

ISSN: 0304 – 2340

e-ISSN: 1984 – 1841



REVISTA DA **FACULDADE DE
DIREITO**

n. 84, jan./jun. 2024

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

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. 84 | pp. 1 - 474 | jan./jun. 2024

© 2024 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.0304-2340.2024v84

Pede-se permuta
Pfdese 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*, *Bibliothekservice-Zentrum Baden-Württemberg*, *ZBD: Zeitschriftendatenbank*, e *Latindex*, dentre outras.

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

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

ISSN: 0304 – 2340

E-ISSN: 1984 – 1841

Periodicidade: semestral

1 – Direito – Periódicos – Faculdade de Direito da UFMG

CDU - 34 (05)

CDU - 340-05

Foto da Capa: Foca Lisboa - *Painel de Jarbas Juarez, 1997 - Auditório da Faculdade de Direito da UFMG*

Projeto Gráfico, Formatação e Capa: *Júnior Sena*

Impressão: *Imprensa Universitária da UFMG*

Tiragem: *120 exemplares*

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

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

FACULDADE DE DIREITO DA UFMG

Revista da Faculdade

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

CEP 30130-180 - Belo Horizonte - MG - Brasil

Tel.: + 55 31 3409-8651

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

revista@direito.ufmg.br

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

(Fundada em 1894)

Palavras do Conselheiro Affonso Penna no lançamento da Revista da Faculdade de Direito:
“*Encetando a publicação de sua Revista, vem a Faculdade Livre de Ciências Jurídicas e Sociais da capital do Estado de Minas Gerais contribuir com o seu modesto auxílio para o estudo do Direito, pedra angular sobre que repousam as sociedades humanas.*”

REITORA DA UFMG

Prof.^a. Dr.^a. Sandra Regina Goulart Almeida

VICE-REITOR DA UFMG

Prof. Dr. Alessandro Fernandes Moreira

DIRETOR DA FACULDADE DE DIREITO DA UFMG

Prof. Dr. Hermes Vilchez Guerrero

DIRETORA-EDITORA

Prof.^a. Dr.^a. Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau

DIRETOR-ADJUNTO

Prof. Dr. Lucas Carlos Lima

ASSESSORA EDITORIAL

Rosali Ramos Diniz

ASSISTENTE EDITORIAL

Sofia Araújo Oliveira Pereira

Stephanie Ferreira de Melo Andrade

Vitor Gandelman Prando

ASSISTENTE EM MÍDIA DIGITAL

Maria Alice Soria da Cunha

CONSELHO EDITORIAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Prof. Dr. João Maurício Leitão Adeodato (Universidade Nove de Julho - São Paulo, SP - Brasil)

Profa. Dra. Juliana Neuenschwander Magalhães (Universidade Federal do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro, RJ - Brasil)

Prof. Dr. Juan Ramón Capella Hernandez (Universidad de Barcelona - Barcelona, Cataluña - Espanha)

Profa. Dra. Lorena Ossio Bustillos (Max-Planck - Institute and German University of Administrative Sciences - Speyer, Rheinland-Pfalz - Alemanha)

Prof. Dr. Mikhail Antonov (Law Faculty of National Research University “Higher School of Economics” - Saint Petersburg, Northwestern - Russia)
Prof. Dra. Miracy Barbosa de Sousa Gustin (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG - Brasil)
Prof. Dra. Misabel de Abreu Machado Derzi (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG - Brasil)
Prof. Dra. Mônica Sette Lopes (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG - Brasil)
Prof. Dra. Natasha Schmitt Cáccia Salinas (Fundação Getúlio Vargas - Rio de Janeiro, RJ - Brasil)
Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho (Universidade de São Paulo - Ribeirão Preto, SP - Brasil)
Prof. Dr. Paolo Palchetti (Université Paris 1 Panthéon – Sorbonne - França)
Prof. Dr. Pierre Issalys (Université Laval, Canadá - Québec , Québec - Canadá)
Prof. Dr. Ricardo Antônio Lucas Camargo (Universidade Federal do Rio Grande do Sul - Porto Alegre, RS - Brasil)
Prof. Dr. Roberto Luiz Silva (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG - Brasil)
Prof. 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. Dra. Adriane Medianeira Toaldo (Universidade Luterana do Brasil – RS)
Prof. Dr. Adriano Teixeira Guimarães (Fundação Getulio Vargas – SP)
Prof. Dra. Aparecida Luzia Alzira Zuin (Universidade Federal de Rondônia – RO)
Prof. Dr. Carlos Nelson Konder (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – RJ)
Prof. Dr. Daniel Francisco Nagao Menezes (Faculdades de Campinas – SP)
Prof. Dr. Danilo Fontenele Sampaio Cunha (Centro Universitário 7 de Setembro – CE)
Prof. Dr. Daury Cesar Fabríz (Universidade Federal do Espírito Santo – ES)
Prof. Dr. Deo Campos Dutra (Universidade Católica de Brasília – DF)
Prof. Dr. Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima (Universidade Federal do Piauí – PI)
Prof. Dr. Emerson José Sena da Silveira (Universidade Federal de Juiz de Fora – MG)
Prof. Dr. Fredys Orlando Sorto (Universidade Federal da Paraíba – PB)
Prof. Dra. Isabel Christine Silva De Gregori (Universidade Federal de Santa Maria – RS)
Prof. Dr. José Alberto Antunes Miranda (Universidade de La Salle – RS)
Prof. Dr. Joseli Lima Magalhães (Universidade Federal do Piauí – PI)
Prof. Dr. Leonardo da Silva Sant’ Anna (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – RJ)
Prof. Dr. Marcelo Antonio Theodoro (Universidade Federal do Mato Grosso – MT)
Prof. Dr. Marcelo Sampaio Siqueira (Centro Universitário 7 de Setembro – CE)
Prof. Dra. Maria Célia Delduque (Universidade Federal do Maranhão – MA)
Prof. Dra. Maurinice Evaristo Wenceslau (Universidade Mato Grosso do Sul – MS)
Prof. Dr. Oksandro Osdival Gonçalves (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PR)
Prof. Dr. Pedro Salomon Bezerra Mouallem (Centro Brasileiro de Análise e Planejamento CEBRAP – SP)
Prof. Dr. Rodrigo Sanchéz Rios (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PR)
Prof. Dra. Ronaldo Lima dos Santos (Universidade de São Paulo – SP)
Prof. Dr. Rose Dayanne Santos de Brito (Universidade Federal de Campina Grande – PB)
Prof. Dr. Silvio Cesar Arouck Gemaque (Universidade Municipal de Caetano do Sul – SP)
Prof. Dra. Thays de Mello Giaimo (Pontifícia Universidade Católica de Campinas – SP)

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

REFLEXÕES ACERCA DA
SOBREPOSIÇÃO DE SANÇÕES PENAIS E
ADMINISTRATIVAS NA PERSPECTIVA
DA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

*Adriano Farias Puerari
Yuri Schneider*

... 17 ...

REFLECTIONS ON THE OVERLAP
OF PENAL AND ADMINISTRATIVE
SANCTIONS FROM THE PERSPECTIVE
OF THE BRAZILIAN ANTI-
CORRUPTION LAW

*Adriano Farias Puerari
Yuri Schneider*

FROM PROTECTION OF PROPERTY
TO A USELESS DISTINCTION: THE
CONCEPTS OF PUBLIC UTILITY AND
PUBLIC NECESSITY (UTILIDADE E
NECESSIDADE PÚBLICA) IN THE
BRAZILIAN LAW OF EXPROPRIATION
(1826-1941)

Arthur Barrêto de Almeida Costa

... 45 ...

