivando o uso de ferramentas como OpenOffice e Firefox. Em 2019, a União Europeia lançou o projeto EU-FOSSA 2, investindo 2,6 milhões de euros para aumentar a segurança de *FLOSS,* por meio de eventos, auditorias e programas de recompensa para encontrar e corrigir bugs.

Em 2024, a Suíça, por meio da EMBAG (Lei federal sobre o uso de meios eletrônicos para o cumprimento de tarefas governamentais), tornou obrigatório o uso de software *open source* em projetos públicos. No mesmo ano, a Alemanha revisou suas leis de acesso online para aprimorar a interoperabilidade e reduzir a dependência de software proprietário, estimulando, por exemplo, a colaboração através do OpenCoDE, um repositório central para compartilhamento de código entre governos[39]. Em 2025, a Dinamarca iniciou um projeto-piloto com o LibreOffice em seu sistema nacional de gestão eletrônica de processos, e o estado alemão de Eslésvico-Holsácia decidiu substituir as plataformas Microsoft Office e Microsoft Teams por soluções de código aberto[40].

Nos anos 2000 e no início da década de 2010, o Brasil ocupou posição de destaque nesse debate, implementando um amplo conjunto de estímulos ao software livre: criação do sede do Fórum Internacional de Software Livre (FISL); desenvolvimento do e-Gov[41], do Portal do Software Público Brasileiro[42] e de vários sistemas abertos pelo SERPRO[43]; anúncio de preferência por softwares livres na Esplanada[44], dentre outras medidas. Essa agenda, voltada à democratização tecnológica, à autonomia informacional e à mitigação do *vendor lock-in*[45], perdeu força a partir de 2016, com a reorientação de contratações públi-

39 Vaughan-Nichols, 2024.

40 Faustino, 2025.

41 Programa federal iniciado em 2000 para estruturar serviços públicos digitais e estabelecer diretrizes de tecnologia para a administração pública.

42 Plataforma criada em 2007 para disponibilizar, compartilhar e manter softwares livres desenvolvidos pelo e para o governo federal.

43 Serviço Federal de Processamento de Dados, empresa pública federal responsável por desenvolver e prover soluções tecnológicas para a administração pública brasileira.

44 Em 2003, a Casa Civil orientou todos os ministérios a priorizarem software livre nas soluções de TI do governo federal.

45 Condição de dependência tecnológica estruturada por soluções proprietárias, que limita a portabilidade e restringe a autonomia diante de um fornecedor específico.

cas para fornecedores proprietários[46]. Em 2018, após dezoito edições, o FISL entrou em hiato. Atualmente, embora o Governo Federal siga recomendando a adoção de soluções abertas, essas medidas não dispõem da relevância político-institucional que marcou a fase anterior[47]

3. O OPEN SOURCE: ESQUEMA RIZOMÁTICO E MÁQUINA ABERTA

3.1 Open source/software livre como rizoma

Viu-se, anteriormente, que os projetos de software livre e *open source* promovem a colaboração ativa entre usuários e desenvolvedores, tornando o código e a estrutura dos objetos acessíveis para modificações coletivas e melhorias contínuas. A partir dessa perspectiva, gostaríamos de sugerir que *o FLOSS reflete a lógica rizomática descrita por Deleuze e Guattari*. Em *Mil Platôs*, publicado em 1980, Gilles Deleuze e Félix Guattari opuseram a figura da *árvore* ao *rizoma*, destacando que, enquanto a primeira representa um modelo hierárquico e centralizado, o segundo simboliza uma rede dinâmica e interconectada. Vejamos como essa lógica rizomática é aplicável ao FLOSS.

O rizoma é definido por Deleuze e Guattari como uma forma de pensamento e organização que contrasta com a estrutura hierárquica e linear tradicional, adotando uma multiplicidade de trajetórias possíveis, onde cada ponto pode se conectar a qualquer outro. Esta lógica opõe-se à tradição cartesiana de pensamento verticalizado, linear e binário representada pela *árvore*, que organiza suas raízes e ramificações sobre uma base fixa e centralizada. No rizoma, não há pontos fixos, árvores ou raízes; tudo é composto de *linhas* que se conectam e se expandem. O rizoma, neste sentido, é uma estrutura aberta, descentralizada e interconectada, que rejeita hierarquias rígidas e fixas em favor das múltiplas possibilidades de conexão. Ao contrário da lógica arbórea, que se baseia em ramificações hierarquizadas, o rizoma não possui um "ponto de partida" único nem tampouco um "destino" fixo: ele se desenvolve de maneira horizontal e em todas as direções. Tal multiplicidade permite que diferentes elementos coexistam e se relacionem de forma dinâmica, criando novas configurações e trajetórias inusitadas, ao invés de seguir uma ordem previsível ou predefinida[48].

46 Lisboa e Marilene, 2019.

47 Brasil, 2025.

48 Deleuze e Guattari, 2021, p. 30.





Figuras 3 e 4: Arvore e Rizoma: Comparação entre dois modelos estruturais. A árvore representa uma estrutura centralizada, hierárquica e direcionada, enquanto o rizoma exemplifica conexões horizontais, múltiplas trajetórias e ausência de hierarquia. Elaboração própria.

Mas como essa lógica rizomática se manifesta no software livre e de código aberto? Analisaremos cada um dos seis princípios propostos pelos autores, que descrevem as seguintes "características aproximativas" do rizoma: (a) *conexão*, que descreve como o rizoma estabelece relações entre diferentes elementos, criando redes dinâmicas que não dependem de hierarquia fixa; (b) *heterogeneidade*, que reforça que essas conexões ocorrem entre elementos diversos e incompatíveis; c) *multiplicidade*, segundo o qual o rizoma é um sistema de intensidades em constante crescimento e transformação, mas sem unidade central; (d) *ruptura a-ssignificante* que realça a reorganização em novos pontos, adaptando-se e criando novas trajetórias e interações, ainda quando interrompido; (e) *cartografia*, que compara o rizoma a um *mapa* sempre em construção, que pode ser modificado e acessado por múltiplos pontos de entrada e saída e, por fim, (f) *decalcomania*, que rejeita cópias ou modelos fixos, enfatizando a transformação contínua e a adaptação às circunstâncias[49]

Passemos à análise do *FLOSS* à luz dos aspectos rizomáticos elencados. Primeiro, a *conexão* é evidente na forma como o código aberto permite que desenvolvedores de diferentes contextos colaborem, unindo ideias e habilidades em plataformas globais como GitHub. Essa conectividade dá-se de maneira *heterogênea*, não se limitando a um grupo específico: programadores experientes, iniciantes, curiosos, empresas, governos e comunidades contribuem democraticamente, alimentando o movimento por meio de diversas perspectivas e intensidades. Portanto, o código aberto é múltiplo, recebendo colaborações diversas

49 Deleuze e Guattari, 2021, p. 30.

que não se organizam em torno de uma unidade central: antes, operam como um sistema expansivo e descentralizado, no qual cada contribuição amplia suas possibilidades.

Além disso, o *FLOSS* incorpora a *ruptura a-ssignificante*, pois, mesmo quando um projeto é abandonado ou interrompido, ele pode ser retomado por outros, que reorganizam suas linhas de desenvolvimento de maneiras inovadoras. Um exemplo é o *LibreOffice*, lançado em 2010 como uma ramificação do projeto original *OpenOffice.org* (lançado em 2000). Em 2009, quando a Oracle comprou a Sun Microsystems (e junto dela os direitos do OpenOffice.org), alguns desenvolvedores e colaboradores do OpenOffice.org deixaram o projeto controlado pela Oracle para montar o LibreOffice, criando um *fork* (ramificação) do projeto original[50].

O *FLOSS* também se expressa rizomaticamente pelo princípio da *cartografia*, funcionando como um *mapa aberto*, com múltiplas entradas e possibilidades de modificação e adaptação conforme as necessidades do utilizador. O *mapa*, segundo Deleuze e Guattari, é uma representação dinâmica e aberta da realidade, que privilegia conexões e multiplicidades em vez de fixar pontos ou estabelecer hierarquias, permitindo constantes transformações e reconfigurações:

> O mapa é aberto, é conectável em todas as suas dimensões, desmontável, reversível, suscetível de receber modificações constantemente. Ele pode ser rasgado, revertido, adaptar-se a montagens de qualquer natureza, ser preparado por um indivíduo, um grupo, uma formação social[51].

Ou seja, dentro dessa *rede viva* que é o rizoma, o *mapa* age como um guia: ele não copia a realidade como uma foto; mas cria caminhos novos e se adapta conforme é utilizado. Cada projeto de software livre, como o GNU/Linux ou o Apache, funciona como *mapa*, em constante construção e expansão, onde os participantes exploram novas possibilidades e criam soluções inovadoras sem a imposição de um centro controlador. Ao contrário do *mapa*, o software proprietário opera como um *decalque*: algo rígido, com começo e fim, que reproduz estruturas limitadoras de acesso e inovação.

Finalmente, o *FLOSS* rejeita o modelo fixo ou imutável, alinhando-se ao princípio da *decalcomania*: não reproduz e nem copia estruturas, mas promove uma uma experimentação ancorada no real, que se traduz na transformação contínua dos projetos de softwares, refletindo a fluidez e a adaptabilidade características do rizoma.

Portanto, verifica-se que o *FLOSS* materializa todos os seis princípios: a maneira como seus projetos são desenvolvidos independe de uma autorida-

50 Vignoli, 2023.

51 Deleuze e Guattari, 2021, p. 30.

de central, permitindo conexões múltiplas e dinâmicas entre seus elementos. O *FLOSS* emerge como uma prática que encarna multiplicidade, criatividade e liberdade, subvertendo os paradigmas de controle e exclusão que dominam o cenário do software-proprietário, como mostrado no primeiro capítulo deste trabalho.

O famoso sistema operacional GNU/Linux ilustra como o *FLOSS* personifica a totalidade dos aspectos rizomáticos. Primeiramente, ele é *conectável* em qualquer ponto: sua estrutura permite que módulos, funcionalidades ou distribuições sejam interligados de maneira livre, sem hierarquias fixas. Ele também é *heterogêneo*, pois conecta desenvolvedores, empresas, estudantes e usuários finais, integrando contextos diversos em um ecossistema global. Sua multiplicidade manifesta-se nas inúmeras distribuições (como Ubuntu, Fedora e Debian), cada uma com propósitos específicos, mas interligadas por um núcleo comum. O GNU/Linux é *a-ssignificante*, pois não subordina-se a uma estrutura centralizada ou única; qualquer usuário pode adaptá-lo às suas necessidades sem depender ou subordinar-se a um "General"[52]. Além disso, ele é ruptível: novas ramificações sempre podem surgir, como *forks*[53] que criam soluções independentes, mantendo a vitalidade do sistema. Por fim, ele é *cartográfico*, permitindo que cada desenvolvedor crie um *mapa* único de soluções com base em seu próprio ambiente e necessidades, sem seguir um modelo fixo. O GNU/Linux, portanto, materializa a ideia de rizoma Deleuziana-Guattariana:

> O rizoma é uma antigenealogia. É uma memória curta ou uma antimemória. O rizoma procede por variação, expansão, conquista, captura, picada. Oposto ao grafismo, ao desenho ou à fotografia, oposto aos decalques, o rizoma se refere a um mapa que deve ser produzido, construído, sempre desmontável, conectável, reversível, modificável, com múltiplas entradas e saídas, com suas linhas de fuga (...) Contra os sistemas centrados (e mesmo policentrados), de comunicação hierárquica e ligações preestabelecidas, o rizoma é um sistema acentrado não hierárquico e não significante, sem General, sem memória organizadora ou autômato central, unicamente definido por uma circulação de estados[54]

Por outro lado, a estrutura rígida e hierárquica da *árvore* compara-se ao modelo de software proprietário, que limita a flexibilidade e a multiplicidade, promovendo uma relação de subordinação a uma autoridade central.

Ainda aproveitando a terminologia de Deleuze-Guattari, é cabível sustentar que o *FLOSS* pode ser lido como um grande *agenciamento*, no qual diferentes elementos (desenvolvedores, usuários, ferramentas, repositórios, *etc*)

52 Deleuze, Guattari, 2021, p 43

53 *Forks* são ramificações de um projeto de software onde o código original é copiado e desenvolvido de forma independente, permitindo inovações ou adaptações específicas. No Linux, forks como o CentOS Stream ou AlmaLinux ilustram essa flexibilidade do *FLOSS* (Pettle, 2024).

54 Deleuze e Guattari, 2021, p. 44

se conectam e interagem para produzir softwares adaptáveis e evolutivos. Esse processo rompe os estratos das barreiras econômicas e técnicas, *desterritorializando* tecnologias computacionais clássicas para *reterritorizá-las* em repositórios e fóruns que privilegiam a inventividade e a colaboração. Ao permitir modificações e contribuições coletivas, o software livre e de código aberto ainda exemplifica uma *máquina desejante*, movida pelo desejo de criar, compartilhar e transformar.

A capacidade de incorporar mudanças, aspecto tipicamente rizomático, também é notável no *FLOSS*, cuja adaptabilidade e receber aportes colaborativos permite sua evolução contínua. Cada contribuição ao código, seja uma correção de bug ou a criação de uma nova funcionalidade, funciona como uma *linha de fuga*, uma força criativa que rompe com estruturas fixas, permitindo a emergência de novas possibilidades e transformações. É a linha de fuga que expande as possibilidades do projeto e permite sua adaptação contínua. Pensando nestes termos, a estrutura rizomática do *FLOSS* estimula reapropriações e imprevisibilidades, desafiando a rigidez dos modelos proprietários.

Portanto, ao adotar conexões horizontais e colaborativas, o *FLOSS* tende a mitigar os problemas diagnosticados no modelo proprietário – marcado por centralização, custos elevados e inovação calculada. O software livre e de código aberto promove transparência e evolução contínua, enquanto o software proprietário frequentemente impõe obsolescência programada, restringindo atualizações e gerando dependência econômica e tecnológica. Ademais, ao eliminar barreiras de acesso, o *FLOSS* subverte a exclusão típica do software fechado, democratizando a tecnologia e fomentando a evolução, orientada por necessidades genuínas da comunidade e não por interesses exclusivamente comerciais.

3.2 Máquina aberta

Em 2017, o filósofo francês Gilbert Simondon foi homenageado pela edição anual dos Encontros Mundiais de Software Livre. O evento, que teve lugar na cidade de Saint-Étienne, terra natal de Simondon, reuniu especialistas para discutir novas formas de relação com a tecnologia a partir da colaboração e inventividade – temas que inspiraram Simondon, notadamente no livro *Do modo de existência dos objetos técnicos (MEOT)*, publicado em 1958[55]. Nesta obra, Simondon[56]oferece uma base filosófica para compreender a técnica, almejando a reintrodução do ser técnico na cultura, em que é "preciso definir o objeto técnico em si mesmo, através do processo de concretização e sobredeterminação funcional que lhe dá sua consistência ao fim de sua evolução, provando que não poderia ser considerado um mero utensílio".

55 Novaes, 2017

56 Simondon, 2007, p. 37

Com efeito, verifica-se uma convergência entre o funcionamento do software livre e de código aberto e as ideias de Simondon. Neste sentido, gostaríamos de dar ênfase à possibilidade de ler o *FLOSS* como uma *máquina aberta*, termo utilizado por Simondon para se referir a objetos técnicos dotados de alta tecnicidade[57], adaptáveis ao meio e que evoluem em resposta a contingências. Não por acaso, máquina aberta é, para o filósofo, a expressão de uma mentalidade técnica, uma certa forma de pensar e se relacionar com os objetos técnicos, que reconhece sua evolução e integração como parte da cultura humana:

> Se procurarmos o signo da perfeição da mentalidade técnica, podemos reunir em um único critério a manifestação dos esquemas cognitivos, das modalidades afetivas e das normas de ação: o da abertura; a realidade técnica é eminentemente suscetível de ser continuada, completada, aperfeiçoada, prolongada[58].

Neste sentido, a máquina aberta é um sistema ajustável, com uma *margem de indeterminação* que potencializa a interação com seres técnicos e humanos, calibrando e amplificando sua funcionalidade de acordo com novas demandas. A máquina aberta é dotada de uma estrutura expansível, permitindo que seu operador intervenha em sua estrutura – por meio do acréscimo ou retirada de componentes a depender das necessidades[59]. A atualização permanente da máquina aberta evita sua obsolescência, permite usos renovados (como o acréscimo de funcionalidades), como um organismo em crescimento, e contribui para um modelo diferenciado de progresso técnico – que não reproduz a lógica linear da produção industrial, mas favorece uma evolução aberta e relacional da técnica.

Cotejando as características apresentadas no Capítulo 2 com o pensamento de Simondon, pode-se sustentar o enquadramento do *FLOSS* como "máquina aberta". Verifica-se que o modelo de código aberto é altamente expansível e sensível ao *meio associado*, colocando a máquina em constante transformação. Com efeito, vimos que o código aberto permite uma participação ativa e criativa dos usuários, que decidem *quando* intervir e *quais* funcionalidades aprimorar, a partir das dificuldades prévias (por exemplo, *bugs*) ou modificações do ambiente (novas necessidades para o uso pessoal/comercial, ou demandas de interoperabilidade com outros softwares).