DE PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE A
DISTINÇÃO INÚTIL: OS CONCEITOS
DE UTILIDADE PÚBLICA E
NECESSIDADE PÚBLICA NO DIREITO
BRASILEIRO DA DESAPROPRIAÇÃO
(1826-1941)

Arthur Barrêto de Almeida Costa

A RETÓRICA DA HISTÓRIA DO
DIREITO: NARRATIVA, FICÇÃO E
SISTEMA

Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo

... 73 ...

THE RHETORIC OF HISTORY OF LAW:
NARRATIVE, FICTION AND SYSTEM

Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo

VISÃO SOCIAL DO DIREITO
FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO:
PERSPECTIVA BASEADA EM BOURDIEU

*Carol De Oliveira Abud
Patricia Gorisch
Luciano Pereira de Souza*

... 97 ...

SOCIAL VIEW OF THE FUNDAMENTAL
RIGHT TO FOOD: A PERSPECTIVE
BASED ON BOURDIEU

*Carol De Oliveira Abud
Patricia Gorisch
Luciano Pereira de Souza*

DECLARAR ILEGAIS OS MÉTODOS
INJUSTOS DE COMPETIÇÃO
COMERCIAL: A CRIAÇÃO DA
FEDERAL TRADE COMMISSION E
SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO DA
CONCORRÊNCIA BRASILEIRO

Davi Monteiro Diniz

... 117 ...

DECLARING THE UNFAIR METHODS
OF COMPETITION IN COMMERCE
UNLAWFUL: THE FOUNDING OF
THE FEDERAL TRADE COMMISSION
AND ITS REPERCUSSION ON THE
BRAZILIAN ANTITRUST LAW

Davi Monteiro Diniz

TRANSFERÊNCIA DE EXECUÇÃO
DA PENA NO DIREITO BRASILEIRO:
OBJETIVOS, REQUISITOS E
PROCEDIMENTOS

Ely Caetano Xavier Junior

... 141 ...

TRANSFER OF THE ENFORCEMENT
OF JUDGMENTS IN BRAZILIAN LAW:
PURPOSES, REQUIREMENTS AND
PROCEDURES

Ely Caetano Xavier Junior

**L'EMPIETEMENT DE FONCTION ET
SES DIFFERENTES PERIPETIES DANS
LA GESTION DES PROVINCES EN RDC :
CAS DE L'INTERIM DU GOUVERNEUR
DE PROVINCE**

*Germain Ngoie Tshibambe
Janvier Lemere Kiyombo Makonga ... 171...*

**THE ENCROACHMENT OF FUNCTION
AND ITS DIFFERENT PERIPETIES IN
THE MANAGEMENT OF PROVINCES
IN THE DRC: CASE OF THE AD
INTERIM GOVERNOR OF PROVINCE**

*Germain Ngoie Tshibambe
Janvier Lemere Kiyombo Makonga*

**A RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA
ESTATAL DIANTE DAS MIGRAÇÕES
INTERNACIONAIS E A RESSURGÊNCIA
DO DIREITO DE ENTRADA**

Jahyr-Philippe Bichara ... 191...

**THE RELATIVIZATION OF
STATE SOVEREIGNTY BEFORE
INTERNATIONAL MIGRATIONS AND
THE RESURGENCE OF THE RIGHT OF
ENTRY**

Jahyr-Philippe Bichara

**DESAFIOS DA PESQUISA EMPÍRICA
COM PROCESSOS JUDICIAIS:
OBSERVAÇÕES A PARTIR DA
EXPERIÊNCIA COM AUTOS DE
DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR**

Janaína Dantas Germano Gomes ... 217...

**CHALLENGES OF EMPIRICAL
RESEARCH WITH COURT
PROCEDURES: NOTES FROM THE
EXPERIENCE WITH CASES OF
TERMINATION OF PARENTAL RIGHTS**

Janaína Dantas Germano Gomes

**A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL VERSUS
DIREITOS AUTORAIS: A IMPUNIDADE
DO USO NÃO AUTORIZADO, ESPECIAL
REFERÊNCIA AO BRASIL**

Janny Carrasco Medina ... 243...

**ARTIFICIAL INTELIGENTE VERSUS
COPYRIGHT: IMPUNITY FOR
UNAUTHOTIZED USE, SERIAL
REFRENCE TO BRAZIL**

Janny Carrasco Medina

**BIOMETRIA FACIAL E TECNOLOGIAS
DE MONITORAMENTO À LUZ DOS
DIREITOS DA PERSONALIDADE DO
TRABALHADOR: ASPECTOS DO
CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA E DA
SOCIEDADE DO CONTROLE NAS
RELAÇÕES LABORAIS**

*Lourival José de Oliveira
Fabiano Fernando da Silva ... 265...*

**FACIAL RECOGNITION AND
MONITORING TECHNOLOGIES
IN THE LIGHT OF WORKERS'
PERSONALITY RIGHTS: ASPECTS OF
SURVEILLANCE CAPITALISM AND
THE CONTROL SOCIETY IN LABOR
RELATIONS**

*Lourival José de Oliveira
Fabiano Fernando da Silva*

**TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS
E TECIDOS E O PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL DA
SOLIDARIEDADE**

*Luiz Dias Martins Filho
Jorge Renato dos Reis ... 285...*

**ORGAN AND TISSUE
TRANSPLANTATIONS AND THE
CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF
SOLIDARITY**

*Luiz Dias Martins Filho
Jorge Renato dos Reis*

**A RES PUBLICA NA REALEZA
ROMANA: DIREITO, FAMÍLIA E
ORGANIZAÇÃO POLÍTICA CIDADÃ**

Mauricio da Cunha Savino Filó ... 313...

**THE RES PUBLICA IN ROMAN
ROYALTY: LAW, FAMILY AND CITIZEN
POLITICAL ORGANIZATION**

Mauricio da Cunha Savino Filó

**EMPLOYEE’S RIGHT TO
INFORMATION IN ECHR JUDGMENTS:
ANALYSIS OF SPECIFIC CASES WHERE
THIS RIGHT WAS VIOLATED OR
RECOGNIZED**

*Oleg M. Yaroshenko
Nataliia O. Melnychuk
Olena YE. Lutsenko
Natalya M. Vapnyarchuk
Viktoriia I. Sheverdina* ... 335...

**DIREITO DO TRABALHADOR À
INFORMAÇÃO NOS ACÓRDÃOS
DO TEDH: ANÁLISE DE CASOS
ESPECÍFICOS EM QUE ESTE DIREITO
FOI VIOLADO OU RECONHECIDO**

*Oleg M. Yaroshenko
Nataliia O. Melnychuk
Olena YE. Lutsenko
Natalya M. Vapnyarchuk
Viktoriia I. Sheverdina*

**TRATAMENTO LEGAL DO PLANO
DE RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL
BRASILEIRO NA HIPÓTESE DE
INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL**

Sabrina Maria Fadel Becue ...351...

**LEGAL TREATMENT OF BRAZILIAN
OUT-OF-COURT REORGANIZATION
PLAN IN CASE OF CROSS-BORDER
INSOLVENCY**

Sabrina Maria Fadel Becue

**O PAPEL DA MEDIAÇÃO NA
PROMOÇÃO DO DIREITO DE ACESSO
À JUSTIÇA E NA CONCRETIZAÇÃO
DO ODS 16 DA AGENDA 2030: “PAZ,
JUSTIÇA E INSTITUIÇÕES EFICAZES”**

*Susana Isabel da Cunha Sardinha Monteiro
Cátia Sofia Marques Cebola* ... 367...

**THE ROLE OF MEDIATION IN
PROMOTING THE RIGHT OF ACCESS
TO JUSTICE AND IN ACHIEVING
SDG 16 OF THE 2030 AGENDA:
“PEACE, JUSTICE AND STRONG
INSTITUTIONS”**

*Susana Isabel da Cunha Sardinha Monteiro
Cátia Sofia Marques Cebola*

**DADOS E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL:
INVESTIGAÇÃO HERMENÊUTICA
SOBRE OS PRESSUPOSTOS NÃO
TEMATIZADOS DA REGULAÇÃO
JURÍDICA**

*Thiago Dias De Matos Diniz
Maria Helena Damasceno e Silva Megale* ... 395...