Além disso, o fato de o sistema ser aberto a modificações e intervenções humanas reflete outra grande aposta da filosofia de Simondon: o papel do ser humano como organizador e *mediador* desses sistemas, atuando como uma espécie de "maestro" que harmoniza e integra as interações entre os objetos técnicos e entre os próprios usuários: "Está *entre* as máquinas que operam

57 Simondon, 2007, p. 33

58 Simondon, 2022, p. 33, grifo do autor.

59 Simondon, 2007

com ele"[60]. Para que esse organizador-inventor da "orquestra técnica" cumpra plenamente sua função, é essencial que ele desenvolva e exercite uma *cultura técnica*, que reconheça e valorize os objetos técnicos para além da sua mera funcionalidade[61]

No texto *Mentalidade técnica*[62], Simondon mostrou que a máquina aberta beneficia-se de uma estrutura *reticular*. Enquanto externamente o objeto técnico está conectado a uma rede mais ampla de sistemas técnicos e sociais, sua estrutura interior também é interconectada, com partes interdependentes e relativamente independentes em suas funções. No *FLOSS*, cada componente pode ser modificado, adaptado ou substituído por outros usuários sem comprometer o sistema como um todo. Assim como os "nós" de uma rede, cada módulo desempenha uma função específica e *bugs* podem ser corrigidos de maneira colaborativa, preservando a integridade geral do sistema. Esse acesso a elementos, indivíduos e conjuntos técnicos permite uma lógica reticular que assegura continuidade e adaptabilidade do ser técnico, ajudando a prolongar a sua vida útil e a torná-lo mais eficiente, e mesmo plurifuncional.

Por outro lado, podemos tomar os softwares proprietários como exemplos de máquinas fechadas – objetos técnicos caracterizados pelo isolamento, rigidez e resistência à intervenção humana[63]. O funcionamento das máquinas fechadas tende ao automatismo completo, sem permitir modificações ou adaptações pelos usuários. Como mostra Simondon na *Entrevista sobre a tecnologia com Yves Deforge:*

> Ao fechamento material das soldas, dos rebites e dos lacres de garantia, soma-se um fechamento mais essencial e mais alienante: o objeto já não é decodificável, nem compreensível como resultado de uma operação de construção. Já não se pode ler nele a operação construtora. Ele é estranho como uma língua estrangeira. Compreende-se, nessas condições, por que um objeto assim pode ser tratado como um escravo mecânico. Não se busca compreender a linguagem do escravo, mas apenas obter dele um serviço específico. Sobre o objeto técnico em situação de alienação, o painel de controle e os órgãos de comando bastam para a operação prática de uso no contexto de um trabalho determinado[64].

Ainda que seus exemplos pertençam ao campo mecânico, a crítica de Simondon ao fechamento como forma de alienação técnica pode ser estendida ao universo computacional, onde o bloqueio de acesso ao código repete esse mes-

60 Simondon, 2007, p. 34, itálico no original.

61 Simondon, 2007, p. 32.

62 O texto *Mentalité Technique* foi trazido à público por Jean-Hugues Barthélémy e Vincent Bontems em 2006 na *Revue philosophique*, ganhando tradução para o português em 2022, no livro Máquina Aberta, organizado por Novaes, Smarieri e Vilalta.. Estima-se que as reflexões deste texto foram registradas por Simondon nas décadas de 1960-1970.

63 Simondon, 2017

64 Simondon, 2014, pp. 65-66, tradução nossa

mo mecanismo. Com efeito, observa-se que a estrutura dos softwares-proprietários é de difícil modificação, mesmo para utilizadores experientes, pois estes não possuem acesso ao código fonte. Trata-se, portanto, de *máquinas fechadas* que restringem a interação criativa do usuário com o sistema, impedindo que este evolua de maneira colaborativa e se reintegre continuamente ao meio técnico e social – resultando no fenômeno da *obsolescência*.

É precisamente contra essa lógica da *máquina fechada* que surgem as propostas legislativas contemporâneas de Direito ao Reparo (Right to Repair). Tais iniciativas visam garantir legalmente o acesso a manuais, peças e, crucialmente, ao *código-fonte* e ferramentas de diagnóstico, alinhando-se diretamente ao ideal de uma tecnologia mais aberta, durável e passível de intervenção humana[65,66]

Para além das vantagens apontadas no uso do FLOSS, chamamos atenção para uma *experiência* de envolvimento direto do usuário com a modificação e personalização do objeto técnico. Não se trata apenas de atender às suas necessidades práticas, mas também de despertar um *senso de realização criativa*, um *desfrute tecnoestético*[67]. O código aberto transforma o ato técnico de *programar um software* em uma experiência rica, no qual funcionalidade e beleza se entrelaçam, não para contemplação, mas para a ação, reafirmando a dimensão humana e inventiva do *fazer tecnológico*. A lógica do código aberto permite que o usuário seja mais do que um utilizador, associando o processo de criação ao de preservação e crescimento do ser técnico, prevendo o ajuste, a ampliação e a reinvenção do objeto. Trata-se de um novo modo de se vivenciar a experiência técnica, no qual a *relação* com o objeto engendra uma comunicação com o objeto, não de apropriação, resultando em um regime de coindividuação.

Tal conceito contribui para uma reaproximação efetiva entre cultura e tecnologia, atualmente apartadas nas sociedades informatizadas. Sobretudo com o advento das TICs, o desenvolvimento exponencial dos objetos digitais voltados para o consumo alienado e baseados em automatismos, fez com que estas avançassem independentemente da cultura, e tal desconhecimento perpetuou uma relação escravocrata com a técnica. Segundo Simondon[68], a cultura estabeleceu-se como um "sistema de defesa contra as técnicas", por meio de oposições maniqueístas entre teoria e prática, contemplação e ação, beleza e utilidade, ou mesmo cultura e civilização:

65 [...] se o objeto estiver aberto, isto é, se o gesto do usuário, por um lado, pode ser um gesto inteligente e bem adaptado, conhecendo as estruturas internas, se por outro lado o reparador [...] puder perpetuamente manter novas as peças que se desgastam, então não há datamento, não há envelhecimento. Sobre uma base que é uma base de durabilidade ou pelo menos de grande solidez, podemos instalar peças que terão de ser substituídas, mas que, em todo o caso, deixam intacto o esquema fundamental e que até permitem melhorá-lo [...] (Simondon, 2014, p. 401-402, tradução nossa)

66 Morato, 2025.

67 Simondon, 1998.

68 Simondon, 2007, p. 31.

> A cultura não entende a máquina; é inadequado à realidade técnica porque considera a máquina como um bloco fechado e o funcionamento mecânico como um estereótipo iterativo. [...] A cultura é injusta com a máquina, não apenas nos seus julgamentos ou nos seus preconceitos, mas no próprio nível do conhecimento: a intenção cognitiva da cultura em relação à máquina é substancializante; a máquina está presa nesta visão redutiva que a considera completa em si mesma e perfeita, o que a faz coincidir com o seu estado atual, com as suas determinações materiais[69]

Em MEOT, Simondon mostra que, no processo de concretização, os objetos técnicos evoluem analogamente aos seres vivos, aproximando-se (sem, contudo, se equipararem completamente) de um sistema natural. O *FLOSS* alinha-se a essa ideia de organicidade crescente: o software é evoluído e concretizado por meio do gesto humano, distinguindo-se objeto técnico primitivo, que era rígido e isolado. Além disso, muito antes do advento da internet, Simondon[70] já sugeria a necessidade de disponibilização de "blocos de conhecimento técnico", ou seja, conhecimentos compartilhados e aperfeiçoados comunitariamente, com foco na abertura e adaptabilidade dos objetos técnicos.

Simondon nos desafia a respeitar e entender a tecnicidade dos objetos, invertendo a ética relacional: em vez de "como devemos nos comportar com os objetos técnicos?", ele propõe um dever moral de conhecê-los. Assim, a ética torna-se uma avaliação das relações que estabelecemos com as máquinas e, por meio delas, com o mundo[71]. Essa perspectiva relacional se configura como um meio de libertação da *alienação*, cujas raízes estariam na ignorância sobre a "natureza" e a "essência" das máquinas[72]. Desenvolver uma relação profunda com os objetos técnicos, compreendendo seu funcionamento e propósito, abriria caminhos para uma regulação mais consciente do acoplamento entre técnica e sociedade humana:

> A consciência dos modos de existência dos objetos técnicos deve ser alcançada por meio do pensamento filosófico, que deve cumprir um dever por meio deste trabalho análogo ao que cumpriu para a abolição da escravidão e a afirmação do valor da pessoa humana[73].

O software livre se apresenta como um objeto técnico mais evoluído tecnicamente que o software proprietário justamente por corrigir, em sua essência técnica, uma dupla concepção equivocada da cultura técnica alienada. A primeira que concebe a máquina mais evoluída como sendo a dotada de mais automatismo; ao contrário, conforme demonstra o software livre, sua natureza aberta permite sua atualização permanente e adaptação a novas realidades de

69 Simondon, 2017, p. 201.
70 Simondon, 2017, p. 110-111.
71 Alombert, 2023.
72 Simondon, 2017, p. 18.
73 Simondon, 2017, p. 9.

hardware, culminando em novas funcionalidades. Em segundo lugar, convida o humano a se relacionar com a técnica não como um senhor que dá ordens a escravos, mas sim aquele que estabelece uma comunicação com as máquinas, como um maestro dos conjuntos técnicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo examinou, inicialmente, as limitações do software proprietário, atentando para os aspectos provocados pela lógica fechada dominante, como a *centralização*, *exclusão econômica*, *restrição à inovação* e *obsolescência programada*. Mostrou-se que o modelo proprietário consolida monopólios, dificulta o acesso a ferramentas tecnológicas por indivíduos e organizações de baixa renda e limita a evolução técnica ao restringir modificações e adaptações do código-fonte. Em contraste, o software livre e de código aberto *(FLOSS)*, analisado no segundo capítulo, demonstrou ser uma alternativa sustentável e colaborativa, promovendo acesso universal, inovação contínua e participação coletiva por meio do código aberto. Ao priorizar a transparência e a flexibilidade, o *FLOSS* mitiga as barreiras econômicas e técnicas, além de desafiar os padrões excludentes impostos pelo modelo proprietário, ensejando um ecossistema tecnológico mais democrático e inclusivo.

A análise do software livre e de código aberto sob a perspectiva de Deleuze e Guattari identificou a presença dos seis princípios rizomáticos descritos pelos autores: *conexão, heterogeneidade, multiplicidade, ruptura a-significante, cartografia e decalcomania*. Tais princípios revelam uma estrutura descentralizada, adaptável e em constante evolução, na qual desenvolvedores e usuários contribuem coletivamente para o aprimoramento e transformação do código. A capacidade do FLOSS de incorporar múltiplas perspectivas, de se reorganizar mesmo após interrupções e de operar como um *mapa* vivo e aberto reflete a lógica rizomática, recusando hierarquias centralizadas e articulando a emergência de soluções tecnológicas colaborativas, espontâneas e inovadoras. Nesse contexto, o *FLOSS* opera como um sistema dinâmico que amplia as possibilidades de interação e (re)invenção tecnológica.

O conceito simondoniano de *máquina aberta* oferece uma visão complementar, tomando o *FLOSS* como um objeto técnico *expansível, modular* e *adaptável*: trata-se de uma máquina cuja *essência técnica* permite ajustes e prolongamentos contínuos por meio da exploração de sua margem de indeterminação, ou seja, o acesso ao seu código que permite uma interação criativa entre desenvolvedores (ao contrário dos softwares proprietários, que remetem às máquinas fechadas por restringir intervenções e favorecer a obsolescência). O *FLOSS* valoriza nossa relação com a tecnologia por meio da inventividade, alinhando-se à aposta de Simondon em uma relação não escravocrata com a máquina, sugerindo o humano enquanto "regente" da técnica.

À luz da articulação dos teóricos mobilizados, pode-se afirmar que *o FLOSS representa um estágio técnico mais avançado em relação ao software proprietário*. Seu caráter autocorretivo e colaborativo prolonga a vida útil dos objetos técnicos, reduz a obsolescência e favorece uma cultura tecnológica orientada pela transparência, pela partilha do conhecimento e pela integração entre técnica e cultura. É nítido o potencial do *FLOSS* para subverter os limites do modelo fechado, possibilitando novas formas de criação, uso e revalorização dos objetos técnicos.

Neste sentido, o *FLOSS* não deve ser lido apenas como solução técnica: trata-se de um *projeto ético e político*, que ajuda a repensar a relação entre humanos, tecnologia e o meio ambiente. Conectando múltiplos agentes e promovendo intervenções criativas, o *FLOSS* tende a materializar uma relação sociotécnica mais horizontal e dinâmica, apontando para uma relação mais consciente e equilibrada com o mundo técnico.

No campo jurídico, essa estrutura colaborativa deve materializar-se, por exemplo, nos modelos de licença. De um lado, licenças *copyleft* (como a *GNU General Public License - GPL*) asseguram que o caráter *rizomático* se perpetue nas obras derivadas, criando um bem comum digital protegido. De outro, licenças permissivas (como *MIT* e *Apache*) focam na máxima modularidade da *máquina aberta*, permitindo que o código seja reincorporado livremente, inclusive em software proprietário, fomentando a interoperabilidade e a inovação comercial.

Para além do licenciamento, o *FLOSS* oferece um fundamento robusto para o debate jurídico sobre o Direito ao Reparo (Right to Repair) e o combate à obsolescência, baseada no fechamento legal que controla o ciclo de vida do produto (via EULAs, propriedade intelectual e leis antipirataria)[74]. Neste sentido, o tensionamento da lógica proprietária dominante demanda novos modelos jurídicos para valorização do uso, da manutenção e da soberania tecnológica, alinhado a uma economia mais circular e sustentável.

Concordando a necessidade de mudança "na mirada filosófica sobre o objeto técnico"[75], o presente estudo tem caráter eminentemente conceitual e não contempla avaliação empírica sistemática. Uma agenda de pesquisa futura poderia avançar em análises mais aplicadas, investigando, por exemplo: (a) o impacto concreto da adoção de *FLOSS* no setor público brasileiro (especialmente em compras, interoperabilidade e soberania digital); (b) uma análise dogmática aprofundada dos efeitos jurídicos de licenças *copyleft* vs. permissivas em contratos; e (c) a relação entre o acesso ao código e as propostas de auditoria algorítmica e direito ao reparo. Assim disposta, essa agenda teria muito a contribuir sobre as decisões políticas de definição de licenciamento de software público,

74 Morato, 2025.

75 Simondon, 2007, p. 38.

bem como orientar a compra e o desenvolvimento de software levando-se em conta a alta tecnicidade da máquina aberta, não os interesses mercadológicos incrustados no software proprietário.

REFERÊNCIAS

Alfa Sistemas de Gestão. Preço do SAP Business One: Licenças, Implementação, Suporte e Add-ons. ALFA Sistemas de Gestão. 12/03/2024. Disponível em: https://www.alfaerp.com.br/blog/preco-do-sap-business-one-licencas-implementacao-suporte-e-add-ons/. Acesso em 12/11/2025.

Alves, Marco Antônio Sousa e Morato, Otávio. Da 'caixa-preta' à 'caixa de vidro': o uso da explainable artificial intelligence (XAI) para reduzir a opacidade e enfrentar o enviesamento em modelos algorítmicos. **Direito Público**, vol. 18, no. 100, 2022, pp. 1-21. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/5973. DOI: https://doi.org/10.11117/rdp.v18i100.5973. Acesso em 12/11/2025.

Brasil. Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos. Boas práticas para minimizar aprisionamento (lock-in) em nuvem. 10/6/2025. Disponível em: https://www.gov.br/governodigital/pt-br/infraestrutura-nacional-de-dados/ambiente-tecnologico/nuvem/materiais-de-apoio/boas-praticas-para-minimizar-aprisionamento-em-nuvem. Acesso em 16/11/2025.

Deleuze, Gilles; Félix Guattari. **Mil Platôs:** Capitalismo e Esquizofrenia vol 1. São Paulo: Editora 34, 2021.

Equipe Toro Investimentos. Pirâmide Salarial: qual a média salarial e quem é considerado rico no Brasil? **Blog da Toro Investimentos.** 28/11/2024. Disponível em: https://www.toroinvestimentos.com.br/blog/piramide-salarial. Acesso em 12/11/2025.

Faustino, Felipe. Mais um país: Alemanha abandona Microsoft por softwares de código aberto. **Tecnoblog,** 16/06/2025. Disponível em: https://tecnoblog.net/noticias/mais-um-pais-alemanha-abandona-microsoft-por-softwares-de-codigo-aberto/. Acesso em 12/11/2025.

Kon, Fabio. O Software Aberto e a Questão Social. Relatório Técnico RT-MAC-2001-07, Departamento de Ciência da Computação, Instituto de Matemática e Estatística, Universidade de São Paulo, 2001. Disponível em: https://www.ime.usp.br/~kon/papers/RT-SoftwareAberto.pdf. Acesso em 12/11/2025.

Kronick, David. **A History of Scientific and Technical Periodicals:** The Origins and Development of the Scientific and Technical Press, 1665-1790. 2nd ed., Scarecrow Press, 1976.

Lisboa, Flávio; Beatriz, Marilene. Um recorte da história do software livre no Estado brasileiro: um estudo de caso do Programa de Software Livre do SERPRO. **Tear: Revista de Educação Ciência e Tecnologia,** vol. 8, no. 2, 2019.

Disponível em: https://periodicos.ifrs.edu.br/index.php/tear/article/view/3476. DOI: https://doi.org/10.35819/tear.v8.n2.a3476. Acesso em 13/11/2025.

Morato, Otávio. NudgeRio: Um caso de aplicação de ciência comportamental às políticas públicas. **Cadernos do Desenvolvimento Fluminense** n. 16, 2019, pp. 111-124. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/cdf/article/view/52711. DOI: https://doi.org/10.12957/cdf.2019.52711. Acesso em 12/11/2025.

Morato, Otávio; Novaes, Thiago. Serialização de Componentes e Obsolescência Programada: diálogos com Simondon pelo Direito ao Reparo. *In:* Thiago Novaes. (Org.). **Simondon 100 años: Pensamiento Transductivo.** 1ªed.Bogotá: Editorial Aula de Humanidades, Utedé, 2024 , p. 137-160.)

Morato, Otávio. What is design for repair and how does it help combat obsolescence in the context of the circular economy? **Revista de la Facultad de Derecho de México**, vol. 75, no. 292, pp. 201-230. Disponível em: https://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/90064. DOI: https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2025.292.90064. Acesso em 13/11/2025.