**DATA AND ARTIFICIAL
INTELLIGENCE: HERMENEUTICAL
INVESTIGATION ON THE NON-
THEMATIZED ASSUMPTIONS OF
LEGAL REGULATION**

*Thiago Dias De Matos Diniz
Maria Helena Damasceno e Silva Megale*

**IL “SUPERAMENTO
DELLAPERSONALITÀ GIURIDICA”:
ALCUNE CONSIDERAZIONI ALLA
LUCE DELDIRITTO SOCIETARIO
ITALIANO**

*Andrea Caprara
Érico Andrade
Marcelo de Oliveira Milagres* ... 417...

**THE “OVERCOMING OF
LEGAL PERSONALITY”: SOME
CONSIDERATIONS IN THE LIGHT OF
ITALIAN COMPANY LAW**

*Andrea Caprara
Érico Andrade
Marcelo de Oliveira Milagres*

TRADUÇÕES / TRANSLATIONS

**DAS SUCESSÕES: DIREITO HEBREU
ATRAVÉS DA BÍBLIA E DO TALMUDE**

Mateo Goldstein ... 447...

**SUCCESSION LAW: HEBREW LAW
THROUGH THE OPTICS OF THE BIBLE
AND THE TALMUD**

Mateo Goldstein

EDITORIAL

Cumprindo os desígnios e a tradição de periódico científico de excelência, a nossa Revista percorre a esteira de sempre se voltar ao escopo de aprimoramento da Ciência do Direito, revestindo-se como um espaço fértil para a manifestação da Ciência Social Aplicada. Em cumprimento a esse desígnio, buscamos veicular contribuições que traduzam pesquisas e reflexões variadas e, em regra, sem um foco temático predeterminado. Imbuídos desse espírito, verificamos nesta edição de número 84, artigos que desvelam contextos nacionais voltados à análise crítico-científica de sortidos blocos de temas jurídicos, além de alguns outros artigos que contribuem para análises sob vieses internacionais, estando todos marcados pela atualidade, análise crítica sistematizada e profundidade científica. Os autores/colaboradores(as) aqui reunidos deram destaque a assuntos que chamam a atenção para considerações de relevância social, econômica, filosófica, política, de afetação nacional e internacional. As questões jurídicas que enviam esses núcleos fundamentais estão refletidas por meio das narrativas doutrinárias trazidas, as quais refletem um olhar sempre humanizado e crítico. Há, ainda, temas que revisitam certas âncoras históricas do Direito, com vistas a se identificar alguns avanços e retrocessos, inerentes ao dinamismo das relações sociais, sendo inevitavelmente buscar compreendê-los e enfrentá-los. Assim, a edição nº 84 da nossa Revista vem apresentando artigos, no que tange ao Direito Constitucional, com abordagens científicas que comentam sobre os “Transplantes de órgãos e tecidos e o princípio constitucional da solidariedade”, encaminhado por Luiz Dias Martins Filho et Jorge Renato dos Reis - Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC); e, sobre outro tema, analisa a “Visão social do direito fundamental à alimentação: perspectiva baseada em Bourdieu”, escrito em coautoria por Carol de Oliveira Abud; Patrícia Gorisch et Luciano Pereira de Souza - Universidade Santa Cecília (UNISANTA). Orbitando entre o Direito e o Processo Civil, temos uma discussão sobre os “Desafios da pesquisa empírica com processos judiciais: observações a partir da experiência com autos de destituição do poder familiar”, por Janaína Dantas Germano Gomes – Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); DOI: 10.12818/P.0304-2340.2024v84p11 Já sob o enfoque do Direito Internacional Privado e Público, poderão ser encontrados três

artigos: “Declarar ilegais os métodos injustos de competição comercial: a criação da Federal Trade Commission e sua influência no direito da concorrência brasileiro”, de autoria do professor Davi Monteiro Diniz (UFMG); “A relativização da soberania estatal diante das migrações internacionais e a ressurgência do direito de entrada”, por Jahyr-Philippe Bichara - Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN); e ainda, o artigo intitulado “Tratamento legal do plano de recuperação extrajudicial brasileiro na hipótese de insolvência transnacional”, de autoria de Sabrina Maria Fadel Becue – Universidade de São Paulo (USP). Na área da tecnologia e da proteção de dados, será possível acompanhar reflexões sobre temas em crescente ebulição, controvérsias e polêmicas, tais como: “Dados e inteligência artificial: investigação hermenêutica sobre os pressupostos não tematizados da regulação jurídica”, por Maria Helena Damasceno e Silva Megale et Dr. Thiago Dias de Matos Diniz (UFMG); “A inteligência artificial versus direitos autorais: a impunidade do uso não autorizado, especial referência ao Brasil”, por Janny Carrasco Medina - (Mackenzie - Brasília); e sobre a “Biometria facial e tecnologias de monitoramento à luz dos direitos da personalidade do trabalhador: aspectos do capitalismo de vigilância e da sociedade do controle nas relações laborais”, escrito em coautoria por Lourival José de Oliveira et Fabiano Fernando da Silva - Universidade Estadual de Londrina e Universidade de Marília (UEL e UNIMAR); Explorando sobre o Direito e o Processo Penal foram examinadas as seguintes matérias sob enfoque científico: “Transferência de execução da pena no direito brasileiro: objetivos, requisitos e procedimentos”, por Ely Caetano Xavier Junior - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ); e o artigo intitulado “Reflexões acerca da sobreposição de sanções penais e administrativas na perspectiva da lei anticorrupção brasileira”, escrito em coautoria por Adriano Farias Puerari et Yuri Schneider Universidade do Vale de Itajaí (UNIVALI) e Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Preocupando-se em pontuar conexões entre o direito e suas origens históricas, incluem-se nessa edição da Revista as seguintes abordagens: “A res publica na realeza romana: direito, família e organização política cidadã”, por Maurício da Cunha Savino Filó - Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC); e o artigo que analisa “A retórica da história do direito: narrativa, ficção e sistema”, por Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo - Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA).

No espaço reservado aos artigos estrangeiros, os quais foram encaminhados à nossa Revista pelos respectivos autores, doutores e pesquisadores, serão encontrados trabalhos de variados temas oriundos de cinco países distintos. Desde já, agradecemos por essas importantes colaborações, que fazem chegar até nós relevantes abordagens de pesquisas desenvolvidas em cada uma das sociedades de origem. Entre as contribuições há textos de pesquisadores e pesquisadoras de Portugal, Ucrânia, República Democrática do Congo, Alemanha e Itália conforme indicações a seguir.

1. “O papel da mediação na promoção do direito de acesso à justiça e na concretização do ODS 16 da agenda 2030: “Paz, justiça e instituições eficazes”, por Susana Isabel da Cunha Sardinha Monteiro et Cátia Sofia Marques Cebola - Instituto Politécnico de Leiria – Polo de Leiria e Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos – ICFML (Portugal);
2. “Employee’s right to information in echr judgments: analysis of specific cases where this right was violated or recognized”, por Oleg M. Yaroshenko; Nataliia O. Melnychuk; Olena Ye. Lutsenko; Natalya M. Vapnyarchuk et Viktoriia I. Sheverdina - National Academy of Legal Sciences of Ukraine (Ucrânia);
3. “L’empietement de fonction et ses differentes peripeties dans la gestion des provinces en RDC: cas de l’interim du gouverneur de province”, por Germain Ngoie Tshibambe et Janvier Kiyombo Makonga Lemere - Université de Lubumbashi (República Democrática do Congo);
4. “From protection of property to a useless distinction:the concepts of public utility and public necessity (utilidade e necessidade pública) in the brazilian law of expropriation (1826-1941)”, por Arthur Barrêto de Almeida Costa - Max Planck Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie (Alemanha).
5. “Il «superamento della personalità giuridica»: alcune considerazioni alla luce del diritto societario italiano” por Andrea Caprara - Università di Verona (Itália), Érico Andrade – Universidade Federal de Minas Gerais e Marcelo De Oliveira Milagres - Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil).

Finalmente, completando os registros desse número 84 da Revista e encerrando essa edição, publicamos o original e histórico texto do autor Mateo Goldstein, intitulado “Das sucessões: direito hebreu através da bíblia e do talmude”, publicado originalmente com o título Derecho hebreo: a través de la Biblia y el Talmud, em 1947 a nós revelado pela acurada tradução realizada pelos pesquisadores Fabiana de Menezes Soares et Thiago Brasileiro Vilar Hermont (ambos da UFMG). Reforçamos os nossos agradecendo pela deferência a nossa Revista e pela gentil colaboração de cada um(a) dos pesquisadores e pesquisadoras - nacionais e estrangeiros - que contribuíram para a execução dessa edição e convidamos os leitores(as) a compartilharem conosco das ideias e dos debates que foram trazidos nesse número 84 da Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Muito nos apraz poder ser um veículo de ampliação de novos olhares sobre os interessantes temas ora compartilhados e que propagam relevantes investigações científicas e discussões acadêmicas, identificadas tanto com o cenário brasileiro como o internacional!

PROF. TEREZA CRISTINA SORICE BARACHO THIBAU
DIRETORA-EDITORA

PROF. LUCAS CARLOS LIMA
DIRETOR-ADJUNTO

ARTIGOS / ARTICLES

REFLEXÕES ACERCA DA SOBREPOSIÇÃO DE SANÇÕES PENAIS E ADMINISTRATIVAS NA PERSPECTIVA DA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA

REFLECTIONS ON THE OVERLAP OF PENAL AND ADMINISTRATIVE SANCTIONS FROM THE PERSPECTIVE OF THE BRAZILIAN ANTI-CORRUPTION LAW

ADRIANO FARIAS PUERARI*
YURI SCHNEIDER**

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de discutir as intersecções e distinções entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador no contexto da legislação brasileira de combate à corrupção, especialmente a Lei nº 12.846/2013. Nesse tocante, visa analisar como esses ramos do direito se sobrepõem em termos de sanções aplicáveis por atos corruptivos, questionando a legitimidade e as implicações de tal sobreposição. A pesquisa recorrerá a uma revisão de literatura multidisciplinar sobre o tema, especialmente relacionadas ao Direito Penal e ao Direito Administrativo, demonstrando os limites e possibilidades dentro do sistema jurídico para garantir a eficácia da legislação anticorrupção sem comprometer os direitos fundamentais. O que se identifica é que apesar de operarem em esferas aparentemente distintas, há uma convergência significativa nas sanções aplicadas no âmbito das práticas corruptivas, o que pode levar a duplicidades ou inconsistências jurídicas. Portanto, a pretensão contributiva está na adequação da compreensão dos princípios legais que regem as sanções administrativas e penais, destacando a necessidade de uma interpretação coerente que evite contradições e reforce a eficácia das medidas anticorrupção.

ABSTRACT

This article aims to discuss the intersections and distinctions between Criminal Law and Administrative Sanctioning Law in the context of Brazilian anti-corruption legislation, particularly Law No. 12,846/2013. It seeks to analyze how these branches of law overlap in terms of sanctions applicable for corrupt acts, questioning the legitimacy and implications of such an overlap. The research will utilize a multidisciplinary literature review on the topic, specifically related to Criminal Law and Administrative Law, demonstrating the limits and possibilities within the legal system to ensure the effectiveness of anti-corruption legislation without compromising fundamental rights. It is identified that despite operating in seemingly distinct spheres, there is significant convergence in the sanctions applied within the scope of corrupt practices, which may lead to duplications or legal inconsistencies. Therefore, the contributory intention lies in the appropriate understanding of the legal principles governing administrative and penal sanctions, highlighting the need for coherent interpretation that avoids contradictions and strengthens the effectiveness of anti-corruption measures.

* Doutorando em Ciência Jurídica pela Univesità degli Studi di Perugia (UNIPG) e pela UNIVALI. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas, com menção em Direito Administrativo pela Universidade de Coimbra.
E-mail: adriano@csmadv.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7069-1930>.

** Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Professor Adjunto da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM.
E-mail: yuri.schneider@ufsm.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7635-2756>.

PALAVRAS-CHAVE: Sobreposição de sanções. Direito Penal. Direito Administrativo Sancionador. Lei Anticorrupção.

KEYWORDS: *Overlap of Sanctions. Criminal Law. Administrative Sanctioning Law. Anti-Corruption Law.*

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Os vasos comunicantes entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador – 2.1. Aproximação ao tema – 2.2. Evolução e autonomia do Direito Administrativo Sancionador – 3. A Lei Anticorrupção brasileira como Direito Penal “envergonhado” – 3.1. Os sancionamentos na lei anticorrupção e a sua aproximação analítica com o Direito Penal – 3.2. A sobreposição de sanções de caráter penal e de caráter administrativo - 4. Conclusão – 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A globalização, intensificada pelas inovações tecnológicas, tem levado a um aumento significativo na corrupção, transformando-a em um problema de dimensões globais. Este fenômeno é evidenciado pela participação de grandes grupos transnacionais em escândalos que repercutem mundialmente. Em resposta, a comunidade internacional, incluindo a ONU, estabeleceu mecanismos de combate à corrupção, como a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, que aborda a prevenção, penalização, recuperação de ativos e cooperação internacional.

No Brasil, o arcabouço jurídico anticorrupção é representado principalmente pela Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e seu regulamento, o Decreto nº 11.129/2022, que preveem a responsabilização civil e administrativa por atos corruptivos. Historicamente, a corrupção já era combatida pelo Direito Penal, no entanto, a Lei nº 12.846/2013 introduziu um regime de Direito Administrativo Sancionador, o que traz à tona a necessidade de analisar a interação entre as sanções penais e administrativas previstas pela legislação anticorrupção.

Este trabalho tem como objetivo investigar a proximidade entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal na aplicação de sanções pela Lei Anticorrupção. Primeiramente, questiona-se a verdadeira natureza da legislação no que tange à distância entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal. Em um segundo momento, investiga-se se os ilícitos administrativos configuram uma sobreposição às sanções penais.

Para alcançar esses objetivos, à luz da Lei nº 12.846/2013, são examinados os pontos de contato entre as sanções administrativas e penais. É que a legislação introduz um novo sistema punitivo, que pode sobrepor diferentes sanções em relação a condutas semelhantes. Embora a lei afirme que suas sanções não interferem em outros processos punitivos, é essencial investigar a possibilidade

de uma aproximação analítica entre o regime Administrativo Sancionador anticorrupção e o Direito Penal.

A partir dessa perspectiva, o propósito deste estudo é observar a existência ou não de sobreposição de sanções da Lei Anticorrupção com aquelas estabelecidas em outros domínios do direito punitivo, especialmente no Direito Penal, questionando assim a legitimidade e eficácia desse regime jurídico sancionador contra atos de corrupção.

2. OS VAZOS COMUNICANTES ENTRE O DIREITO PENAL E O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

2.1 APROXIMAÇÃO AO TEMA

A lei anticorrupção nº 12.846 foi publicada em 1º de agosto de 2013, tendo entrado em vigor no dia 29 de janeiro de 2014, após regular período de *vacatio legis*. O diploma anticorrupção tem como parâmetros, no direito comparado, a Lei Norte-Americana sobre Práticas de Corrupção no Exterior (FCPA – Foreign Corrupt Practices Act)¹ e no Bribery Act Britânico de 2010², para citar as principais.