Novaes, Thiago. Encontro Mundial de Software Livre – Homenagem a Simondon. **Site Gilbert Simondon.** 7 de julho de 2017. Disponível em: https://gilbert-simondon.wordpress.com/2017/07/07/encontro-mundial-de-software-livre-homenagem-a-simondon/. Acesso em 11/11/2025.

Olivieri, Fernando. SAP vira a empresa de tecnologia mais valiosa da Europa. **Exame**, 23/10/2024. Disponível em: https://exame.com/tecnologia/sap-vira-a-empresa-de-tecnologia-mais-valiosa-da-europa/. Acesso em 10/11/2025.

OSI (Open Source Initiative). The Open Source Definition. **Open Source Initiative**. 16/02/2024. Disponível em: www.opensource.org/osd. Acesso em 10/11/2025.

Pettle, Amy. AlmaLinux Promises Continued RHEL Compatibility. **Linux Magazine**, Issue 278, 2024. Disponível em: www.linux-magazine.com/Issues/2024/278/AlmaLinux. Acesso em 10/11/2025.

Pimentel, Luiz Otávio; Figueiredo e Silva, Cláudio Eduardo Regis de. Conceito Jurídico de Software, Padrão Proprietário e Livre: Políticas Públicas. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos,** vol. 35, no. 68, 2014, pp. 291-329. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v35n68p291. DOI: https://doi.org/10.5007/2177-7055.2013v35n68p291. Acesso em 10/11/2025.

Protska, Olga. As 10 Empresas de TI Mais Lucrativas do Mundo - 2025. **FXSSI Blog**, 14/04/2023. Disponível em: https://fxssi.com/as-10-empresas-de-ti-mais-lucrativas-do-mundo-2025. Acesso em 10/11/2025.

Saleh, Amir Mostafa. Adoção de tecnologia: um estudo sobre o uso de software livre nas empresas. Dissertação de mestrado, Universidade de São Paulo, Facul-

dade de Economia, Administração e Contabilidade, Departamento de Administração, 2004. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-06122004-123821/pt-br.php. Acesso em 10/11/2025.

Simondon, Gilbert. **Sur la technique (1953-1983).** Paris: Presses Universitaires de France, 2014.

Simondon, Gilbert. **On the mode of existence of technical objects.** Trad. Cécile Malaspina e John Rogove. Univocal Publishing, 2017.

Simondon, Gilbert. **El modo de existencia de los objetos técnicos**. Trad. Margarita Martínez e Pablo Rodríguez. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2007.

Simondon, Gilbert. A mentalidade técnica. Trad. Thiago Novaes e Evandro Smarieri. *In* **Máquina Aberta:** a mentalidade técnica de Gilbert Simondon [org. Thiago Novaes, Lucas Paolo Vilalta e Evandro Smarieri]. Dialética: São Paulo, 2022.

Simondon, Gilbert. Sobre a tecno-estética: Carta a Jacques Derrida. *In* **Tecnociência e Cultura –** ensaios sobre o tempo presente. São Paulo: Estação Liberdade, 1998, pp. 253-266.

Stallman, Richard. FLOSS and FOSS. GNU Operating System. **Free Software Foundation**, 2021. Disponível em: https://www.gnu.org/philosophy/floss-and-foss.html. Acesso em 10/11/2025.

Stobierski, Tim. What Are Network Effects? **Harvard Business School Online**, 12/11/2020. Disponível em: https://online.hbs.edu/blog/post/what-are-network-effects. Acesso em 10/11/2025.

Sullivan, John. Free Software Is a Matter of Liberty, Not Price. **Free Software Foundation**. 16/03/2010. Disponível em: www.fsf.org/free-software-is-a-matter-of-liberty. Acesso em 9/11/2025.

União Europeia. Regulamento (UE) 2022/1925 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14/09/2022. Jornal Oficial da União Europeia, L 265, 12 out. 2022, pp. 1-66. Disponível em: data.europa.eu/eli/reg/2022/1925/oj. Acesso em 10/11/2025.

Vignoli, Italo. A Brief History of LibreOffice: the origin story of the Open Source Office solution that ensures you always have access to your data and control over your creativity. **Opensource.com**, Red Hat, 7/2/2023. Disponível em: https://opensource.com/article/23/2/history-libreoffice. Acesso em 10/11/2025.

Vaughan-Nichols, Steven. Switzerland federal government requires releasing its software as open source. **ZDNet**. 23/07/2024. Disponível em: www.zdnet.com/article/switzerland-federal-government-requires-releasing-its-software-as-open-source/. Acesso em 10/11/2025.

Recebido em: 06/01/2025

Aprovado em: 17/11/2025

DOI: 10.12818/P.0304-2340.2025v87p283

BASE DE CÁLCULO DO ITBI: PRINCÍPIOS DA REALIDADE E DA PRATICIDADE

ITBI TAX BASE: THE PRINCIPLES OF REALITY AND PRACTICALITY

Valéria Furlan[*]

RESUMO

A determinação da base de cálculo do ITBI, assim como a da maioria dos tributos, dá margem a muitos questionamentos jurídicos, tendo como uma das principais causas o fato de que nem sempre a Administração Pública dispõe da infraestrutura exigível para a aplicação da lei ao caso concreto. Utilizando-se do método hipotético-dedutivo, o presente trabalho, de caráter exploratório-descritivo, realizado a partir da análise da legislação, doutrina e jurisprudência pertinentes, teve por objeto, em razão da sua relevância e atualidade, proporcionar algumas reflexões acerca dos princípios da realidade e da praticidade para a determinação da base concreta do ITBI. Nesse breve percurso, preocupou-se em demonstrar que o atual posicionamento do STJ, no sentido de que o valor da transmissão declarado pelo contribuinte goza da presunção de veracidade, passível de ser afastada pelo fisco somente se esse valor se mostrar, de pronto, incompatível com a realidade, está conforme o Direito brasileiro, sobretudo pela coerência de seus fundamentos, respaldados em sólido embasamento científico, de longa data sustentados no ambiente acadêmico.

PALAVRAS-CHAVE: Sujeito de direitos. "Bis in idem". Valor venal. Reforma tributária.

ABSTRACT

Determining the tax base for ITBI (Property Transfer Tax), like that of most taxes, gives rise to many legal questions, one of the main causes being that the Public Administration does not always have the necessary infrastructure to apply the law to the specific case. Using the hypothetical-deductive method, this exploratory-descriptive study, based on the analysis of relevant legislation, doctrine, and jurisprudence, aimed, due to its relevance and timeliness, to provide some reflections on the principles of reality and practicality for determining the concrete basis of the ITBI (Tax on the Onerous Transfer of Real Estate). In this brief overview, the aim was to demonstrate that the current position of the Superior Court of Justice (STJ), to the effect that the value of the transfer declared by the taxpayer enjoys a presumption of veracity, which can only be overturned by the tax authorities if this value is immediately shown to be incompatible with reality, is in accordance with Brazilian law, especially due to the coherence of its foundations, supported by solid scientific basis, long sustained in the academic environment.

KEYWORDS: *Subject of rights. "Bis in idem". Market value. Tax reform.*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2. Bases de cálculo do IPTU e do ITBI – Distinção. 3 deveres de investigação do fisco e de colaboração do particular. 3.1 Lançamento do ITBI e obrigações acessórias. 4. Substituição dos meios de prova por presunções legais –

* Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professora Titular da disciplina de Direito Tributário e Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD Mestrado) da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC). *E-mail*:.profvaleriafurlan@gmail.com
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-6072-8958

Precedentes do STJ. 4.1 Valores de referência e vinculação da base de cálculo do ITBI à do IPTU. 4.2 Arbitramento da base de cálculo do ITBI. 6. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Munícipio e o Distrito Federal, com amparo na Constituição Federal de 1988 (CF/88),[1] podem instituir o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) e o Imposto sobre Transmissão onerosa de Imóveis, (ITBI). O Código Tributário Nacional, (CTN/66),[2] de seu turno, estabelece que o "valor venal do imóvel" e o "valor venal dos bens ou direitos transmitidos" como bases de cálculo, respectivamente, do IPTU e do ITBI.

Todavia, ainda não há consenso quanto à acepção de "valor venal dos bens ou direitos transmitidos", até mesmo entre os Municípios, quando do exercício da competência tributária para instituir e arrecadar o ITBI.

Entre o fisco e o contribuinte, essa divergência se acirra no momento da aplicação da legislação tributária ao caso concreto. As autoridades administrativas, de um lado, tendem a rechaçar o valor da transação do imóvel declarado pelo contribuinte e, sob a alegação de que não merece fé, estabelecem – às vezes, mediante prévia adoção de um valor de referência -, valor diverso do declarado pelo contribuinte, para o cálculo do referido imposto.

A esse respeito, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP),[3] ao apreciar o Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva n. 2.243.516-62.2017.8.26.0000 (IRDR n. 2.243.516-62.2017.8.26.0000), Tema 19, proferiu decisão favorável à Municipalidade, facultando-lhe o cálculo do ITBI sobre o (i) valor do negócio jurídico realizado, "declarado pelo contribuinte", ou sobre o (ii) "valor venal do imóvel para fins de IPTU", prevalecendo, entre ambos, "aquele que for maior", desconsiderando-se, para tanto, o "valor de referência" eventualmente previsto na legislação municipal como base de cálculo presumida do referido imposto.

Diga-se de passagem, pois esse não é o ponto central desse breve estudo, que há um projeto de lei nesse sentido, em vias de receber sanção presidencial. Trata-se do PLP 108, de 2024,[4] da atual Reforma Tributária que, com o intuito de modernizar e simplificar a cobrança do ITBI, propõe que sua base de cálculo seja o valor de mercado ou o valor declarado pelo contribuinte, desde que o maior prevaleça. A pretexto de promover a segurança jurídica e combater a corrupção, também autoriza o Município a adotar tabelas com valores de referência. O caminho proposto pelo PLP 108, vale gizar, não contribui para pacificar,

1 BRASIL, 1988, n.p.
2 BRASIL, 1966, n.p.
3 SÃO PAULO, 2019, n.p.
4 BRASIL, 2024, n.p.

à luz da vigente Carta Fundamental, o problema referente à apuração da base concreta do ITBI, acima referido.

Feita essa ressalva, no julgamento do Recurso Especial n. 1.937.821, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça[5] (STJ), ancorada em tradicionais lições de respeitável envergadura científica, reconheceu que a base de cálculo do ITBI – qual seja o valor do imóvel transmitido em condições normais de mercado - não se vincula à base de cálculo do IPTU e que, ademais, goza de presunção de veracidade o valor declarado pelo contribuinte para o cálculo do ITBI, nos termos da respectiva legislação tributária.

O Supremo Tribunal Federal[6] (STF), na sequência, negou provimento ao Recurso Extraordinário n. 1.412.419 e julgou prejudicado os requerimentos de *amicus curiae*. A despeito do referido posicionamento do STJ encontrar amparo na interpretação sistemática da Lei Maior, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar n. 85, de 2023[7], com o escopo de acrescentar ao CTN/66, disciplina específica para a apuração da base de cálculo concreto do IPTU, do ITBI e do IPVA, dentre as quais propõe que a base de cálculo do ITBI seja o valor de mercado (justo) e não o valor venal.

A propósito, convém salientar, em face da rigidez da repartição competência impositiva, bem como por respeito ao princípio constitucional da legalidade isonômica, a base de cálculo do ITBI há de ser equivalente ao preço negociado pelas partes, em condições normais de mercado, para concluir a transação imobiliária. Exige-se, ainda, as melhores técnicas e métodos para a apuração ou revisão, caso a caso, da base econômica tributável, considerando-se as possíveis oscilações do valor de mercado do imóvel ao longo do exercício financeiro.

Para a implementação da tão propalada justiça fiscal, cumpre considerar, de um lado, os princípios da capacidade contribuitiva e da realidade, onde tem amparo os deveres de investigação da verdade real do fisco e de colaboração do particular, e, de outro, os princípios da praticidade, simplicidade, transparência e economicidade que supostamente respaldam a tributação presumida.

Acrescente-se que a "interpretação sistêmica da Carta Magna", levada a cabo com o auxílio da doutrina e da jurisprudência, expõe as bases da Democracia Republicana brasileira e, desse modo, contribui para a boa aplicação do Direito sem a necessidade de constante intervenção do Congresso Nacional para resolver o problema da determinação da base de cálculo do ITBI e de tantas outras questões que se avolumam no Judiciário.

Partindo dessas premissas, o presente estudo visa a proporcionar algumas reflexões acerca dos princípios da realidade e da praticidade para a determinação da base concreta do ITBI e, de mais a mais, demonstrar que a Ciência

5 BRASIL, 2022, n.p.

6 BRASIL, 2024, n.p.

7 BRASIL, 2023, n.p.

do Direito lapida a chave que abre as portas do Arcabouço Tributário infraconstitucional brasileiro à tão almejada Justiça fiscal.

Para o desenvolvimento deste estudo, observar-se-á o método hipotético-dedutivo, de caráter exploratório-descritivo, a partir da análise da legislação, doutrina e jurisprudência pertinentes. No tocante a sua estrutura e formatação, as diretrizes recomentadas pela Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais.

2. BASES DE CÁLCULO DO IPTU E DO ITBI – DISTINÇÃO

A vigente Constituição brasileira veda o "bis in idem" e a bitributação, razão pela qual os tributos não podem ter a mesma base de cálculo. Diante disso, convém apresentar, em linhas gerais, três grandes categorias de fatos geradores dos impostos – renda, serviços e propriedade -, das quais se pode discernir as respectivas bases de cálculo, cujo valor econômico têm a aptidão de expressar, objetivamente, a capacidade contribuitiva do virtual contribuinte.

O IPTU e o ITBI, a propósito, são impostos municipais distintos sob diversos aspectos jurídicos, apesar de, entre ambos, convergir algumas semelhanças. Veja-se.

Seus fatos geradores referem-se a bens imóveis. O primeiro, cinge-se à "existência" de propriedade de prédio ou terreno urbanos. O segundo, à "transferência" onerosa de bens e direitos reais sobre imóveis. Em quaisquer dos casos, o valor de mercado do imóvel expressa, objetivamente, a capacidade contributiva de quem o possui – na qualidade de proprietário, titular do domínio útil, ou possuidor *ad usucapionem* - como também a daquele que realiza negócio jurídico, tendo por objeto, a referida transmissão.

Sendo distintos seus fatos geradores, distintas devem ser suas bases de cálculo, sob pena de configurar bitributação inconstitucional.

No caso do IPTU, a materialidade de sua hipótese de incidência consiste na condição de alguém ser "proprietário" de imóvel urbano, razão pela qual sua base de cálculo cinge-se ao preço que se poderia atribuir ao respectivo bem, em condições normais de mercado, numa determinada data. Em invulgar sintonia, os Municípios optam pelo dia 1º de janeiro.

Tratando-se do ITBI, a materialidade da hipótese de incidência consiste na "transmissão" de bem imóvel ou direitos a ele relativos. Sua base de cálculo, em tese, refere-se ao preço que, em conformidade com a "lei da oferta e da procura", as partes convencionarem para firmar a referida transação imobiliária.

Dito de outro modo, a base de cálculo constitucionalmente possível do ITBI, em atenção aos princípios da capacidade contributiva e da reserva de competência impositiva, há de ser o "preço" pactuado para a respectiva transmissão imobiliária, pressupondo-se, para tanto, que o valor de mercado do bem ou direito transmitido seja levado em consideração pelos contraentes.

O "valor venal" ou "valor de mercado", a propósito, referem-se ao valor de venda em condições normais de mercado. Tomando por base esse "preço padrão", as partes convencionam um "valor justo", ou seja, individualizado conforme as peculiaridades do imóvel e outras circunstâncias especificas que se façam presentes. Ao fisco, de acordo com a verdade material aferida no caso concreto, caberá realizar a cobrança do ITBI.

Nesse diapasão, assim se pronunciou a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça,[8] por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 1.937.821/SP, *verbis*:

> 2. **Os arts. 35 e 38 do CTN** dispõem, respectivamente, que o **fato gerador do ITBI** é a **transmissão** da propriedade ou de direitos reais imobiliários ou a cessão de direitos relativos a tais transmissões e que a **base de cálculo** do tributo é o "valor venal dos bens ou direitos **transmitidos**", que **corresponde** ao **valor considerado para as negociações de imóveis em condições normais de mercado**. (g.n.)

Em atenção ao objeto deste trabalho, cumpre ainda acrescentar que o valor de mercado do imóvel, para apuração da base de cálculo do IPTU e do ITBI sem incorrer em "bis in idem", deve referir-se ao momento da respectiva ocorrência do fato gerador.

Para ilustrar, na hipótese de o fato gerador do IPTU ocorrer no dia 1º de janeiro, sua base de cálculo corresponderá ao valor de mercado na referida data, ainda que a aferição desse valor ocorra em momento distinto.

No caso do ITBI, cujo fato gerador é a "transmissão" onerosa do imóvel, sua base de cálculo corresponderá ao valor de mercado na data do respectivo registro imobiliário, ainda que a aferição ou revisão desse valor ocorra noutra ocasião.

Vale notar, portanto, que a apuração da base de cálculo concreta do ITBI, como a de qualquer outro tributo, é tarefa hercúlea reservada ao respectivo credor, ou seja, à Administração Tributária, a quem compete, privativamente, arrecadar e fiscalizar tributos.

3. DEVERES DE INVESTIGAÇÃO DO FISCO E DE COLABORAÇÃO DO PARTICULAR

A ação estatal de tributar vulnera valores fundamentais, a começar pela liberdade e propriedade, razão pela qual, sob a vigência da Constituição Cidadã de 1988,[9] a tributação somente poderá ser exercida a partir da rigorosa observância dos direitos e garantias dos contribuintes.