No Brasil, está inspirada no conteúdo do Decreto 3.678/00, que internalizou a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris³; no Decreto 4.410/02, que promulgou a Convenção Interamericana contra a Corrupção, em Caracas⁴; e no Decreto 5.687/06 que adota a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção⁵. Inegável, portanto, o fato de que o caldo de cultura da lei decorre da confluência de tratados internacionais sobre o tema da corrupção, todos dos quais o Brasil é firmatário.

1 A FCPA Americana é uma das principais leis anticorrupção do mundo. Foi aprovada pelo Congresso dos Estados Unidos em 1977 e prevê sanções penais, administrativas e civis para funcionários, administradores e representantes de empresas que pratiquem atos de corrupção no estrangeiro, tanto por atos realizados pelas matrizes como por suas subsidiárias. Disponível em: <www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/fcpa-portuguese.pdf>. Acesso em 2 mai. 2024.

2 Bribery Act 2010. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf>. Acesso em: 2 mai. 2024.

3 BRASIL. *Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000*. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>. Acesso em 2 mai. 2024.

4 BRASIL. *Decreto 4.410, de 7 de outubro de 2002*. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso “c”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm>. Acesso em 2 mai. 2024.

5 BRASIL. *Decreto 5.687, de 31 de janeiro de 2006*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em 2 mai. 2024.

É de se ressaltar que o pacote anticorrupção inaugurado a partir da Lei 12.846/2013 não pode ser lido em um contexto isolado, uma vez que surge em um panorama recente de edição de leis que tratam de matérias relacionadas ao aparelhamento das atividades administrativas no combate a perpetuação de práticas proibidas. É o caso da Lei nº 12.527/11, que regula o acesso a informações acerca da administração pública, com base no art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal⁶; da Lei nº 12.683/12, que aprimora o regime contra a lavagem de dinheiro⁷; e da Lei nº 12.813/13, que trata do conflito de interesses no âmbito da administração federal⁸.

Embora não se trate de uma lei penal - o próprio preâmbulo informa que a legislação dispõe da responsabilização administrativa e civil -, as penas previstas são muito rígidas, aproximando-se em muito das sanções criminais. Tal rigor empregado acaba por tornar a legislação brasileira uma das mais severas do mundo no que tange ao combate contra a corrupção.

Nesse talante, a partir dos inegáveis vasos comunicantes entre as sanções penais e as sanções administrativas⁹, é indispensável trabalhar, à luz da lei anticorrupção, os pontos comuns entre as sanções previstas para espécie com as já existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque a norma prevê um grupo de modalidades sancionadoras administrativas que, pelo seu alto grau de lesividade, não se limitam à função de complementar os ilícitos penais, sobrepondo, talvez, a incidência de sanções em razão da proteção de interesses coletivos idênticos.

Provocadas pela entrada em vigor da lei anticorrupção, essas ilações surgem da impossibilidade de se ignorar a existência de verdadeiros pontos cinzentos entre os poderes e os limites sancionatórios do Direito Penal e do Direito Administrativo. Nesse sentido, a identificação e a classificação

6 BRASIL. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em 2 mai. 2024.

7 BRASIL. *Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012*. Altera a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm>. Acesso em 2 mai. 2024.

8 BRASIL. *Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013*. Dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego; e revoga dispositivos da Lei no 9.986, de 18 de julho de 2000, e das Medidas Provisórias nos 2.216-37, de 31 de agosto de 2001, e 2.225-45, de 4 de setembro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12813.htm>. Acesso em 6 mai. 2015.

9 Sobre a dificuldade de diferenciação entre as sanções penais e as sanções administrativas, ver PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 133-142.

das características de sancionamento de cada campo normativo sempre representou uma provocação, tanto para os jus-penalistas quanto para os jus-administrativistas.

As sanções administrativas, enquanto substrato do Direito Administrativo Sancionador, e as sanções penais, integrantes do arcabouço do Direito Penal, consubstanciam-se em espécies do gênero Direito Sancionatório Público¹⁰, categoria com elevada carga de interdisciplinariedade e por muitos considerada “terra-de-ninguém”¹¹.

A evolução no tratamento dinâmico do Direito Sancionatório Público, considerando os liames entre Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal, vem ganhando cada vez maior espaço entre as produções científicas. A isso se deve, tanto mais que o seu crescente âmbito de alargamento, a incidência de uma realidade pretendida politicamente¹².

A respeito da questão político-criminal, Greco¹³, tratando da relação entre as sanções penais e administrativas no âmbito da proteção ao meio-ambiente, identifica a oposição de uma legalidade penal mais fechada com uma legalidade administrativa aberta e compatibilizada com os postulados de conveniência e discricionariedade, característicos dos atos administrativos discricionários.

Ocorre que o terreno do Direito Sancionatório Público e as suas particularidades não se limitam, ou sequer resumem, ao ditames do Direito Penal. Abrangem, de igual maneira, o viés do Direito Administrativo Sancionador, que se reflete através do exercício do poder punitivo da Administração Pública.

10 O Direito Sancionatório Público a título de qualificação, enquanto manifestação sobre o exercício do poder público de tipo sancionatório, acaba por emaranhar-se em querelas acerca da sua natureza, se predominantemente jurídico-penal ou jurídico-administrativa. De um lado, os penalistas, que defendem que muito embora as normas destinadas à regulação do exercício do poder sancionatório não penal se aproveitam dos mesmos tipos de garantias conformadoras da aplicação de normas jurídico-penais, devem ter aplicabilidade em menor grau de intensidade. De outro, os administrativistas, que sustentam que as decisões sancionatórias não penais constituem um ato típico da função administrativa, não podendo deixar de se sujeitarem às regras próprias do procedimento administrativo e das suas respectivas garantias. ROQUE, Miguel Prata. “O Direito Sancionatório Público enquanto bissetriz (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência Constitucional”, *in Revista de Concorrência e Regulação*. Ano IV, Número 14/15, abr-set 2013, Coimbra: Almedina, p. 105-173.

11 A expressão é de Jorge Pereira da Silva, ainda que se referindo ao Direito de Mera Ordenação Social – espécie de direito sancionatório prevista apenas na Alemanha e em Portugal -, que será oportunamente mencionada. SILVA, Jorge Pereira da. Breve nota sobre o Direito Sancionatório do ambiente, *in* Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras (org. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias & Paulo Sousa Mendes), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 271-296.

12 CLUNY, António. Breve reflexão sobre os caminhos do direito administrativo sancionador português. *In*: MEDINA OSÓRIO, Fábio (Coord.). *Direito Sancionador: sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 41-93.

13 GRECO, Luis. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. *In*: Revista brasileira de ciências criminais. Ano 14, 2006, n. 58 p. 155-156.

Diferentemente do que ocorre no Brasil, a aproximação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador já foi posta em evidência em países europeus desde o século XIX, a partir da evolução dos estudos sobre a Teoria da Sanção¹⁴. Daí porque o Direito Administrativo Sancionador, como ramo dotado de autonomia, tem ganhado cada vez maior relevância prática na solução dos conflitos que surgem do exercício de poder estatal. Para além do poder de polícia do Estado liberal¹⁵, as atividades sancionatórias da Administração alcançam, atualmente, espaços antes reservados apenas à responsabilização penal. É que no contexto pós-liberal, emana do Estado uma função de perseguir políticas públicas endereçadas a importantes aspectos no combate à impunidade, particularizadas, no contexto desta exposição, às práticas da corrupção.

No universo dos ilícitos de combate à corrupção, a alta dimensão lesiva das sanções administrativas da lei decorre do sentimento de impunidade verificado – e intensificado – nos últimos anos no Brasil. Daí a importante relevância técnica da proteção aos direitos e garantias fundamentais, devendo-se assegurar, inclusive às pessoas jurídicas, níveis adequados de proteção contra os abusos do poder acusatório.

A simples dispersão na tutela de análogos fatos pode, *de per se*, gerar enorme insegurança jurídica. Por isso é que, muito embora já seja até comum existir multiplicidade de regimes sancionadores (penais e não penais) a resguardar uma diversidade de bens jurídicos ou de normas vigentes a proteger valores eventualmente idênticos, ou até mesmo uma aparente identidade de fatos ilícitos, certo é que a coerência de ações estatais sancionadoras não apenas é imperiosa, como se revela cada vez mais urgente.

É por isso que, afastadas as diferenças ontológicas¹⁶ entre as sanções nos ramos do Direito Administrativo Sancionador e do Direito Penal, o intuito é

14 A respeito dessa aproximação entre o direito administrativo sancionador e o direito penal, consulte-se Alejandro Nieto. Ressalta o autor espanhol que esses pontos de encontro significaram um recorte ao poder de polícia, de modo a implementar-se um regime sancionatório menos verticalizado e mais horizontalizado. NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. Ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 149-194.

15 Sobre o poder de polícia e a sua evolução no contexto sancionatório do direito administrativo, ver: ROQUE, Miguel Prata. “O Direito Sancionatório Público enquanto bisettriz (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência Constitucional”, in *Revista de Concorrência e Regulação*. Ano IV, Número 14/15, abr-set 2013, Coimbra: Almedina, p. 105-173; Sobre as leis de polícia como configuradoras de um direito penal de polícia, ver: VILELA, Alexandra. *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 43-54.

16 A respeito de uma análise crítica sobre a diferenciação ontológica entre os ilícitos penal e administrativo, consultar NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. Ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 152-162. Prates, fazendo referência à crítica de Enrique Aftalión menciona especificamente a “inadmissível” distinção entre ações *mala in se* (erradas ou ruins por si só) daquelas *mala quia prohibita* (erradas ou proibidas por lei), sendo que para a dogmática jurídica somente as últimas podem ter relevância. PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção*

desenvolver uma fundamentação contemporânea, fugindo as raízes teleológicas iniciais, em razão da necessária valorização dos interesses específicos da tutela das penalidades contra a corrupção, buscando um equilíbrio entre os valores de interdição à arbitrariedade e segurança jurídica.

Efetivamente, é imprescindível que haja uma quebra de paradigmas em matéria sancionatória, uma vez que se pressupõe uma singular aproximação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, propondo uma visão transdisciplinar do Direito Sancionatório Público.

Essa visão interdisciplinar evolui de uma dimensão interinstitucional que se verifica na aproximação e conjugação das instituições de fiscalização e controle de ilícitos, dada a multiplicidade das instâncias independentes aptas a aplicação de sanções. Nesta perspectiva, a análise da sobreposição das sanções penais e administrativas no âmbito da lei anticorrupção se constrói a partir de bases essencialmente unitárias entre os dois ramos do direito.

Cuida-se, a bem da verdade, de uma necessidade de especialização de tratamento dessa legislação. Se de um lado se fundamenta na proteção do interesse público e na outorga de prerrogativas sancionatórias especiais à Administração Pública, de outro se deve proporcionar um controle técnico que evite manifestações de arbítrio sancionador.

2.2 EVOLUÇÃO E AUTONOMIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Em função da atualidade da aplicação e alta incidência da lei diante dos escândalos corruptivos vivenciados no Brasil, os textos doutrinários que tratam das suas especificidades em sua maioria reconhecem que o diploma se submete ao regime jurídico do Direito Administrativo Sancionador. Considerando essa informação, pois, é que se justifica para os interesses desse trabalho o desenvolvimento histórico e a evolução deste âmbito do direito punitivo¹⁷.

Antes porém, é necessário dizer que o Direito Administrativo Sancionador brasileiro precisa de um choque de teoria. Uma teoria que passe dos bancos

Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia. Coimbra: Almedina, 2005, p. 136.

17 O Direito Administrativo Sancionador não é matéria desenvolvida à plenitude na doutrina e jurisprudência brasileira, ainda que já reconhecido como regime jurídico autônomo pelos Tribunais. Por todos, a respeito do tema, as obras de Régis Fernandes de Oliveira. *Infrações e sanções administrativas*, 1985; Heraldito Vitta. *A sanção do direito administrativo*, 2003, Edilson Pereira Nobre Júnior. *Sanções administrativas e princípios de direito penal*. Revista de Direito Administrativo, v.1, n. 219; Carlos Ari Sunfeld. *A defesa nas sanções administrativas*. Revista Forense, v. 289, p. 99; Rafael Munhoz Mello. *Sanção administrativa e o princípio da legalidade*. Revista Trimestral de Direito Público; Ana Carolina Carlos de Oliveira. *Hassemer e o Direito Penal Brasileiro: Direito de Intervenção, sanção penal e administrativa*, 2013; Bruno S. Pereira Ribeiro. *Análise crítica do direito penal secundário: investigação sobre a proposta de divisão do Direito Penal, à luz da dogmática e da política criminal*, 2012; Fábio Medina Osório. *Direito Administrativo Sancionador*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

acadêmicos à prática dos tribunais, que tenha substrato para transformar a perversa realidade punitiva que têm incidido neste domínio¹⁸.

O ponto de partida para o desenvolvimento do Direito Administrativo Sancionador como ramo autônomo do direito passa pela importância nas suas relações com o Direito Penal. É que, especialmente na Europa, a eminência daquele se deu muito em função de movimentos de despenalização¹⁹, com a transferência de normas penais para a tutela do Direito Administrativo.

O contexto político e social que os estados europeus atravessaram na segunda metade do século XIX é elemento fulcral no desenvolvimento do Direito Administrativo Sancionador de cada país, em especial na Espanha e em Portugal²⁰.

A proteção dos interesses da Administração Pública cabe tradicionalmente ao Direito Administrativo Sancionador, caracterizando-se pela gestão setorial de áreas sob a responsabilidade da administração, pela regulação de atividades cotidianas e pela coordenação das esferas de atuação do poder público²¹. Nesse contexto, a estrutura do ilícito administrativo ganha especial relevância, pois é a partir da sanção administrativa que se desvelam as ações punitivas da administração.

Na Espanha, a sanção administrativa possui desenvolvimento próprio desde há muito. A passagem para o Estado social naquele país acabou reforçando as sanções administrativas, que se desenvolveram ao lado das normas penais. É

18 A constatação é de Luis Fernando de Freitas Santos. SANTOS, Luis Fernando de Freitas. A tipicidade no direito administrativo sancionador: *Balada de la Justicia y la Ley*. In: OSÓRIO, Fábio Medina (Coord.). *Direito Sancionador: sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 255-280.

19 Nesse espectro entendemos que não se pode falar em descriminalização, sendo certo o emprego do termo despenalização, acompanhando o entendimento de Alexandra Vilela, ainda que a autora esteja a se referir ao Direito de Mera Ordenação Social Português. A autora portuguesa ainda é mais radical para defender que apenas se poderia estar diante de tal fenómeno de descriminalização se fosse possível concluir que determinada infração desapareceu por completo do direito punitivo. Nos demais casos de transmutação de infrações do direito penal para o direito administrativo sancionador, estar-se-ia diante tão-somente de uma reclassificação, uma redenominação VILELA, Alexandra. *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 157-158. Em sentido contrário, Figueiredo Dias refere que tal movimento pode ser entendido como uma consequência do movimento de descriminalização. Descriminalização que o penalista define em sentido estrito e técnico, enquanto desqualificação de uma conduta como crime, mas distinta da descriminalização de fato, da despenalização em sentido próprio, da não intervenção radical. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social. In: *Jornadas de Direito Criminal*, Lisboa: CEJ, 1983, p. 315-336.