Frise-se, consagrados como cláusulas de pedra (art. 60, §4º, IV), esses direitos e garantias individuais hão de ser respeitados mesmo que esteja em jogo a consecução de louváveis ideais progressistas, pois, do contrário, o Estado teria

8 BRASIL, 2022, n.p.

9 BRASIL, 1988, p.n.

total liberdade para extorquir quem lhe convier, à moda medieval, sendo mera falácia o disposto na Lei Maior quanto aos "limites" do "poder" de tributar (art. 150), assim como não passaria de maliciosa ficção a democracia republicana, de igual modo, enunciada (art. 1º).

Dentre os direitos fundamentais do contribuinte, merecem especial destaque os princípios do não confisco e da liberdade econômica (art. 150, IV c/c art. 170), haja vista a voracidade do Estado, como maior consumidor de riqueza, para tributar.

Como desdobramento desses princípios, exige-se lei específica para definir o fator gerador e os elementos identificadores da obrigação tributária, em plena consonância com a norma padrão de incidência que se infere da Lei Maior.

À autoridade administrativa, de seu turno, incumbe agir com total imparcialidade no cumprimento do seu mister de investigar a verdade real, com vistas a aplicar a lei ao caso concreto, assegurando-se de que seja dado tratamento igualitário a todos os contribuintes.

Nesses termos, a busca da verdade real, observando-se a devida equidistância das partes, consubstancia o escorreito exercício da função pública reservada ao Poder Executivo, enquanto credor do crédito tributário.

Saliente-se que a constatação da ocorrência do fato gerador assim como a apuração do valor dos bens passíveis de tributação, pertencem ao mundo dos fatos, cuja existência e produção de efeitos jurídicos somente poderão ser reconhecidos no mundo jurídico, após a atuação da autoridade administrativa competente, na forma da legislação tributária.

Não se deve confundir, nesse contexto, a "função pública" (art. 142, CTN/66) de investigar a verdade real – em atenção aos reclamos da justiça tributária -, com o tradicional dever do particular de "colaborar" com o fisco, mediante o cumprimento de prestações positivas ou negativas no interesse da arrecadação e fiscalização de tributos (art. 113, §2º, CTN/66). São atribuições jurídicas completamente distintas.

Em atenção ao que foi dito, a base de cálculo constitucionalmente possível do ITBI (valor venal do bem transmitido) precisa estar definida em lei ordinária municipal, para que, diante da ocorrência do fato gerador, no mundo fenomênico, a Administração Tributária possa exigir do contribuinte, sujeito de direitos, o respectivo crédito tributário.

De seu turno, a "avaliação" de bens e serviços, no mundo fenomênico, é atividade essencialmente administrativa, de modo que não pode nem deve ser concretizada pelo legislador.

Nesse patamar, o dever de colaboração atribuído ao contribuinte ou terceiros, acima mencionado, relaciona-se aos meios de prova – cite-se, como exemplo, o dever de apresentar à autoridade administrativa, na forma da legis-

lação tributária, declarações e esclarecimentos sobre matéria de fato indispensáveis à constituição do crédito tributário (art. 147, CTN/66).

Note-se que, por força do princípio da boa-fé, presumir-se-ão válidas as declarações e demais informações prestadas pelo particular, assim como, em plena conformidade com o ordenamento jurídico, sua atuação no cumprimento da legislação tributária. Trata-se de presunção relativa, podendo ser ilidida por prova inequívoca, a cargo da autoridade administrativa, a quem cabe constituir o crédito tributário.

Registre-se, por oportuno, que o "princípio da cooperação", desde a edição da Emenda Constitucional n. 132, de 20.12.2024 (EC 132/23),[10] consta expressamente no texto da Lei Maior (art. 145, § 3º), com o objetivo de aclarar a necessidade de que o Arcabouço Tributário Infraconstitucional seja menos coercitivo e mais colaborativo e, por via de consequência, mais condizente com a responsabilidade social oriunda da liberdade de consciência que consubstancia, de fato, a verdadeira democracia.

Respeitando-se os direitos fundamentais que justificam a concepção do Estado Democrático de Direito, cujos valores norteiam a realização de finalidades públicas ou de interesse público, o Sistema Tributário que se infere da Constituição brasileira não será obstáculo para o desenvolvimento de uma economia colaborativa e conciliatória dos interesses públicos e privados.

3.1 LANÇAMENTO DO ITBI E OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Com esteio na autonomia política dos entes tributantes, a definição legal do tipo de lançamento a ser observado para a formalização do crédito tributário advém do exercício da competência tributária, levando-se em conta, especialmente, a natureza específica do tributo, a materialidade do seu fato gerador e dos seus efeitos.

Para os estritos fins deste trabalho, interessa, nesse passo, apresentar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça com vistas a acrescentar algumas considerações acerca da relação entre as obrigações tributárias e o dever da autoridade administrativa de constituir o crédito tributário referente ao ITBI.

O entendimento da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, expresso no Recurso Especial n. 1.937.821/SP, é no sentido de que, embora o CTN/66 estabeleça como base de cálculo do IPTU e do ITBI o "valor venal" do bem ou direito transmitido, "[...]**a apuração desse elemento quantitativo faz-se de formas diversas**, notadamente em razão da **distinção** existente entre os fatos geradores e a modalidade de lançamento desses impostos"[11] (g.n.).

10 BRASIL, 2023, n.p.

11 BRASIL, 2022, n.p.

Reitere-se que, como regra, o IPTU está sujeito ao lançamento de ofício; já o ITBI, tende a ser por declaração ou por homologação, conforme dispuser o ente competente para tributar, uma vez que a formalização do respectivo crédito levará em conta o preço que fora convencionado pelas partes, tendo como parâmetro inicial o valor de mercado do imóvel no momento da respectiva transação imobiliária.

A esse respeito, no julgamento do Recurso Especial n. 1.937.821/SP, o Superior Tribunal de Justiça[12] reconheceu a pertinência, para a arrecadação de ITBI, do lançamento por declaração ou por homologação, haja vista as diversas variáveis que, no mundo dos fatos, em tese, podem influenciar a determinação desse valor. Transcreva-se:

> 5. Os **lançamentos por declaração ou por homologação** se justificam pelas várias circunstâncias que podem interferir no **específico valor de mercado** de cada imóvel transacionado, circunstâncias cujo conhecimento integral **somente os negociantes têm** ou deveriam ter para melhor avaliar o real valor do bem quando da realização do negócio, sendo essa a principal razão **da impossibilidade prática** da realização do **lançamento originário de ofício**, ainda que autorizado pelo legislador local, pois o fisco não tem como possuir, previamente, o conhecimento de todas as variáveis determinantes para a composição do valor do imóvel transmitido. (g.n.)

No entanto, como bem observa Melo[13], na hipótese de ser apontada alguma irregularidade nas informações prestadas pelo sujeito passivo, reacende-se, na maioria das vezes, a tradicional polêmica quanto à necessidade de lançamento de ofício para a constituição do respectivo crédito tributário. São suas as palavras:

> Na hipótese de ocorrerem **eventuais erros pelo sujeito passivo** da obrigação tributária, **apurados posteriormente** pelo ente tributante competente, restará configurado o **descumprimento da obrigação tributária**, podendo ensejar exigência fazendária (**lançamento de ofício**).
>
> Nesse sentido, são **inúmeras as discussões** acerca da **modalidade de lançamento por homologação**, especialmente em torno da necessidade de que o crédito tributário deva (ou não) ser formalmente constituído pelo servidor público, em razão da **imprescindibilidade** da prática do **ato administrativo do lançamento**, em razão de compreender atividade administrativa vinculada e obrigatória, inclusive **sob pena de responsabilidade funcional**. (g.n.)

Diante disso, convém reavivar lições doutrinárias acerca da distinção entre lançamento por homologação (autolançamento), por declaração (misto) e o lançamento de ofício, propriamente dito.

A rigor, o lançamento por declaração (misto) refere-se ao lançamento de ofício realizado pela autoridade administrativa após o sujeito passivo ter

12 BRASIL, 2022, n.p.

13 MELO, 2018, p. 89.

cumprimento suas obrigações acessórias, em especial, no caso do ITBI, a que se refere ao dever de informar o preço que fora acordado para a transferência de titularidade do imóvel. Nessa linha, merece registro a síntese efetuada por Giusti[14], *verbis*:

> Na modalidade **por declaração**, o lançamento **difere da de ofício** na medida em que nesta não existe a prévia prestação de informações, enquanto naquela as informações a serem prestadas pelo contribuinte são imprescindíveis. Em outras palavras, o **lançamento por declaração envolve quatro fases distintas**, quais sejam, a prestação de informações, o lançamento, a notificação e o pagamento, enquanto o **lançamento de ofício envolve apenas três** delas, isto é, o lançamento, a notificação e o pagamento.
>
> (...).
>
> Vale lembrar, quanto a esse aspecto, que **a atividade de lançamento é privativa da autoridade administrativa** que, para tanto, deve ter competência para efetivá-lo, não podendo, assim, qualquer pessoa promovê-la, e muito menos o contribuinte. (g.n.)

Por outro lado, o impropriamente denominado lançamento por homologação, vale notar, não tem por objeto a constituição do crédito tributário, mas tão-somente o reconhecimento de sua extinção em face de pagamento efetuado pelo sujeito passivo, na forma da legislação tributária.

Deveras, o lançamento por homologação pressupõe a realização do pagamento antecipado do tributo pelo sujeito passivo, independentemente de prévio exame da autoridade administrativa, a quem caberá apenas homologar, se entender devido, o pagamento assim efetuado.

Não há, portanto, em face de pagamento antecipado, a prévia constituição do crédito pela autoridade administrativa, mediante o lançamento tributário, propriamente dito. Tanto é vero que, na hipótese de não ter sido realizado o referido pagamento, assim como na de ter sido efetuado pagamento menor que o supostamente devido, caberá à autoridade administrativa providenciar a constituição do respectivo crédito (art. 142 c/c art. 173, CTN/66).

Como corolário dessas lições, caso o ITBI esteja sujeito a "lançamento por homologação", caberá ao sujeito passivo cumprir o dever de efetuar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, nos termos estabelecidos pela legislação tributária. Verificado o regular pagamento, a extinção do crédito dependerá de homologação, expressa, eventualmente tácita, conforme disposto no CTN/66 (art. 150, §4º c/c art. 156, inc. VII).

Outrossim, na hipótese de o ITBI estar sujeito a "lançamento por declaração", o contribuinte deverá declarar o preço da transação imobiliária, na forma estabelecida pela legislação tributária, para que a autoridade administrativa possa constituir o respectivo crédito. Do regular pagamento do imposto pelo

14 JESUS, 2004, p. 117 e 120.

contribuinte, após ter sido devidamente notificado do montante devido, decorre sua extinção (art. 156, I, CTN/66).

Acrescente-se ainda que, diante do progresso tecnológico, os Municípios podem viabilizar ao contribuinte declarar, pela via digital, a ocorrência da transação relativa a imóvel urbano para obter, também pela *internet*, a guia de recolhimento do ITBI, com o cálculo do montante que deverá ser pago por ocasião do registro público.

Ter-se-á, nesses casos, ainda que de forma presumivelmente mais célere, a caracterização do lançamento por declaração, pois a constituição do respectivo crédito tributário está condicionada ao prévio conhecimento das informações prestadas pelo sujeito passivo ou terceiros, sem as quais a autoridade administrativa sequer teria ciência da ocorrência do fato gerador.

Demais disso, cumpre ressaltar que a legislação infraconstitucional é propensa a prescrever que o pagamento do ITBI seja efetuado antes do registro público da respectiva transação imobiliária que constitui seu fato gerador.

Desse modo, além da atribuição de auxiliar o fisco na constituição do crédito tributário por meio do cumprimento de obrigações tributárias acessórias, a legislação municipal, como regra, atribui ao sujeito passivo o dever de comprovar o recolhimento tempestivo do ITBI para que, só então, a transmissão do imóvel possa ser efetivada, mediante registro público.

Observe-se, que encontra amparo no vigente Sistema Constitucional Tributário, a esse respeito, o julgado da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, referente ao AgInt no AREsp n. 2608833/SP, tendo o min. Herman Benjamin como relator, segundo o qual o "(...) **fato gerador do ITBI**, ele está **vinculado** à existência de **registro da transferência** no **Cartório Imobiliário** competente, sendo **exigível somente** a partir da transferência da propriedade imobiliária que aí se opera, **a despeito da legislação municipal tratar de forma diversa**"[15] (g. n.).

Aliás, a Suprema Corte, ao julgar o ARE 1.294.969, Tema 1.124, em 11.2.2021, fixara a tese de que: "O fato gerador do imposto sobre transmissão *inter vivos* de bens imóveis (ITBI) somente ocorre com a efetiva transferência da propriedade imobiliária, que se dá mediante o registro".[16]

A propósito, o referido PLP 108, de 2024, da atual Reforma Tributária, também propõe que os municípios possam instituir a cobrança antecipada do ITBI no momento da assinatura da escritura pública ou documento equivalente, e não apenas no registro da propriedade no cartório de imóveis. Na contramão, pois, do majoritário entendimento doutrinário e jurisprudencial, o referido projeto de lei.

15 BRASIL, 2024, n.p.

16 BRASIL, 2021, n.p.

Retomando a linha de raciocínio, o titular de créditos tributários, diga-se *an passant*, goza de tratamento especial, nos termos da legislação tributária. Socorrendo-se das famigeradas obrigações tributárias (art. 113, §2º, CTN/66), p. ex., a autoridade administrativa poderá exigir, do sujeito passivo ou de terceiros, o auxílio que se fizer necessário para cumprir seus deveres de arrecadar e fiscalizar tributos, desde que não exceda os lindes do Direito.

Para ilustrar a proteção legal concedida ao credor tributário, cite-se ainda a norma geral veiculada pelo CTN/66 (art. 134, VI), acerca da responsabilidade dos serventuários pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles ou perante eles, em razão do seu ofício.

Note-se que essa modalidade responsabilidade tributária pressupõe o descumprimento do dever de cooperação entre os entes tributantes para maior "eficiência" na arrecadação de tributos.

Respondem pelo respectivo crédito tributário, por exemplo, os notários e oficiais de registro, na hipótese de descumprimento de seus deveres de fiscalizar o recolhimento dos impostos incidentes sobre os atos que devem praticar, conforme disposto na Lei dos Registros[17] (Lei 6.015/1973, art. 30, inc. XI).

Para não exceder aos propósitos deste trabalho, convém ressaltar a necessidade de, num próximo estudo, abordar, como objeto central, os limites constitucionais a esse dever de cooperação do particular, a quem sempre se impõe o custo de arcar com o cumprimento de inúmeras obrigações tributárias para que a Administração Pública possa, com mais êxito, aplicar a lei ao caso concreto.

4. SUBSTITUIÇÃO DOS MEIOS DE PROVA POR PRESUNÇÕES LEGAIS – PRECEDENTE DO STJ

É notória a crescente tendência[18] dos exercentes do Poder Público de substituir meios de provas por bases de cálculo presumidas com o escopo de simplificar, tornar menos onerosa e mais transparente a exigência de tributos. Para a fixação da base de cálculo concreta do IPTU, por exemplo, recorre-se à Planta Genérica de Valores (PGV) – vinculando-se, ademais, a base de cálculo concreta do ITBI à do IPTU -, como técnica simplificadora da execução da norma tributária.

Dentre outras vantagens para o fisco, almeja-se, por essa via, amenizar os custos de uma investigação exaustiva do valor ou preço dos bens que devem ser considerados na apuração da base das respectivas bases de cálculo, dispensando-se, assim, a busca de provas difíceis ou, até mesmo, impossíveis de serem aferidas em cada caso concreto.

17 BRASIL, 1973, n.p.

18 MANEIRA, 2004.

De conseguinte, cumpre indagar *ab initio* se as plantas ou tabelas de "valores genéricos" de referência para o cálculo desses impostos, ora estabelecidas por lei, ora unilateralmente pelo Poder Executivo, teriam o condão de proporcionar mais simplicidade, transparência, racionalidade e eficiência na atuação estatal de tributar.

A resposta, em atenção aos princípios da tripartição do poder e da justiça tributária, é negativa. De mais a mais, por desconsiderar a realidade econômica do caso concreto. Deveras, como já restou mencionado, a avaliação, por sua natureza, é atividade essencialmente administrativa a ser exercida com a devida imparcialidade pela autoridade competente para investigar a verdade real. O valor imobiliário, como bem ressalta Geraldo Ataliba[19], pertence ao mundo dos fatos, de modo que "[...]só tem efeitos jurídicos em casos concretos, após o lançamento, procedido pela autoridade fiscal competente.".

Como corolário disso, a adoção do "princípio da praticidade" (ou praticalidade) implica a questionável substituição do princípio da verdade material pelo princípio da "maior verossimilhança" ou da "verdade material aproximada".

Misabel Derzi[20], a esse respeito, observa que a "praticalidade" enseja a uniformidade geral que, em tese, se opõe à justiça no caso ou à igualdade individual, razão pela qual, "[...]onde prevalece a busca da justiça material singular, a praticalidade fica restrita ao parcimonioso uso que dela faça o legislador.". Quanto à adoção de valores de referência para a fixação da base de cálculo presumida de determinados impostos, acrescenta:

> Teoricamente, tomando-se os **valores genéricos** constantes das **plantas e os dados cadastrais** relativos a cada imóvel em particular, poder-se-ia proceder a uma **avaliação individualizante como requer a lei**. Não obstante, por diversas razões, a **realidade não se encontra registrada** no cadastro ou os dados ali constantes são insuficientes, **como regra geral**, deixando de refletir as **diferenças individuais relevantes** que deveriam ser consideradas na apuração do valor venal do imóvel do contribuinte.[21] (g.n.)