20 Considerando as diferenças entre os regimes administrativos punitivos de cada país da União Europeia, uma digressão histórica exigiria análise própria, em função dos diferentes caminhos que se seguiram. Para os propósitos deste trabalho, todavia, a análise se limita a Espanha, pela proximidade ao regime brasileiro, sem deixar de descuidar da evolução portuguesa, em razão dos referenciais teóricos selecionados pelos autores.

21 OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o Direito Penal Brasileiro: Direito de Intervenção, sanção penal e administrativa*. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 104.

por este motivo que a doutrina espanhola debruça especial caracterização aos limites desse instituto. Garcia de Enterría conceitua a sanção administrativa como um mal inflingido pela administração a um administrado, em consequência de uma conduta ilícita, sendo que esse mal, representando a finalidade aflictiva, consistiria sempre na privação de um bem ou direito²². Em linhas mais gerais, Alejandro Nieto a caracteriza como qualquer manifestação decorrente do poder de intervenção da Administração Pública para a consecução dos seus fins²³.

Em Portugal, a evolução da sanção administrativa passa necessariamente pelo estudo do Regime Geral das Contra-Ordenações. É que, por modelo importado da Alemanha, em relevante esforço do Mestre de Coimbra, Eduardo Correa, o Direito Administrativo Punitivo encontra lugar no direito de Mera Ordenação Social e no Direito Administrativo Sancionatório *stritu sensu*²⁴. As contra-ordenações e a sua evolução em Portugal se deu muito em função do trabalho de grandes penalistas, dentre os quais se destacam Faria Costa, Figueiredo Dias e Costa Andrade, que aprofundaram as suas origens a partir das teorias de Goldshmidt acerca do direito penal administrativo²⁵ em uma evolução do direito penal de polícia até o direito contra-ordenacional²⁶. De qualquer modo, há trabalhos relevantes que definem a anatomia da sanção administrativa geral e a sua autonomia perante o próprio direito das contra-ordenações²⁷.

22 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El problema jurídico de las sanciones administrativas. *Revista española de derecho administrativo*, n. 10, 1976, p. 399-430.

23 NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. Ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 142.

24 Em classificação mais acurada, Miguel Prata Roque define uma multiplicidade de sanções administrativas não penais, em que os poderes sancionatórios assim se distribuem: i) poder sancionatório contraordenacional; ii) poder sancionatório disciplinar (público); iii) poder sancionatório financeiro; e iv) poder sancionatório administrativo em sentido estrito. ROQUE, Miguel Prata. “O Direito Sancionatório Público enquanto bisetris (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência Constitucional”, in *Revista de Concorrência e Regulação*. Ano IV, Número 14/15, abr-set 2013, Coimbra: Almedina, p. 105-173.

25 Sobre a construção do conceito de direito penal administrativo, tal como foi concebido por Goldshmidt, passando pela evolução do pensamento de E. Wolf, para quem este ramo do direito, do ponto de vista formal, era autêntico direito penal, até o atual direito das contra-ordenações e à sua autonomização frente ao direito penal, ver COSTA ANDRADE, Manuel da. Contributo para o conceito de contra-ordenação: a experiência alemã. In: CORREIA, Eduardo. *Direito penal economico e eruopeu – textos doutrinários*. Vol. I, problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

26 Ainda que a doutrina discuta até hoje o caminho percorrido pelas contra-ordenações e o seu lugar – se no Direito Administrativo ou no Direito Penal -, o que se verifica é que o Direito Administrativo Sancionador português, em sentido largo, está passos a frente do Brasil. Para um aprofundamento sobre este assunto, ver BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. *Crimes e Contra-Ordenações: da cisão à convergência material. Ensaio para uma recompreensão da relação entre o direito penal e o direito contra-ordenacional*. Tese de Doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013.

27 Para tanto consultar PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia*. Coimbra: Almedina, 2005.

Nesse sentido, Marcelo Madureira Prates propõe que sejam considerados os seguintes elementos distintivos para o reconhecimento da sanção administrativa: a) elemento orgânico, que define que a sanção não administrativa é imposta exclusivamente pelos tribunais, não podendo a Administração ter parte nisso; b) elemento simbólico: o domínio do Direito Administrativo Sancionador atinge bens jurídicos com menor “ressonância ética” ou “neutralidade axiológica”; c) elemento objetivo: o Direito Administrativo Sancionador visa à proteção de interesses difusos, com caráter abstrato e abrangente²⁸.

Em terras brasileiras, o conceito de sanção administrativa é elaborado por Fábio Medina Osório, para quem:

é um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente pro futuro, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica ou jurídica, sujeito ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito da aplicação formal e material do Direito Administrativo²⁹.

A essa busca por uma determinação exata do conceito de sanção administrativa se pode atribuir a força do instituto em caracterizar a possibilidade de transferência de condutas penais para o Direito Administrativo Sancionador.

A despeito de uma relevante autonomia do Direito Administrativo Sancionador, é inegável que a diferenciação entre as sanções administrativas e penais se permeia de inúmeras dificuldades, haja vista os recorrentes vasos comunicantes que se interligam entre esses dois ramos do direito punitivo. Com efeito, além do interesse teórico, a diferenciação se torna importante do ponto de vista de política criminal e ainda no âmbito de aplicação de garantias constitucionais nas fases procedimentais.

Todos os caminhos apontam para o aperfeiçoamento do Direito Administrativo Sancionador como instância punitiva autônoma, sem que se descuide, entretanto, dos pontos de contato com o Direito Penal. Isso ocorre porque um verdadeiro olhar transdisciplinar entre os dois ramos faz vincular “*conteúdos mínimos obrigatórios, onde repousa a ideia de unidade mínima a vincular garantias constitucionais básicas aos acusados em geral*”³⁰.

Na delimitação dessas questões ao âmbito da legislação brasileira anticorrupção, Rolando Casemiro retrata o particular efeito na dificuldade de

28 PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 140-143.

29 OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 104.

30 OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 132.

definição dos sancionamentos a partir do momento em que se atribui a uma sanção o título de administrativa para ocultar sua natureza eminentemente penal, utilizando-se da expressão “fraude de etiqueta”³¹.

A determinação do tipo sancionador por parte do legislador deve respeitar, portanto, uma técnica a ser constantemente aprimorada. Tal situação visa evitar o etiquetamento de sanções administrativas à condutas evidentemente lesivas a ponto de serem caracterizadas como penais, configurando-se leis administrativas em verdadeiras leis penais envergonhadas.

3. A LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA COMO DIREITO PENAL “ENVERGONHADO”

3.1 OS SANCIONAMENTOS DA LEI ANTICORRUPÇÃO E A SUA APROXIMAÇÃO ANALÍTICA COM O DIREITO PENAL

A Lei nº 12.846³² trouxe importantes inovações no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, especialmente na responsabilização das pessoas jurídicas por atos lesivos ao patrimônio público, aos princípios da administração pública e aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em relação a Convenção das Nações Unidas sobre o combate à corrupção.

A análise contundente da lei, porém, já leva a evidência algumas de suas incompatibilidades, a começar pelo art. 3º que, apesar de identificar a responsabilidade das pessoas jurídicas pelos atos de corrupção, não exclui a responsabilidade dos administradores ou dirigentes. Os dirigentes ou administradores, todavia, somente serão responsabilizados se demonstrada a culpa, na forma do § 2º, do art. 3º³³. Contudo, na hipótese do art. 14, caso haja desconsideração da personalidade jurídica, propõe-se a extensão dos efeitos das sanções aos administradores e sócios³⁴:

A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus adminis-

31 CASERMEIRO, Rolando. *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 28.

32 BRASIL. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em 3 mai. 2024.

33 “Art. 3º, § 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida de sua culpabilidade.”