O Superior Tribunal de Justiça, vale gizar, pronunciou-se favoravelmente acerca da possibilidade de se adotar um parâmetro médio para a fixação da base de cálculo do ITBI, sem que isso inviabilize a consideração, num segundo momento, de outras circunstâncias igualmente relevantes para a avaliação minuciosa do imóvel, assim como para desvendar o preço da respectiva transação imobiliária. Transcreva-se excerto da ementa do julgamento proferido no Recurso Especial n. 1.937.821/SP, *verbis*:

19 ATALIBA, 1979, p. 44.

20 DERZI, 2007, p. 142.

21 DERZI, 2007, p. 349-350.

> 3. A possibilidade de **dimensionar o valor dos imóveis no mercado**, segundo **critérios**, por exemplo, de localização e tamanho (metragem), **não impede que a avaliação de mercado específica** de cada imóvel transacionado **oscile dentro do parâmetro médio**, a **depender**, por exemplo, da existência de **outras circunstâncias igualmente relevantes e legítimas** para a determinação do **real valor** da coisa, como a existência de **benfeitorias**, o estado de conservação e os **interesses pessoais** do vendedor e do comprador no ajuste do preço.[22] (g.n.)

Nessa linha, é juridicamente defensável o recurso aos valores de referência, desde que sua adoção não implique a dispensa do dever de investigar a verdade real diante das peculiaridades que cada caso apresenta, no mundo fenomênico.

Demais disso, as técnicas e métodos de avaliação previstos em Tabelas de referência hão de estar devidamente atualizados, tornando-se necessária sua publicação periódica, por meio de simples decreto regulamentar. Assegurar-se-á, desse modo, maior simplicidade, transparência e racionalidade ao sistema arrecadatório, em prestígio da justiça tributária e da correlata segurança jurídica.

Saliente-se que, na hipótese de o ITBI estar sujeito ao lançamento por homologação, caberá à autoridade administrativa verificar se a base de cálculo utilizada pelo contribuinte está dentro do parâmetro da Tabela de Valores de referência, para fins de reconhecimento da regularidade pagamento antecipado e, subsequente homologação (art. 150, §4º, c/c cap. IV, art. 156, inc. VII, CTN/66). Caso contrário, é dizer, diante de considerável discrepância entre os referidos valores, deverá investigar a verdade material, com vistas a constituição e cobrança do respectivo crédito, de ofício.

Na hipótese de o ITBI estar sujeito a lançamento por declaração, caberá à autoridade administrativa verificar se o valor declarado pelo contribuinte, como base de cálculo do imposto, está dentro do parâmetro da Tabela de Valores de referência –, presumindo-se válida a referida declaração, ou se, em cotejo com as peculiaridades constantes no cadastro imobiliário, p. ex., ainda se faz necessário realizar novas diligências para apurar a verdade material, com vistas à constituição e cobrança do respectivo crédito.

À parte isso, pautas e tabelas de valores que não se limitam a fixar critérios técnicos e operacionais inerentes ao procedimento de avaliação, propriamente dito – quando não implicitamente vedadas pela Lei Maior –, somente poderão ser estabelecidas, no tocante ao respectivo tributo, por meio de lei específica do ente tributante.

Em remate, não tem amparo no Estado Republicano brasileiro ficções ou presunções absolutas que beneficiam a arrecadação tributária em detrimento dos direitos fundamentais do contribuinte.

22 BRASIL, 2022, n.p.

4.1 VALORES DE REFERÊNCIA E VINCULAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ITBI À DO IPTU

A base de cálculo presumida do IPTU, que se infere, *v.g*, da PGV, costuma ser adotada, por razões de praticidade, para o cálculo do ITBI que se supõe devido.

Diante disso, convém agora apresentar alguns precedentes jurisprudenciais quanto à possibilidade de se adotar a base de cálculo do IPTU para o cálculo do ITBI, em substituição ao dever da Municipalidade de proceder à busca da verdade material diante de cada caso concreto.

Submetida a apreciação dessa questão ao Poder Judiciário, o TJ/SP[23], no julgamento do IRDR n. 2.243.516-62.2017.8.26.0000, Tema 19, fixou a tese abaixo exposta, *verbis*:

> INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – ITBI – BASE DE CÁLCULO - Deve ser calculado sobre o **valor do negócio jurídico** realizado **ou** sobre o **valor venal do imóvel para fins de IPTU**, aquele que for **maior**, afastando o "valor de referência" - Ilegalidade da apuração do valor venal previsto em desacordo com o CTN - Ofensa ao princípio da legalidade tributária, artigo 150, inciso I da CF. Precedentes IRDR PROVIDO PARA FIXAR A TESE JURÍDICA DA BASE DE CÁLCULO DO ITBI, DEVENDO CORRESPONDER AO VALOR VENAL DO IMÓVEL OU AO VALOR DA TRANSAÇÃO, **PREVALECENDO O QUE FOR MAIOR**.[24] (g.n.)

Depreende-se da referida ementa resposta afirmativa a essa indagação, pois a base de cálculo presumida do ITBI poderá ser tanto o valor presumido pela Municipalidade, para fins de IPTU, como também o preço declarado pelo contribuinte, exigindo-se apenas que a escolha recaia sobre o de maior.

O Superior Tribunal de Justiça[25], todavia, ao analisar o Recurso Especial n. 1.937.821/SP, posicionou-se no sentido de que a base de cálculo do ITBI não se vincula à do IPTU e, além disso, decidiu que o "[...]Município **não pode arbitrar previamente** a base de cálculo do ITBI com respaldo em **valor de referência por ele estabelecido unilateralmente**" (g.n.).

Nesses termos, firmou - para o fim previsto no art. 1.039, do Código de Processo Civil de 2015, CPC/2015 -, a tese de que a "(...)base de cálculo do ITBI é o valor do imóvel transmitido em condições normais de mercado, **não estando vinculada à base de cálculo do IPTU**, que **nem sequer** pode ser utilizada **como piso de tributação;**" (g.n.).

A despeito disso, está sob a apreciação da Câmara dos Deputados o Projeto de Lei Complementar n. 85, de 2023,[26] tendo por objeto a ampliação do

23 Para um maior detalhamento da jurisprudência citada, v. SOUZA, 2024, p. 207-227.

24 BRASIL, 2019, n.p.

25 BRASIL, 2022, n.p.

26 BRASIL, 2023, n.p.

disposto no art. 33, do CTN/66, quanto à base de cálculo do ITBI, assim como do IPTU e do IPVA. Caso seja aprovado, novos limites legais deverão ser observados para a estimativa da sua base de cálculo concreta, *verbis*:

> Art. 33. A base do cálculo do imposto é, **no máximo**, o valor de mercado do imóvel cujo imposto recai.
>
> (...)§3º Poderão ser utilizados dados dos **registros de imóveis ou valor venal** como base de cálculo de forma a **agilizar a avaliação** pelo ente público, caso em que a base de cálculo **não poderá ultrapassar 75% do valor encontrado**, e **em nenhuma hipótese** esse valor pode **ultrapassar** o valor de mercado". (g.n.)

De nossa parte, como já restou mencionado, não encontra respaldo na nossa Carta Republicana qualquer interpretação que prestigie a cobrança do imposto imobiliário, em dissonância com o sentido, conteúdo e alcance dos conceitos jurídicos implicitamente consagrados pela Carta Magna de 1988.

Nesses termos, carecem de constitucionalidade e legalidade, respectivamente, as disposições legais e infralegais que priorizam agilizar a arrecadação ou tornar menos onerosa avaliação dos bens e direitos que são objeto de tributação, às custas do amesquinhamento dos direitos fundamentais do contribuinte.

Propugna-se, ademais, que cabe ao Poder Executivo determinar a base de cálculo concreta do ITBI, a partir da apuração do valor de mercado do imóvel transmitido, mais precisamente, considerando o valor desse bem no momento da ocorrência do respectivo fator gerador, o qual, diga-se de passagem, nem sempre coincidirá o do fato gerador do IPTU.

Faculta-se, para tanto, a adoção de PGVs, deveras úteis para o fim proposto, desde que, conforme já assinalado, não implique a dispensa do dever de investigação da verdade real diante das peculiaridades do imóvel que certamente foram consideradas pela parte para acordar o preço, com vistas a efetuar a respectiva transação imobiliária.

4.2 ARBITRAMENTO DA BASE DE CÁLCULO DO ITBI

O lançamento tributário é ato administrativo que, mediante a aplicação da lei ao caso concreto, torna exigível o crédito tributário. Pressupõe, pois, prévia interpretação do texto de lei e a correlata avaliação da renda, bens ou serviços tributados. Para o cumprimento dessa função pública, reserva-se à autoridade administrativa o dever legal de investigar e colher provas suficientes para alcançar a verdade material.

Por outro lado, atribui-se ao contribuinte e a terceiros o dever de colaborar com o fisco, mediante o cumprimento das denominadas obrigações tributárias acessórias, sob pena de incorrer nas respectivas sanções fiscais.

Adotando-se Tabela de Valores de Referência para fixar a base de cálculo presumida de determinados tributos, ainda assim, o contribuinte e terceiros não estarão dispensados do cumprimento de eventuais obrigações acessórias previstas no interesse da fiscalização e arrecadação de tributos.

As declarações prestadas pelo contribuinte gozam de presunção relativa de legitimidade e veracidade, em respeito ao princípio da boa-fé. À autoridade administrativa – frise-se, aquela que dispõe de competência privativa para constituir o crédito tributário (art. 142, CTN/66) – caberá, sendo o caso, desfazer a presunção de legalidade e veracidade das informações prestadas pelo particular, por meio de provas, indícios e presunções que demonstrem sua inidoneidade.

Contestado o valor apurado, assegurar-se-á o direito ao contraditório e a ampla defesa, na forma disciplinada pelo CTN/66, nos termos abaixo transcrito:

> Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por **base**, ou tome em consideração, o **valor ou** o **preço** de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, **arbitrará aquele valor ou preço**, sempre que sejam **omissos ou não mereçam fé** as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, **ressalvada**, em caso de **contestação**, avaliação contraditória, administrativa ou judicial. (g.n.)

Por oportuno, observa Misabel Derzi[27] que o arbitramento tributário é mera técnica inerente ao lançamento de ofício para assegurar a avaliação contraditória de preços, bens, serviços ou atos jurídicos, quando as declarações do contribuinte sejam omissas ou não mereçam fé. Nesses termos, assim leciona:

> O **arbitramento** é remédio que viabiliza o lançamento, em face da **imprestabilidade** dos documentos e dado fornecidos pelo próprio contribuinte ou por terceiro **legalmente obrigado** a informar. **Não é critério alternativo de presunção de fatos jurídicos ou de bases de cálculo**, que possa ser utilizado quando o contribuinte mantenha escrita regular e é correto em suas informações. Ao contrário. A **Constituição Federal**, no art. 145, § 1º, obriga à tributação de acordo com a **capacidade econômica** do sujeito passivo, **segundo o princípio da realidade**. A presunção ou ficção jurídicas são **excepcionais e** dependem de **lei expressa** para serem utilizadas (e, mesmo assim, não podem contrariar o princípio da capacidade econômica). (g.n.)

Por igual razão, ressalta Alberto Xavier[28] que a complexidade e o custo da investigação não autorizam o Fisco optar pelo arbitramento, em detrimento do seu dever funcional de proceder à investigação dos fatos. Registre-se:

> Só o critério da impossibilidade absoluta harmoniza logicamente o **princípio fundamental do dever de investigação que ao Fisco compete com vista à descoberta da verdade material, corolário do princípio inquisitório, por sua vez desdobramento do princípio da legalidade**, com o **dever de colaboração** que impenda sobre o contribuinte. A força de tais princípios é tanta que o **dever de investigação** do Fisco **só cessa** na medida e a partir do limite em que o seu exercício se tornou **impossível**, em virtude do não exercício ou do exercício deficiente do dever de colaboração do particular[...]". (Grifos do autor)

27 BALEEIRO, 2013, p. 1220.

28 XAVIER, 1995, p. 175.

Diante da crescente tendência de se optar por Pautas de valores presumidos para a aferição mais célere e menos onerosa de determinados impostos, como é o caso do IPTU e do ITBI, muitas vezes o lançamento tributário resulta de breve procedimento administrativo, baseado em métodos indiciários que substituem as provas, propriamente ditas, sem a observância, todavia, do disposto no art. 148, do CTN/66.

Com efeito, não é raro substituir-se a presunção relativa de validade das declarações e dos documentos prestados pelo contribuinte ou terceiros pela presunção de validade da base de cálculo arbitrada de acordo com Tabelas de Valores de Referência e, de igual modo, substituir-se o dever da autoridade administrativa de investigar a verdade real pelo ônus imposto ao contribuinte, quando este questiona a presunção de validade da base de cálculo assim arbitrada pelo fisco.

De fato. Em desabono da nossa República Federativa, o órgão fazendário nem sempre aceita o valor declarado pelo contribuinte, simplesmente arbitra a base de cálculo e, em caso de contestação, atribuí ao contribuinte o ônus da prova, eximindo-se, assim, do seu dever de investigar verdade material. Em reforço à necessidade de observância das condições previstas no art. 148, do CTN/66, para o arbitramento da base de cálculo, assim se manifestou o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n. 1.937.821/SP, *verbis*:

> 6. Em face do **princípio da boa-fé objetiva**, o valor da transação declarado pelo contribuinte **presume-se** condizente com o valor médio de mercado do bem imóvel transacionado, presunção que **somente pode ser afastada** pelo fisco se esse valor se mostrar, **de pronto, incompatível com a realidade**, estando, nessa hipótese, **justificada** a instauração do procedimento próprio para o **arbitramento** da base de cálculo, em que deve ser **assegurado ao contribuinte o contraditório** necessário para apresentação das peculiaridades que amparariam o quantum informado (art. 148 do CTN).[29] (g.n.)

Deveras. À luz da vigente Constituição Republicana, a adoção de Tabelas de valores de referência para o cálculo do ITBI não tem o condão de, por si só, eximir o fisco do seu dever de investigação da verdade real. Incumbe-lhe, num primeiro momento, comprovar que, no caso, houve omissão ou que não são idôneas as declarações prestadas pelo contribuinte, para só então proceder ao arbitramento, observando-se, ademais, o devido processo legal, em caso de contestação. No Recurso Especial n. 1.937.821/SP, assim decidiu a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

> 7. A **prévia adoção** de um **valor de referência** pela Administração configura **indevido lançamento de ofício** do ITBI por mera estimativa e **subverte** o procedimento instituído no art. 148 do CTN, pois representa arbitramento

29 BRASIL, 2022, n.p.

> da base de cálculo **sem prévio juízo** quanto à fidedignidade da declaração do sujeito passivo.[30] (g.n.)

Em atenção ao Princípio da boa-fé do contribuinte, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, firmou, ademais - para o fim previsto no art. 1.039, do Código de Processo Civil de 2015, CPC/2015, tese que explicita a necessidade de observância do devido processo legal para afastar, no caso do ITBI, a presunção de validade das declarações prestadas pelo contribuinte. Vejamo-la:

> b) o valor da transação **declarado pelo contribuinte** goza da **presunção** de que é condizente com o valor de mercado, que **somente pode ser afastada** pelo fisco mediante a **regular instauração** de **processo administrativo próprio** (art. 148 do CTN);[31] (g.n.)

Diante da adoção de ficções e presunções legais, dentre outras medidas levadas a cabo para ampliar e tornar mais célere a arrecadação de tributos, evidencia-se a relevância da Análise Econômica do Direito (AED) para, em respeito à interpretação e aplicação sistêmica da nossa Carta Magna, "(...) prevenir os problemas relacionados aos fracassos legislativos, assim entendidos como as leis que não se prestam a resolver (ou até pioram) os problemas que ensejaram a intervenção legislativa."[32].

Sob essa perspectiva, é oportuno ressaltar que, se de um lado está em jogo a necessidade de custear os crescentes gastos públicos, de outro, não se pode perder de vista a sobrecarga tributária que recai sobre os ombros do contribuinte.

Deveras, com exceção das pessoas favorecidas com a previsão de imunidade tributária, todo aquele que adquirir imóvel no Brasil, sendo ou não servidor público, estará sujeito ao ITBI; sendo proprietário de imóvel urbano ou rural, estará sujeito, respectivamente, ao IPTU ou ITR; se do aluguel deste imóvel resultar acréscimo patrimonial, será contribuinte do Imposto sobre a Renda; se o imóvel sofrer valorização decorrente da obra realizada com dinheiro público (em geral, proveniente dos impostos já recolhidos), será contribuinte de outra espécie de tributo, qual seja da contribuição de melhoria; se receber, como herança, legado ou doação, bem imóvel, será contribuinte do imposto *causa mortis* ou de doação.

No mais, o proprietário de imóvel também estará sujeito ao pagamento de eventuais taxas pela prestação de serviço público executado diretamente pelo Estado; taxas pelo exercício do poder de polícia administrativo; tarifas que, apesar de ser tributo, são devidas pelos serviços públicos prestados sob o regime de exploração econômica; e, com amparo na recente reforma constitu-

30 BRASIL, 2022, n.p.

31 BRASIL, 2022, n.p.

32 NASCIMENTO, 2023, p. 403.

cional, também deverá arcar com a contribuição para o custeio, a expansão e a melhoria do serviço de iluminação pública e de sistemas de monitoramento para segurança e preservação de logradouros públicos.

Esse breve panorama circunscrito aos tributos relacionados à propriedade tem como propósito reacender a crença do cidadão contribuinte de que, com todo o dinheiro proveniente da sua arrecadação, nossas instituições públicas possam ao menos investir na infraestrutura necessária à consecução de finalidades públicas ou de interesse público que, num círculo virtuoso, depende da cobrança e fiscalização de tributos, pressupondo-se, para tanto, o devido respeito aos direitos fundamentais do ser humano.

Ainda, a propósito, em atenção aos princípios da simplicidade, economicidade, transparência, neutralidade, dentre outros não menos relevantes para o exercício do poder de tributar, o CTN/66, como instrumento veiculador de normas gerais em matéria de legislação tributária, exorta a importância da cooperação entre as próprias entidades tributantes, *verbis*:

> Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações**, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio. (g.n.)

Para ilustrar a possibilidade de concretização desse mister, cumpre apresentar o Cadastro Imobiliário Brasileiro (CIB), previsto na Lei Complementar federal n. 214, de 16.1.2025 (LC 214/25),[33] para identificação única das pessoas físicas e jurídicas e das entidades sem personalidade jurídica sujeitas ao Imposto sobre Bens e Serviços (IBS) e à Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS).

Essas informações, referentes a imóveis rurais e urbanos, terão integração, sincronização, cooperação e compartilhamento obrigatório e tempestivo em ambiente nacional de dados entre as administrações tributárias federal, estaduais, distrital e municipais (art. 59, §§2º e 3º, LC 214/25).

Também merece menção o papel complementar do registro de imóveis e do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) na promoção da transparência, na prevenção de fraudes e no rastreamento de operações financeiras potencialmente ilícitas.[34]

Sem maiores considerações, o (Sobre)princípio da segurança jurídica será, todavia, atropelado sempre que, por razões de praticidade e celeridade, o Poder Público priorizar o emprego de ficções e presunções para respaldar a exigência de tributos e, ademais, inverter o ônus da prova, em detrimento do legítimo titular de direitos fundamentais: o "pagador de impostos".

33 BRASIL, 2025, n.p.

34 COSTA, 2024, p. 122.

6. CONCLUSÃO

Viola cláusulas pétreas a atuação estatal que, por meio de suas funções legislativa, executiva ou judiciária, implícita ou explicitamente, percebe o contribuinte, não como sujeito de direitos, mas como valioso instrumento de arrecadação de riquezas.

À luz da Carta Republicana de 1988, a tributação e arrecadação de tributos se insere no processo de criação do direito, devendo ser rechaçada qualquer intervenção arbitraria do Poder público na esfera privada, isto é, sem amparo na legalidade-isonômica.

Sob essa diretriz, nem o Legislador nem a Administração Pública têm legitimidade para criar exigências ou impor restrições que não possam ser albergadas pela interpretação sistêmica dos princípios fundamentais que sustentam o ordenamento jurídico brasileiro.

Para a consecução do objeto proposto, considerou-se que o IPTU e o ITBI são impostos distintos e, consequentemente, distintas são suas bases de cálculo, ainda que, em linhas gerais, tenham como parâmetro referencial o valor venal do imóvel.

Sem incorrer em "bis in idem", compete à Municipalidade, mediante lei específica, definir suas respectivas bases de cálculo, levando-se em conta o respectivo fato gerador e o momento de sua ocorrência.

Ao Executivo municipal, por sua vez, cabe constituir o respectivo crédito tributário, empregando técnicas e métodos que asseguram a imparcialidade na sua atuação e o respeito ao princípio inquisitório na busca pela verdade real.

Dentre os fundamentos apresentados, propugnou-se nesse estudo que o princípio da cooperação implica, para o contribuinte e terceiros, mero dever de colaboração com o fisco, jamais o dever de constituir o crédito tributário.

O princípio da realidade e o da praticidade, de igual modo, não são excludentes um do outro, ao contrário, se bem observados, poderão proporcionar maior imparcialidade e eficiência na arrecadação e fiscalização de tributos, tornando-se, assim, despicienda qualquer reforma da Lei Maior ou legislação infraconstitucional, de âmbito nacional, com igual propósito.

Contribui, pois, para a vitalidade do ordenamento jurídico, o julgamento proferido pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 1.937.821/SP, no sentido de que o valor da transmissão declarado pelo contribuinte, para fins de ITBI, goza da presunção de veracidade, passível de ser afastada pelo fisco somente se esse valor se mostrar, de pronto, incompatível com a realidade.

Pelas razões expostas, conclui-se que este "decisum" está conforme o Direito brasileiro, sobretudo pela coerência de seus fundamentos, respaldados em sólido embasamento científico, de longa data sustentados no ambiente acadêmico.

Nesses termos, também se reconhece nessa pesquisa que o auxílio da ciência jurídica e da jurisprudência é deveras importante para a interpretação sistêmica das leis e escorreita aplicação do Direito, garantindo-se, desse modo, a efetividade da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 10520**: informação e documentação: citações em documentos: apresentação. Rio de Janeiro, 2025.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 68023**: informação e documentação: referências — elaboração. Rio de Janeiro, 2025.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 10520**: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação. Rio de Janeiro, 2024.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6028**: informação e documentação: resumo, resenha e recensão — apresentação. Rio de Janeiro, 2021.

ATALIBA, Geraldo. Avaliação de imóveis para lançamento de imposto – ato administrativo por natureza – caráter regulamentar da Planta de Valores – atualização de valores imobiliários. **Revista de Direito Tributário**, Ano 3, n. 7-8, p. 36-70, jan./jun. 1979.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**, Atualização de Misabel de Abreu Machado Derzi. 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 132, de 20 de dezembro de 2024**. Altera o Sistema Tributário Nacional. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc132.htm#:~:text=Os%20Munic%C3%ADpios%20e%20o%20Distrito,150%2C%20I%20e%20III. Acesso em 25 jan. 2025.

BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 jan. 2025.

BRASIL. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, [2025]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em 25 jan. 2025.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 25 jan. 2025.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 25 jan. 2025.

BRASIL. **Lei complementar n. 214, de 16 de janeiro de 2025**. Institui o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), a Contribuição Social sobre Bens e Serviços (CBS) e o Imposto Seletivo (IS); cria o Comitê Gestor do IBS e altera a legislação tributária. Brasília, DF: Presidência da República, [2025]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp214.htm#:~:text=LEI%20COMPLEMENTAR%20N%C2%BA%20214%2C%20DE%2016%20DE%20JANEIRO%20DE%202025&text=Institui%20o%20Imposto%20sobre%20Bens,e%20altera%20a%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20tribut%C3%A1ria. Acesso em 25 jan. 2025.

BRASIL. **Lei ordinária federal n. 9.935, de 18 de novembro de 1994**. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm#:~:text=L8935&text=LEI%20N%C2%BA%208.935%2C%20DE%2018%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201994.&text=Art.%201%C2%BA%20Servi%C3%A7os%20notariais%20e,e%20efic%C3%A1cia%20dos%20atos%20jur%C3%ADdicos. Acesso em 25 jan. 2025.

BRASIL. **Projeto de Lei Complementar n. 108, de 2024**. Altera a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), dentre outras providências. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/166095. Acesso em: 11.11.2025.

BRASIL. **Projeto de Lei Complementar n. 85, de 2023**. Estabelece que a base de cálculo do IPVA, do IPTU e do ITBI é o valor justo do bem ou direito tributado. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2354995. Acesso em 25 jan. 2025.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. (2. Turma). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 2608833 – São Paulo. [...] ITBI. Alínea c. Não demonstração da divergência. Acórdão baseado em fundamentos constitucionais.[...]. Spera Participacões Ltda. Recorrido: Município de Bertioga. Relator: Min. Herman Benjamin, julgado em 19 ago. 2024. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2024]. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcor-

dao?num_registro=202401182981&dt_publicacao=22/08/2024. Acesso em: 11 dez. 2025.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça** (1. Seção). *Recurso Especial n. 1.937.821-São Paulo*. [...]ITBI. Base de Cálculo. Vinculação com o IPTU. Inexistência. Valor venal declarado pelo contribuinte. Presunção de veracidade. Revisão pelo fisco. Instauração de processo administrativo. Possibilidade. Prévio valor de referência. Adoção. Inviabilidade. Recorrente: Município de São Paulo. Recorrido: Fortress Negócios Imobiliários LTDA. Relator: Min. Gurgel de Faria, Brasília, julgado em 3 mar. 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=146418131&registro_numero=202000120791&peticao_numero=&publicacao_data=20220303&formato=PDF. Acesso em: 25 jan. 2025.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. *Recurso Extraordinário n. 1.412.419 – São Paulo*. [...]ITBI: base de cálculo[...]. Recorrente: Município de São Paulo. Recorrido: Fortress Negócios Imobiliários LTDA. Relator: Min. Carmen Lucia, Brasília, julgado em 15 abr. 2024. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15366111299&ext=.pdf. Acesso em: 25 jan. 2025.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal** (Pleno). Repercussão geral no Recurso Extraordinário com Agravo 1.294.969 - São Paulo. Recorrente: Município de São Paulo. Recorrido: Drausio Ferreira Lemes e outro (a/s). Relator: Min. Luiz Fux, julgado em 11 fev. 2021. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2025]. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755092295. Acesso em: 11dez. 2025.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 35ª ed., São Paulo: *JusPodivm*/Malheiros Editores, 2024.

COSTA, F. F. G.; REIS, J. R. Solidariedade e transparência: o impacto das reformas no registro de imóveis e o combate à lavagem de dinheiro no Brasil. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 85, p. 109-126, jul./dez. 2024.

DERZI, Misabel. **Direito Tributário, Direito Penal e Tipo**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MANEIRA, Eduardo. O Princípio da Praticidade no Direito Tributário (Substituição...). **Revista Internacional de Direito Tributário**, Associação Brasileira de Direito Tributário, v. 1, n. 2, Jul./dez. 2004.

MELO, Fábio Soares de. **Processo Administrativo Tributário**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

NASCIMENTO, Roberta Simões. Legisladores economistas: o emprego da Análise Econômica do Direito na elaboração das leis. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 83, p. 401-423, jul./dez. 2023.

SOUZA, Gianluca Pereira. Presunção de Legitimidade do Valor da Transação Declarado pelo Contribuinte para Fins de Base de Cálculo do ITBI: Uma Questão Pacificada?. **Revista Direito Tributário Atual**, *[S. l.]*, n. 58, p. 207–227, 2024. DOI: 10.46801/2595-6280.58.9.2024.2594. Disponível em: https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/2594. Acesso em: 11 dez. 2025.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça de São Paulo** (7º grupo de direito público). *Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva n. 2.243.516-62.2017.8.26.0000*. Incidente de resolução de demandas repetitivas ITBI base de cálculo. Requerente: Fortress Negócios Imobiliários LTDA. Requerido: Município de São Paulo. Relator: Desembargador Burza Neto, 31 de julho de 2019. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12703618&cdForo=0. Acesso em: 25 jan. 2025.

SOUZA, Gianluca Pereira. Presunção de Legitimidade do Valor da Transação Declarado pelo Contribuinte para Fins de Base de Cálculo do ITBI – Uma Questão Pacificada? **Revista Direito Tributário Atual**, n. 58. ano 42, p. 207-227, São Paulo: IBDT, 3º quadrimestre 2024.

XAVIER, Alberto. I.R. Lançamento por arbitramento, pressupostos e limites. **Revista de Direito Tributário**, n. 31, p. 174-85, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar. 1995.

Recebido em: 27/01/2025

Aprovado em: 18/11/2025

MEMÓRIA HISTÓRICA / *HISTORICAL MEMORY*

DOI: 10.12818/P.0304-2340.2025v87p309

CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO RECRUTAMENTO E DA FORMAÇÃO DE MAGISTRADOS EM PORTUGAL

CONSIDERATIONS ON THE RECRUITMENT AND TRAINING OF MAGISTRATES IN PORTUGAL

João Alberto de Almeida[*]

Este trabalho é resultado de estudos e atividades realizados junto à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – a convite do seu Instituto de Investigação Interdisciplinar – IURIS – e do Centro de Estudos Judiciários – CEJ, que é o órgão responsável pelo ingresso e pela formação inicial e contínua da magistratura portuguesa, ligado diretamente ao Ministério da Justiça.

Os estudos e atividades desenvolvidos junto às Instituições mencionadas tinham por objetivo verificar o recrutamento/ingresso e a formação inicial e contínua de magistrados em Portugal para estabelecer parâmetros em relação ao que se dá no Brasil. Ou seja, para examinar atividades desenvolvidas pela Escola Judicial Portuguesa, que, na realidade, é o CEJ, localizado em Lisboa, no histórico Largo do Limoeiro.

Sabe-se que a seleção e formação de magistrados constitui preocupação antiga, mas que se mantém sempre atual. As Escolas Judiciais no Brasil[1] estão em plena atividade e a admissão e progressão dos magistrados em suas respectivas carreiras estão atreladas à participação nos estudos e atividades que venham elas a desenvolverem, segundo o que determina o artigo 93 da Constituição da República.

Apresentamos, nesta oportunidade, algumas considerações a respeito da atuação do CEJ e do sistema desenvolvido em Portugal. Aqui não vamos estabelecer um estudo comparativo entre o que se faz em Portugal e no Brasil, diretamente. O nosso objetivo é mostrar, realizando um recorte sobre o tema estudado, como têm sido desenvolvidas as atividades de seleção e formação de magistrados pelo CEJ. Com esta finalidade é que mais adiante traremos o texto

* Professor Associado IV da FDUFMG. Doutor em Direito Constitucional pela FDUFMG. Mestre em Direito Civil pela FDUFMG. Membro do Instituto de Direito Processual – IDPro. Juiz do Trabalho aposentado do TRT da 3ª Região. Ex-Procurador do Estado de Minas Gerais. Advogado. *E-mail*: joaoalbertobhz@gmail.com
O presente trabalho é produto do projeto desenvolvido como Professor Visitante junto à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, realizado com apoio (bolsa) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES/PRINT) – Processo nº 88887.910668/2023-00.

1 A respeito desse tema, ver importantes trabalhos: FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. Considerações pessoais sobre a seleção e a formação de magistrados em Portugal e França. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro. v. 1, n. 2, 1998; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O juiz**: seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

de importante e esclarecedora entrevista, que nos foi gentilmente concedida durante nossas atividades de pesquisa, pelo Dr. Fernando Silva, Diretor-Adjunto do Gabinete de Estudos Judiciários – GAEJ –, do Centro de Estudos Judiciários – CEJ – Lisboa/Portugal, e é o responsável pela organização de suas atividades[2].

Examinando a legislação portuguesa a respeito do tema, frequentando atividades desenvolvidas no Centro de Estudos Judiciários, verificamos que o sistema utilizado em Portugal se difere do que aqui se utiliza, embora seja sabido que historicamente recebemos forte influência do sistema jurídico português.

Antes de iniciar a leitura do texto da entrevista, cremos que seja melhor esclarecer ao leitor, embora suscintamente, a respeito do CEJ e da organização judiciária adotada pela República Portuguesa[3].

A criação do Centro de Estudos Judiciários em Portugal ocorreu por meio do Decreto-Lei nº 374-A/79, na esteira das alterações trazidas pela Constituição da República Portuguesa – CRP –, aprovada e decretada na sessão Plenária de 2 de abril de 1976 pela Assembleia Constituinte, entrando em vigor em 25 de abril de 1976. Tudo em decorrência da Revolução dos Cravos, Movimento das Forças Armadas e dos Cidadãos Portugueses, ocorrida em 1974, que colocou abaixo o regime fascista, como consta em seu preâmbulo.

A Constituição da República Portuguesa, nos Títulos V e VI, instituiu uma nova Organização Judiciária. Sob a designação Tribunais, no Título V, Capítulo I, artigos 202º a 208º, estabeleceu os Princípios Gerais que regem seu funcionamento, firmam sua independência (estabelece os princípios de inamovibilidade e irresponsabilidade pelas decisões judiciais), impõem a obrigatoriedade de suas decisões, a publicidade dos atos judiciais, tratando ainda do júri e do Patrocínio Forense, este considerado "como elemento essencial à administração da Justiça"[4], asseguradas aos advogados as imunidades necessárias ao exercício profissional.

2 Esclareça-se que o GAEJ integra a Estrutura organizativa do CEJ na condição de unidade orgânica nuclear, na dependência direta do diretor-adjunto, sendo "genericamente responsável pela investigação e estudo no âmbito judiciário que constituem missão do CEJ", conforme consta do artigo 3º, da Portaria nº 965/2008, publicada no Diário da República Portuguesa, em 29.08.2008 (ORGANIZAÇÃO. **Centro de Estudos Judiciários**, Lisboa, *[s.d.]*). Nesta oportunidade, registramos o nosso especial agradecimento ao nosso entrevistado, o Dr. Fernando Silva, cuja gentileza nos possibilita trazer à luz este trabalho. Agradeço, também, de modo muito especial, à minha Orientadora, Professora Doutora Isabel Graes, que me recebeu e acolheu na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, possibilitando realizar todas as atividades e estudos de meu estágio como Professor Visitante, bem como ao Professor Doutor Eduardo Vera-Cruz Pinto, Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pelo gentil e indispensável apoio junto à Instituição. Estendo os agradecimentos aos funcionários da Faculdade de Direito de Lisboa e da biblioteca do CEJ pelo auxílio prestado ao longo da presente pesquisa.

3 A Professora Doutora Isabel Graes trata do tema em: GRAES, Isabel. Direito administrativo da magistratura judicial. *In*: OTERO, Paulo; GONÇALVES, Pedro (coords.). **Tratado de Direito Administrativo Especial**. Rio de Janeiro: Almedina Brasil, 2009.

4 PORTUGAL. [Constituição (1976)]. **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa: Assembleia da República, [1976].

Em seu Capítulo II, os artigos 209º a 214º cuidam da Organização dos Tribunais. Considerando as dimensões geográficas de Portugal e sua unidade política, estabeleceu-se um Sistema Judiciário único. O artigo 209º traz as Categorias de Tribunais onde se encontram o Supremo Tribunal de Justiça e os Tribunais Judiciais de primeira e segunda instância; o Supremo Tribunal Administrativo e demais tribunais administrativos e fiscais; o Tribunal de Contas, os tribunais marítimos, arbitrais e julgados de paz.

Nos artigos seguintes deste mesmo Capítulo, estabelece normas gerais de composição, competência, hierarquia e funcionamento dos tribunais. Em relação aos Tribunais Militares, há de se observar que serão constituídos apenas em situações de guerra e apreciarão apenas crimes militares. Registre-se que, nas Regiões Autônomas dos Açores e da Madeira, haverá seções do Tribunal de Contas com competência plena em razão da matéria.

No Capítulo III, artigos 215º a 218º, vem o Estatuto dos Juízes, onde o Legislador Constituinte estabeleceu normas que tratam da Magistratura dos tribunais judiciais; das garantias e incompatibilidades do exercício da magistratura judicial; da nomeação, colocação, transferência e promoção dos juízes; finalizando com normas relativas ao Conselho Superior da Magistratura.

No que diz respeito ao Conselho Superior da Magistratura, deve-se registrar que será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça e é o "órgão superior de gestão e disciplina da magistratura judicial", conforme art. 136 do Estatuto da Magistratura Judicial (Lei nº 21/85, de 30 julho c/c Lei nº 67/2019, de 27 de agosto)[5]. É de competência e responsabilidade do Conselho Superior a nomeação, colocação, promoção e disciplina da magistratura. O mesmo se pode dizer a respeito do Ministério Público, cujo corpo foi desmembrado da Magistratura Judicial pela promulgação da CRP, com a natural alteração do seu respectivo Conselho.

De particular interesse para este trabalho é o que estabelece o artigo 215º. Ali, o constituinte português diz que os juízes dos tribunais judiciais serão regidos por um só estatuto, pois formam um corpo único; que o recrutamento dos juízes dos tribunais judiciais de primeira instância terá os requisitos estabelecidos em lei; o recrutamento dos juízes dos tribunais de segunda instância ocorrerá por meio de concurso curricular entre os juízes de primeira instância, com prevalência do critério do mérito; e, para o Supremo Tribunal de Justiça, segundo critérios que a lei estabelecer, o concurso curricular incluirá magistrados judiciais, membros do Ministério Público e juristas de mérito.

O Ministério Público, considerado também como Magistratura pela Lei portuguesa, tem previsão no Capítulo IV, artigos 219º e 220º, onde se encon-

5 PORTUGAL. **Lei nº 21, de 1985**. Estatuto da Magistratura Judicial. Lisboa, Diário da República, [1985].

tram estabelecidas normas relativas à sua competência; constituição em estatuto próprio; autonomia; garantias e organização.

A Procuradoria Geral da República tem previsão no artigo 220º. Considerando-a como órgão superior do Ministério Público, o legislador remete a definição de sua composição e competência à lei. Mas deixa claro que será Presidida pelo Procurador Geral da República, integrando-a ao Conselho Superior do Ministério Público, composto por membros eleitos pelos pares entre si e pela Assembleia da República.

O Tribunal Constitucional recebe tratamento em separado dos demais, consoante Título IV, artigos 221º a 224º, vez que não integra a carreira judiciária. Sua definição, composição e estatuto, garantias e imunidades, competência, organização e funcionamento lá estão fixados, naturalmente com previsão de que a lei disporá sobre estas matérias de forma mais detalhada. Observando-se que todos os Tribunais se submetem à competência própria do Tribunal Constitucional.

Diante deste breve relato a respeito da Organização Judiciária constitucionalmente estabelecida em 1976, que visa a facilitar a compreensão do conteúdo da entrevista, nunca é demais lembrar o que consta do Preâmbulo do Decreto-Lei nº 374-A/79, de 10 de setembro, norma criadora do CEJ, que esclarece a respeito das preocupações do legislador e da transformação por que passou o recrutamento e a formação dos magistrados portugueses.

Em período anterior, como disposto no item 1 do mencionado Preâmbulo, "depois de uma longa tradição de ingresso mediante concursos de feição teórica e académica"[6], por meio do Decreto-Lei nº 714/75, de 20 de dezembro, procedia-se a uma ruptura com este sistema, instituindo o que se denominou de "sistema de estágios como forma de recrutamento e formação de magistrados"[7].

Este novo sistema, que já prenunciava, inicialmente, uma "natureza precária e experimental"[8], sofreu revisão importante durante o ano de 1977 "com as opções realizadas no âmbito de uma reforma judiciária"[9]. Segundo o texto, tais "opções vieram a concretizar-se na adopção de dispositivos (artigos 41.º da lei nº 85/77, de 13 de dezembro, e 106.º da lei nº 39/78, de 5 de julho), que prevêem que os cursos e estágios de formação para magistrados decorram no Centro de Estudos Judiciários em moldes < a definir pela lei que criar e estruturar o referido centro>"[10].

6 PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 714, de 20 de dezembro de 1975**. Define as condições de ingresso nas magistraturas judicial e do Ministério Público. Lisboa: Diário da República, [1975].

7 *Ibidem*.

8 *Ibidem*.

9 *Ibidem*.

10 *Ibidem*.

O legislador institucionalizou o sistema de admissão e formação de magistrados em um único órgão, ligado ao Ministério da Justiça, com autonomia administrativa e financeira, que pudesse "coordenar as actividades lectivas e as de contacto, observação e estágio"[11].

Além de se dedicar à formação inicial, complementar e permanente dos magistrados portugueses, o CEJ ficou, desde sua constituição, autorizado a atender, advogados, candidatos à advocacia e solicitadores, a pedido de seus respectivos órgãos de representação, e ainda a magistrados de outros países, especialmente de língua oficial portuguesa.

Os candidatos admitidos em testes de "aptidão de natureza jurídica e cultural", já na qualidade de auditores de justiça, deveriam se submeter a dez meses de atividades teórico-práticas nas dependências do CEJ, cumuladas com atividades de contato e observação junto aos tribunais e com estágios extrajudiciais; depois, a um estágio de iniciação de dez meses e outro de "pré-afectação" junto aos tribunais; e, ainda, a três meses de atividades de formação complementar a serem realizadas durante os primeiros cinco anos da carreira. A formação teria duração de vinte e nove meses de duração, dos quais nove já no "exercício da função".

Esta passou a ser a nova modalidade de ingresso na magistratura portuguesa, como está descrito no referido Preâmbulo do Decreto-Lei nº 374-A/79, de 10 de setembro, que perdura, naturalmente, com as necessárias alterações e adaptações até os dias que correm[12].

A respeito da implementação destas importantes e indispensáveis funções e atividades, o Dr. Fernando Silva se dispôs, cordialmente, a conversar conosco, como se pode ver adiante.

ENTREVISTA: DR. FERNANDO SILVA (DIRETOR-ADJUNTO DO GABINETE DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS – GAEJ –, DO CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS – CEJ – LISBOA/PORTUGAL)[13]

João Alberto (J.A.): Podemos iniciar.

Fernando Silva (F.S.): Ok, então, a Lei n.º 2, de 14 de janeiro de 2008, os júris da fase escrita são compostos, no mínimo, por 03 (três) pessoas: um juiz, um procurador e um advogado, pessoas de reconhecido mérito na área jurídica ou mesmo em outras áreas das Ciências da Cultura ou representantes de outros

11 *Ibidem*.

12 PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 374-A, 10 de setembro de 1979.** Cria o Centro de Estados Judiciários. Lisboa: Diário da República, [1979]

13 A entrevista foi concedida no dia 28 de maio de 2024 e a autorização da versão transcrita foi concedida no dia 20 de agosto de 2025.

setores da sociedade civil. No mínimo, são 03 (três). Aquilo que, normalmente, acontece é que são nomeadas 12 (doze) pessoas, mas as proporções têm que ser estas: ⅓ (um terço) de juízes, ⅓ (um terço) de procuradores e ⅓ (um terço) de advogados ou pessoas de outras áreas da Ciência e da Cultura, de reconhecido mérito ou o que quer que seja.

Para a fase oral, a mesma coisa: são nomeadas, no mínimo, 05 (cinco) pessoas, sendo que, normalmente, são nomeadas 15 (quinze), ok? Mas as proporções têm que ser sempre estas. As proporções para a fase oral são um pouquinho diferentes. Na fase oral, o mínimo de 05 (cinco), sendo que um é juiz, outro é procurador e as outras 03 (três) são advogados, pessoas de reconhecido mérito na área jurídica ou em outras áreas das Ciências e da Cultura ou representantes de outros setores da sociedade civil. Ou seja, a dimensão mínima é fixa, mas a dimensão máxima da lei não é fixa, ok? Pode ser 15 (quinze), 18 (dezoito), 20 (vinte), 24 (vinte e quatro)... o que quer que seja. As proporções é que tem que estar sempre respeitadas.

J.A.: Ontem, eu assisti 02 (duas) sessões, uma acadêmica e outra profissional. Todos os dois júris tinham mais de 07 (sete) pessoas assentadas e todas as 07 (sete) participavam da avaliação ou só 05 (cinco) que estavam lá participariam?

F.S.: Todos participam da avaliação. Ou seja, cada candidato depois do momento da avaliação – seja avaliação regular, seja prova jurídica oral na via profissional ou na via acadêmica… Se for em qualquer uma das vias, a nota final é uma decisão do júri no seu todo, no seu coletivo. Mas isso daqueles que tiveram a oportunidade de presenciar a prova. Normalmente, há um hiato entre 02 (dois) candidatos entre uma prova e outra prova. E, naquele hiato, o júri se reúne ali por 05 (cinco), 10 (dez), 15 (quinze) minutos para, pelo menos, fixar os pontos principais da avaliação que acabou de assistir para, depois, mais tarde, poder fundamentar uma decisão.

J.A.: Os 07 (sete) que estavam lá e presenciaram atribuem uma única nota? Eles reúnem lá depois e dão uma nota só para o candidato? Ou aprova o candidato, não aprova o candidato?

F.S.: Oficialmente, na pauta final, aparece só uma nota.

J.A.: E qual é a nota mínima para poder ir em frente?

F.S.: Nota mínima é sempre uma nota positiva. Ou seja, é uma escala de 0 (zero) a 20 (vinte), sendo que a nota mínima é 10 (dez). Este é um dos requisitos fun-

damentais para continuar no concurso de ingresso e obter aprovação mínima. 10 (dez) em todas as provas do concurso de ingresso. Não há médias. Por exemplo, na fase oral, o candidato da via acadêmica, faz 04 (quatro) provas. Não há médias, eu tenho que obter, pelo menos, 10 (dez). Eu posso até ter 18 (dezoito) em 03 (provas), mas, se tira uma nota negativa – abaixo de 10 (dez) – numa das provas, está excluído.

J.A.: Porque ele faz várias disciplinas, não é? Ontem, foi Processo Civil e Civil da acadêmica. Então, quer dizer… Ali são 02 (duas) notas que o júri dá. Tem 30 (trinta) minutos para uma e 30 (trinta) minutos para outra?

F.S.: Eles fazem 04 (quatro) provas: tem uma centrada no Direito Civil, tem outra centrada no Direito Penal, tem outra centrada no Direito Constitucional, Direito Europeu e Harmonização Judiciária. Depois, há uma quarta prova, que é um sorteio dentre 04 (quatro) temas: pode ser: Direito do Trabalho, Direito da Família, Direito Administrativo ou Direito Econômico. Esse sorteio é feito com 48 (quarenta e oito) horas de antecedência.

J.A.: A jornalista é também a mesma coisa?

F.S.: A indicação dos membros do júri consta do artigo 13, da Lei n.º 2, de 14 de janeiro de 2008. O número 5 do artigo 13 diz o seguinte: "os Magistrados que compõem o júri são nomeados pelos respectivos Conselhos Superior (...)" (ou seja, se for um juiz, é indicado pelo Conselho Superior da Magistratura; se for um procurador, é pelo Conselho Superior do Ministério Público), "(...) sendo os demais membros nomeados pelo Conselho da Justiça, sob proposta da Ordem dos Advogados (...)" (ou seja, a Ordem dos Advogados vai, então, indicar os advogados, no caso da alínea "b"), "(...) ou do Diretor do CEJ nos seguintes casos (...)" (portanto, aquelas pessoas que são professores universitários, os jornalistas, os escritores, os investigadores, os ativistas, os sindicalistas, que, muitas vezes, compõem os júris do CEJ são nomeados pelo Diretor do CEJ).

J.A.: Por que há essa preferência por essas pessoas que não são bem da área jurídica, mas que são componentes da sociedade portuguesa e de outras profissões?

F.S.: Essa opção tem várias dimensões, ok? Uma das dimensões é o fundo de legitimar a escolha dos nossos futuros Magistrados. Legitimar de que forma? O processo de escolha dos nossos Magistrados não é um processo para que siga as regras eletivas de uma democracia. Ou seja, os nossos Magistrados não são eleitos, são escolhidos por critérios técnicos e não necessariamente apenas

técnico-jurídicos. Portanto, podemos dizer que existem critérios técnicos, "humanos", culturais e sociais. Isso quer dizer que trazer pessoas da sociedade civil, pessoas que não são da área do Direito é uma forma, também, de legitimar o processo de seleção dos nossos futuros Magistrados. Ou seja, é dizer: isso não é uma escolha somente de políticos e de juristas; é uma escolha, também, da sociedade civil, porque tivemos elementos da sociedade civil. Por exemplo, ativistas ambientais e sindicalistas. Portanto, estamos a falar de pessoas que vêm da sociedade civil e, na maioria dos casos, não tem nada a ver com a área jurídica. No fundo, é como se um funcionário tivesse de conter uma palavra do cidadão comum na escolha de seus Magistrados. Essa é uma das dimensões para ter um processo com "legitimação popular", uma "legitimação cidadã" (termo mais correto) do processo de escolha dos Magistrados.

Tem uma outra dimensão que é aquela questão de que um bom Magistrado não é só um bom jurista, não pode ser apenas um bom técnico da área jurídica. Um bom Magistrado é uma pessoa que, também, tem uma certa visão do mundo, uma certa visão da humanidade, que consegue prospectar de frente visões do mundo, da humanidade, das culturas, das diferentes sociedades. Não é uma questão de tolerância, mas é uma questão de perceber, de ver outras formas da organização social, outras formas de ver o mundo e de ver como é a vida do cidadão e não apenas uma visão meramente jurídica. Aquela questão que, muitas vezes, é um ditado português muito comum: "um homem que só sabe de Direito, nem de Direito sabe". Umas vezes, o Direito é um flex da sociedade; outras vezes, é a sociedade que é um flex do Direito. Portanto, é uma relação ambivalente. E é isso que importa: ser juiz não é só ter técnica jurídica; a técnica jurídica fecha-se em si mesma e negligencia a realidade.

Com esta visão de trazer pessoas da área de fora do Direito para os júris que vão selecionar os nossos futuros juízes e os nossos futuros Procuradores, temos gente que sabe do Direito, mas que também sabe da vida, que também sabe da humanidade, que também sabe do mundo. Por isso que, por vezes, membros do júri perguntam quais são seus hábitos de leitura (que livros é que lê, que jornais é que lê, qual foram os últimos livros que leu). Isso é importante de saber.

Eu costumo contar uma história em nossas formações de juiz e de auditores que quer dizer, por exemplo, há 02 (dois) agricultores que estão disputando meio metro de terreno e nós somos irmãos e penso "epa, que importância meio metro de terreno tem?". E, de repente, uma das partes diz assim: "esse meio metro de terreno é muito importante, porque é, naquele cantinho, que nasce os canyons onde vou plantar meus feijões". E nós não temos noção disso. Às vezes, meio metro de terreno ultrapassa a questão jurídica, vai para o espaço cultural, sociológico e vai para um lado que o Magistrado tem que ter de compreensão da realidade social e cultural em que está inserido.

J.A.: Mas também não tem jeito de mudar, não é? Você só se candidata para Procurador e eu só me candidato para Juiz…

F.S.: Exatamente. A opção é feita como um último passo do concurso, antes de começar a formação inicial e tem a ver com a classificação obtida no concurso de ingresso. Portanto, os melhores classificados costumam escolher a Magistratura. Porém, a partir do momento que essa escolha está feita, ela é quase que para a vida. Quase, porque, depois, no final das carreiras, há uma janelazinha que se abre para o acesso ao Supremo Tribunal de Justiça, em que os Procuradores podem, eventualmente, tornarem-se Juízes conciliares, mas é uma janelazinha para uma minoria.

J.A.: Como que é o ciclo inicial após a aprovação do candidato no concurso até ele se tornar juiz? Porque isso até mesmo conversando com os próprios auditores de justiça aqui eles falam, mas eles não falam com toda certeza…

F.S.: Este processo está indicado na nossa Lei n.º 2, de 2008, já teve de 02 (duas) a 03 (três) revisões. A versão consolidada está no site. Então, é assim: eles têm um primeiro momento formativo, que dura 02 (dois) anos letivos, que, em Portugal, é de setembro a junho. É um curso de formação teórico-prático. Esse curso de formação teórico-prático se divide em 02 (dois) ciclos: o primeiro ciclo é aqui no CEJ, que tem sessões de formação em sala, é uma formação teórico-prática, em que se ensina direito, se ensina a trabalhar direito, porque a formação é para pegar em processos reais que já estão transitados em julgado e que são discutidos/debatidos e que até são enviados antecipadamente aos nossos formandos (auditores) para que eles estudem para que, quando cheguem na formação, estejam preparados para debaterem sobre as diferentes funções jurídicas, os diferentes pontos de vista (p. ex. um acha que é assim, outro acha que é assado, um acha que é pela esquerda, outro acha que é pela direita). Esses debates são enriquecedores, porque a chave é colocar o formando como o motor da aprendizagem; não é aquela questão acadêmica de alguém ditando a matéria. Portanto, o que se pretende é que o formando seja o seu próprio agente de formação: eu estudo as matérias previamente, que é aquilo que a gente vai ter que fazer no Tribunal, para que, quando chegar na sala (seja a de formação ou a de audiência), estar preparado para debater aquela questão. A ideia é estar técnico juridicamente e factualmente preparado para debater a questão. Neste primeiro ciclo, são praticamente 10 (dez) meses. Concluído esse primeiro ciclo, no primeiro ano letivo, com sucesso (com uma avaliação positiva)...

J.A.: Essa avaliação é feita por quem?

F.S.: Pelos docentes, pelos formadores. São eles quem fazem a avaliação, que, depois, é proposta ao Diretor do CEJ. O Diretor do CEJ, por sua vez, vai apresentá-la ao Conselho Pedagógico, que é um dos órgãos mais importantes do CEJ, que é um Conselho que tem uma formação majoritariamente externa, ou seja, a maior parte dos integrantes são exteriores ao CEJ. Eles são, normalmente, indicados pela Ordem dos Advogados, pelos Conselhos Superiores, pelo Parlamento, pelas Universidades. Portanto, são pessoas externas ao CEJ. O Diretor do CEJ pega todas as avaliações que são propostas pelos docentes e vai levá-las ao Conselho Pedagógico, pois é este Conselho que vai homologar. Concluída esta avaliação do primeiro ciclo, o auditor de justiça passa, então, ao segundo ciclo.

J.A.: Pode também ser reprovado?

F.S.: Pode ser reprovado. E, geralmente, estamos a falar de 120 pessoas. Então, é normal que tenham 2, 3 ou 4 que fiquem de fora. Muito, pois, o acompanhamento é extremamente individualizado. Não é como nas universidades que se faz uma avaliação, o professor faz uma pauta e desliga. Não… Não há pautas públicas aqui. Aqui, os docentes vão chamando os auditores de justiça para reuniões individuais de trabalho de acompanhamento, de indicação de que o seu ponto fraco é este, trabalhe aqui e estes são seus pontos fortes, está tudo bem, continue por aqui. São acompanhamentos extremamente personalizados e muito muito individualizados.

J.A.: A turma é dividida, então entre formadores?

F.S.: Sim, sim, sim. Geralmente, por matérias. Por exemplo, de matéria civil, temos vários docentes e, no máximo, temos 02 (dois) discentes, um que é juiz e outro que é procurador.

Concluído esse primeiro ciclo com sucesso, se a avaliação for positiva, eles passam ao segundo ciclo. O segundo ciclo, portanto, possui a condição do Estatuto do Auditor de Justiça e nós já estamos nos Tribunais. Nos Tribunais, eles vão ser acompanhados por 03 (três), 04 (quatro), 05 (cinco) Magistrados formadores, ou seja, Magistrados que estão nos Tribunais e que vão acompanhá-los, dar tarefas, levá-los para ver julgamentos, pedir relatórios sobre os julgamentos, pedir projetos para peças processuais (projeto de sentença, projeto de despacho). São também acompanhados por Coordenadores Regionais do CEJ, que são indicados consoante a organização judiciária do país e que estão ali para acompanhar

e monitorar a evolução dos formandos e dos formadores. Eles podem também atribuir tarefas. Isto acontece no último semestre letivo, que é de setembro a junho.

Chegando ao final, tem uma avaliação que, mais uma vez, segue os mesmos termos: os formadores, os juízes formadores é que vão avaliar, dar notas. Essas avaliações chegam ao Coordenador Regional, que vai juntar as suas e vai direcioná-las ao Diretor. O Diretor vai elaborar uma proposta de avaliação para o Conselho Pedagógico outra vez. E o Conselho Pedagógico volta a homologar ou não.

J.A.: Também pode ser excluído nessa fase?

F.S.: Também pode ser excluído.

Concluído esse ciclo do curso de formação teórico-prática do CEJ, que são 02 (dois) anos, o auditor de justiça vai ser nomeado como Magistrado em regime de estágio. Vai ser um Magistrado estagiário. Um juiz ou procurador estagiário.

J.A.: Por quanto tempo?

F.S.: Por 01 (um) ano. Às vezes, pode haver prorrogação por mais 06 (seis) meses. Este é o ciclo normal.

Concluído o segundo ciclo, o Conselho Pedagógico aprova as avaliações e os Conselhos Superiores (da Magistratura, do Ministério Público ou dos Tribunais Administrativos e Fiscais) vão nomear aqueles auditores de justiça já como magistrados estagiários.

J.A.: Aqui, o senhor colocou os Tribunais Administrativos e Fiscais que têm uma jurisdição própria… Mas o sistema é o mesmo?

F.S.: É o mesmo.

J.A.: Agora, o Ministério Público é outra coisa (separado) hoje?

F.S.: Sim, o Ministério Público é uma Magistratura separada hoje. Nós temos 03 (três) Magistraturas hoje: judicial dos tribunais comuns, do Ministério Público (procuradores) e judicial dos tribunais administrativos e fiscais.

J.A.: Mas a formação dos judiciais e dos administrativos e fiscais é uma e a dos procuradores é outra? Ou todas são separadas?

F.S.: Todas são separadas. O concurso e a formação são separados, mas os moldes são semelhantes. Muda o que precisa mudar (p. ex. matérias), mas os moldes são os mesmos.

J.A.: Mas, e aí, depois desse terceiro ano, os juízes e os fiscais e administrativos eles ficam como juízes?

F.S.: Sim. Ao longo deste ano de estágio, já temos um Magistrado com os direitos, deixa de ter uma bolsa de formação e passa a ter um salário e passa a assinar suas peças processuais. Ele/a passa a ter jurisdição sobre os processos, que é uma coisa que não tinha antes.

J.A.: E onde eles são alocados? Para onde eles são nomeados?

F.S.: Depende da disponibilidade dos Tribunais e dos Magistrados formadores, pois têm Magistrados que não querem ser formadores; há outros que aceitam, nesses casos, há uma compensação financeira. E, depois, a alocação tem a ver com a sua classificação que vão obtendo com a avaliação ao longo do curso. Os primeiros classificados escolhem para onde querem ir dentro das vagas disponíveis.

J.A.: Quem aloca é o Conselho Superior?

F.S.: Sim, é o Conselho Superior, porque o CEJ já não tem jurisdição sobre os Magistrados. Na hora que acaba o curso de formação o CEJ deixa de ter jurisdição. Depois, a jurisdição é dos Conselhos Superiores. Mas é o CEJ quem organiza tudo… é o CEJ quem propõe colocação, bolsa individual de estágio, aloca os formadores, propõe a avaliação, … Mas a palavra final é do Conselho Superior, porque a nossa Constituição diz que o único órgão que tem jurisdição civil, disciplinar sob os nossos Magistrados são os Conselhos Superiores.

J.A.: Quando eles são nomeados e começam a assinar por conta própria, eles já possuem todas as garantias de que eles são inamovíveis, irredutibilidade de vencimento, essas coisas todas?

F.S.: Todas, todas. Têm todas as garantias dos Magistrados.

J.A.: E não tem mais nada de vitaliciamento daí para frente?

F.S.: Quando ao fim do estágio, o Conselho Superior diz que o Magistrado está apto ou não apto, o Magistrado fica, obrigatoriamente, pelo menos, 05 (cinco) anos na Magistratura. Se sair antes dos 05 (cinco) anos, terá de indenizar o Estado português pelo investimento que fez na sua formação. Mas, durante os primeiros 05 (cinco) anos, há essa obrigatoriedade.

J.A.: E a promoção na carreira? Como isso acontece?

F.S.: Já não estou tão habilitado a responder.

J.A.: A respeito dessas ações de formação… Porque o CEJ faz umas ações de formação inicial e uma formação continuada… Essa formação continuada eu tenho particular interesse nela pelo seguinte: como é que é que o CEJ faz uma formação continuada? Mas como é o dia a dia dessa formação continuada no seguinte sentido: é só para primeira 1ª instância? Os juízes dos tribunais (2º grau) também fazem formação continuada? Isso influencia na carreira? Como é que isso influencia nas produções acadêmicas?

F.S.: Começa com uma escuta pelo CEJ de várias entidades ligadas à formação judicial para a formação contínua. Nós escutamos ou pedimos a opinião dos Conselhos Superiores, de associações sindicais, de entidades. A formação do CEJ não é destinada somente a juízes e procuradores, é destinada a toda a comunidade jurídica, que pode incluir desde um estudante em licenciatura em Direito até um juiz jubilado.

J.A.: Por exemplo, eu vi uma formação continuada envolvendo jornalistas?

F.S.: Sim, a gente tem um problema que eu acredito ser comum a todas as democracias, que é a ligação entre o sistema de justiça e a comunicação social, que falam linguagens muito diferentes e que, muitas vezes, levam a grandes equívocos, por exemplo, por parte dos próprios cidadãos (p. ex. já vi jornalista dizer que o advogado comentou que só iria recorrer da sentença após o trânsito em julgado; porém, para quem é do Direito, sabe-se que é, justamente, quando há o trânsito em julgado que a sentença deixa de ser recorrível). Portanto, importa criar pontes que permitam que os conhecimentos do cidadão e que percebam que a linguagem de justiça e os objetivos do sistema de justiça. Por exemplo, esta é uma das comunidades com a qual colaboramos.

Mas o processo de formação contínua começa, justamente, com a escuta de um leque de entidades. Depois, é elaborado um projeto de plano de formação contí-

nua com base nessas escutas, o Conselho Geral (que é o órgão máximo do CEJ, que é presidido pelo nosso Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, e que tem, em sua composição outras autoridades) vai aprovar o plano de formação contínua dentro do plano de atividades. E, a partir do momento da aprovação, iniciam-se todas as questões logísticas e administrativas, pois quem convoca os nossos magistrados para ações formativas são os Conselhos Superiores e não o CEJ. Ou seja, os magistrados olham para o plano de formação contínua e dizem assim para o Conselho Superior: "olha, eu gostei muito dessa ação de formação contínua" e o Conselho Superior, a partir das regras disponibilizadas, as circunstâncias do serviço e outros fatores que eu desconheço (porque não sou dos Conselhos Superiores) vai decidir se aquele magistrado, aquela juíza, aquele procurador vai participar de quais formações dentre aquelas para as quais se candidatou. Mas é o Conselho Superior quem decide mais uma vez…

J.A.: Para progredir na carreira, essa formação continuada é importante?

F.S.: Eu diria que é fundamental, fundamental mesmo… O que acontece é que esses magistrados entre 5 a 10 anos de carreira vão ter que apostar em uma especialização. A partir de determinada altura, para concorrer a lugares que lhes permitam um acréscimo na carreira, na questão salarial ou o quer que seja, vão ter que se candidatar para lugares de especialização. Essas especializações, basicamente, são 04 (quatro): jurisdição civil, jurisdição penal, jurisdição de trabalho e empresa, jurisdição de família e crianças. Para melhor progredirem nessa especialização, eles têm de frequentar cursos de especialização do CEJ. Assim, eles ficam mais favoráveis para se candidatarem para vagas que estão disponibilizadas em tribunais da jurisdição de especialização, a fim de lhes permitir uma progressão na carreira.

J.A.: Dessa forma, é possível dizer que essa frequência ao CEJ é obrigatória?

F.S.: Como eu disse, está nos Estatutos das Magistraturas a autorresponsabilização (portanto, é um dever dos magistrados) pela sua própria formação, pelo seu próprio processo formativo, que, aliás, é uma mentalidade que se tenta incutir desde a formação inicial aqui no CEJ.

Quando eu faço a avaliação da formação inicial (sou eu quem faço os questionários e os relatórios), uma das questões relativas a isso é perguntar se o processo seletivo contribuiu para criar no auditor uma mentalidade de autorresponsabilização pelo seu próprio processo formativo. Portanto, é uma ideia que se pretende criar desde o início da carreira. Ou seja, o principal responsável pela sua própria formação és tu mesmo. Não esperes que seja o Conselho Superior, o CEJ, …

J.A.: Passam pelo Conselho as aprovações da promoção na carreira?

F.S.: Sim, isso independente da vontade do magistrado. Por exemplo, um juiz de 1ª instância demora cerca de 20 a 25 anos para passar para a 2ª instância.

J.A.: Quer dizer que você não é obrigado a cumprir tantas horas por ano de formação inicial?

F.S.: O Conselho Geral do Trabalho estabelece um dever de 35 (trinta e cinco) horas de formação anual para todos os trabalhadores, inclusive para os juízes.

J.A.: Então, além dessas horas, é por conta do juiz?

F.S.: Exatamente.

J.A.: Mas esse mínimo ele é obrigado?

F.S.: Isso, esse mínimo deve ser ofertado pela entidade empregadora. É uma lei geral para toda a República.

J.A.: E o CEJ faz isso para a Magistratura?

F.S.: Faz, principalmente gratuita. Inclusive, a formação contínua disponibilizada para os Magistrados é totalmente gratuita, depende apenas de uma aprovação do Conselho Superior.

J.A.: E aqueles cursos que o CEJ dá para advogados e outras categorias também são gratuitos?

F.S.: Não. Geralmente, o CEJ tem protocolos com a Ordem dos Advogados ou com outros organismos solicitadores e, aí, há condições específicas. Mas, por exemplo, uma pessoa que não tenha sido eleita para qualquer protocolo (p. ex. que seja um mero estudante de Direito) e que queira assistir uma ação de formação contínua a única coisa que precisa fazer é mandar um e-mail ao nosso Departamento de Formação e solicitar a sua inscrição e, se houver vagas, é aceito, basicamente, é o único critério. Às vezes, tem ação de formação que tem como critério técnicos de confidencialidade (p. ex. investigação criminal), mas são poucas. Mas a maioria delas (cerca de 95% a 98%) são abertas ao público. Se houver vagas, paga um valor simbólico.

J.A.: Os juízes de 2º grau também frequentam?

F.S.: Podem frequentar, mas não são obrigados.

J.A.: Essa estratégia que o senhor tem é para dinamizar/operacionalizar as operações do CEJ em outras regiões do país em Portugal?

F.S.: Apesar de sermos muito pequenos quando comparados ao Brasil, ainda assim, há disparidades regionais (temos um litoral desenvolvido e um interior desertificado). O primeiro ano da formação inicial está todo concentrado em Lisboa. Depois, no segundo ciclo, que já é nos Tribunais, o estágio e momento de efetividade de função, é feito em todo o país, a depender das vagas que estão disponibilizadas pelos Conselhos Superiores.

Há um projeto do Ministério da Justiça para o funcionamento de uma Escola em Vila do Conde, ou seja, próxima à cidade do Porto, no norte do país.

J.A.: Quando é que seria isso?

F.S.: Os projetos iniciais apontam para 2025.

J.A.: Como é que vai fazer isso?

F.S.: Aí é que está o problema… Por exemplo, existem diversos desafios. O primeiro deles é na dimensão logística, porque não se pretende criar 02 (duas) Escolas, é uma escola correndo em 02 (dois) espaços diferentes. Pretende-se que a formação seja a mesma. Portanto, o docente falará com as 02 (duas) unidades ao mesmo tempo. Além disso, há questões administrativas e políticas. Com isso, é um projeto que ainda está muito inicial, que ainda precisa ter alguns pequenos detalhes coordenados, porque é diferente estar com os alunos presencialmente ou à distância.

Por fim, há também que se pensar na formação contínua, que também seria um grande desafio. Antes, havia uma maior reclamação de que as formações contínuas estavam todas concentradas em Lisboa e que se esqueciam das cidades mais distantes. Atualmente, as reclamações são menores. Nos últimos anos, tem havido um esforço do CEJ para descentralizar essas ações formativas contínuas, a fim de disponibilizá-las em outras 02 (duas) vias. A primeira é pela transmissão online que, muitas vezes, ocorre em Lisboa e são transmitidas por vários canais de *streaming*. Por exemplo, temos um Canal CEJ, uma ferramenta Educar-se, uma parceria com a Justiça TV. A segunda via é um modelo novo, uma mistura de seminário com *workshop*, em que há 01 (um) seminário *online* sobre determinada matéria e, depois, *workshops* que são realizados localmente.

J.A.: No *workshop*, vai um formador?

F.S.: Sim, passada 01 (uma) semana do seminário (para dar tempo de estudar), vai um formador do CEJ.

J.A.: Eu vi no plano que, para confeccioná-lo, o senhor ouve os interessados. É isso mesmo? Podem participar outras pessoas para além dos magistrados quando o plano é feito para outras classes?

F.S.: Sim, escuto os juízes, as associações sindicais, as entidades, os Conselhos Superiores… Sim, escuto outras pessoas interessadas quando o plano não é feito para Magistrados.

REFERÊNCIA

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. Considerações pessoais sobre a seleção e a formação de magistrados em Portugal e França. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 192-202, 1998. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista02/revista02_192.pdf. Acesso em: 9 set. 2025.

GRAES, Isabel. Direito administrativo da magistratura judicial. *In*: OTERO, Paulo; GONÇALVES, Pedro (coords.). **Tratado de Direito Administrativo Especial**. Rio de Janeiro: Almedina Brasil, 2009.

ORGANIZAÇÃO. **Centro de Estudos Judiciários**, Lisboa, *[s.d.]*. Disponível em: https://cej.justica.gov.pt/Sobre-o-CEJ/Organiza%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 7 set. 2025.

PORTUGAL. [Constituição (1976)]. **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa: Assembleia da República, [1976]. Disponível em: https://www.parlamento.pt/Legislacao/PAGINAS/CONSTITUICAOREPUBLICAPORTUGUESA.ASPX. Acesso em: 9 set. 2025.

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 374-A, 10 de setembro de 1979**. Cria o Centro de Estados Judiciários. Lisboa: Diário da República, [1979]. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/374-a-1979-256637. Acesso em: 9 set. 2025.

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 714, de 20 de dezembro de 1975**. Define as condições de ingresso nas magistraturas judicial e do Ministério Público. Lisboa: Diário da República, [1975]. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/714-310785. Acesso em: 9 set. 2025.

PORTUGAL. **Lei nº 21, de 1985**. Estatuto da Magistratura Judicial. Lisboa, Diário da República, [1985]. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/1985-34488375. Acesso em: 9 set. 2025.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O juiz**: seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

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[1] 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*.(...)"[2]

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.

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 Direio 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-gradução *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 editorais 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.