34 BRASIL. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em 3 mai. 2024.

tradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

O que a redação não observa, porém, é que a partir da letra do art. 14, já não mais poderá se falar em responsabilidade objetiva, invalidando-se, portanto, o raciocínio de extensão de todos os efeitos das sanções então atribuídas à pessoa jurídica, na forma como se quis com o art. 3º.

A propósito, uma das principais inovações da lei é o critério de adoção da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, dispensada a comprovação da culpa ou dolo dos representantes da empresa como critério de incidência do ato de corrupção. Outra novidade conceitual é a possibilidade da empresa ser responsabilizada independentemente de penalização de seus administradores e de agentes públicos, como já ocorria no âmbito da lei de improbidade administrativa, por exemplo.

Há, por outro lado, algumas previsões que se reportam a instrumentos de combate à corrupção já constantes de legislações anteriores, como o acordo de leniência (Capítulo V), utilizado na lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – Lei nº 12.529/2011, e que funciona como uma maneira de amenizar as penalidades a serem aplicadas em favor do leniente.

De todo modo, a análise do sistema punitivo implementado pela lei anticorrupção remete-nos a um problema fundamental: a efetiva gravidade destas sanções as molda a uma estrutura, de certo modo, realmente mais grave e pesada do que as penas que resultam, em muitos casos, para alguns tipos de crime decorrentes de atos de corrupção. Em outras palavras, está-se a inverter a importância constitucional dos valores protegidos pelos regimes punitivos do Direito Administrativo Sancionador e do Direito Penal e, por via de consequência, dos sistemas de garantias dos respectivos procedimentos sancionador e penal.

Com efeito, a depender da sanção imposta em uma condenação administrativa por atos de corrupção, esta pode se revelar absolutamente mais gravosa do que uma eventual pena criminal aplicada por sentença condenatória pelos crimes que constam no título contra a Administração Pública. É que muito embora o Código Penal preveja penas entre a mínima de 2 (dois) e a máxima de 12 (doze) anos para os delitos acima mencionados, uma eventual fixação nos patamares mínimos possibilitaria uma série de benefícios, como a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal), a substituição por penas restritivas de direitos (art. 44 do Código Penal), ou até mesmo o cumprimento inicial da pena em regime aberto.

Essa disparidade entre as sanções é, portanto, deficiência inaceitável do sistema punitivo brasileiro, podendo-se dizer que se trata a lei de um verdadeiro Direito Penal “envergonhado”. A expressão é referida por Alejandro Nieto³⁵,

35 NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. Ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 27.

que a utiliza para demonstrar uma resistência à ideia de unidade do *ius puniendi*, afirmando que o direito administrativo é vinculado diretamente ao direito público, e não se caracterizaria como direito penal envergonhado.

A nosso sentir, não há que se falar em distinções substanciais a separar as sanções penais e administrativas. A opção pela proteção de determinados valores ou bens jurídicos por meio de sanções etiquetadas por leis penais e/ou administrativas decorre de escolhas legislativas, balizadas por uma racionalidade cada vez mais difusa. Com efeito, o maior ou menor rigor inerente a cada um dos sistemas (penal ou administrativo) oscila conforme a modelagem das penas previstas e não em função dos respectivos rótulos³⁶.

A relação e a diferença, portanto, entre as sanções penais e as sanções administrativas de combate à corrupção, queda-se em uma linha muito mais tênue do que possa parecer à primeira vista, nomeadamente em razão das já demonstradas graves penalidades trazidas pela Lei 12.864/2013, daí porque o reconhecimento de que se trata(ria) sim de um verdadeiro direito penal envergonhado.

Esta questão faz suscitar aquilo que efetivamente se questiona: a verdadeira natureza das sanções da lei anticorrupção parecem transcender os limites do Direito Administrativo Sancionador, adquirindo uma roupagem de sistema punitivo criminal.

As medidas administrativas sancionatórias, assim como as penais, englobam a perspectiva dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Dessa maneira, o campo do Direito Administrativo Sancionador exige proteções tão rígidas quanto as verificadas na seara penal, que se preocupa com essas questões desde há muito.

Não é por acaso que, baseado numa ótica humanística³⁷, o domínio penal pautou-se, desde a sua evolução, nos princípios da proporcionalidade e da responsabilidade subjetiva, além da atenção aos postulados da individualização das penas e da proporção dos delitos relativamente aos bens jurídicos protegidos.

Por essa razão, à luz dos sancionamentos previstos na Lei 12.846/2013, o Direito Administrativo Sancionador não pode ficar alheio ao trabalho de alicerce realizado pelo Direito Penal no âmbito do Estado Democrático de Direito. Ainda mais quando consideradas as gravidades previstas nos sancionamentos. Caminhar à contra-mão disso, seria ferir de morte os direitos fundamentais inscritos na Carta Política Brasileira.

Demais disso, no âmbito administrativo sancionatório, as noções de culpa e seus consectários de responsabilidade ganham especial tratamento. Fato

36 SANTOS, Alexandre Pinheiro dos; OSÓRIO, Fábio Medina; WELLISCH, Julya Sotto Mayor. *Mercados de Capitais: regime sancionador*. São Paulo: ed. Saraiva. 2012, p. 27.

37 A evolução do direito penal em um ótica humanística pode ser revisitada na obra de Beccaria. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Edijur, 2012.

é que tal questão sempre recebeu um maior desenvolvimento na seara do Direito Penal, ainda que isso não importe em considerá-las como exclusivas desse ramo do direito. Assim, é importante considerar a aproximação desses domínios nos sancionamentos anticorruptivos de caráter não penal, justamente em função de que as garantias construídas pelo Direito Penal em relação a essas noções não podem ser aferidas unicamente em função dos valores por ele abrangidos³⁸.

Na Europa, a evolução se encontra em um ponto onde culmina o abandono de rótulos para se identificar direito e garantias comuns tanto ao Direito Penal quanto ao Direito Administrativo Sancionador³⁹. Com efeito, a ausência de diferenças ontológicas entre sanções penais e administrativas encontra refúgio em uma série de fundamentos finalísticos, axiológicos e filosóficos⁴⁰.

O próprio Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e as Cortes Constitucionais Europeias consagram a aplicação dos princípios penais ao Direito Administrativo Sancionador⁴¹. Explica Medina Osório⁴² que

não seria mesmo razoável supor que meros rótulos – ilícito penal ou administrativo, por exemplo – pudessem afastar absolutamente toda uma gama de direitos de acusados em geral”. E prossegue para dizer que “mais importante do que rótulos são os valores e direitos efetivamente abrigados em processos sancionadores como um todo. (...) são reconhecidos núcleos duros estruturantes de direitos no seio de processos punitivos estatais em sentido lato”.

Essa referência se dá principalmente em função de que recorrentemente as sanções administrativas superam, em termos de gravidade e de efeitos aflitivos, as penais, como é o caso do que se verifica na lei anticorrupção, o que justifica a incidência da terminologia direito penal envergonhado.

Há que se sobrevaler uma intensidade protetiva das garantias individuais quanto ao tema da aplicação de sanções, sejam penais, sejam administrativas. Daí a razão de se proporcionar semelhantes mecanismos protetivos no acompanhamento da matéria, independentemente dos rótulos que se lhes possam etiquetar.

As sanções extrapenais relacionadas aos atos de corrupção previstos na lei possuem uma carga intimidatória muito maior dos que os próprios ilícitos penais que tratam do tema. Essas sanções, ainda que depreendidas de uma na-

38 Sobre as noções de culpa, dolo e negligência no âmbito do direito administrativo sancionador, ver NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. Ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 371-414.

39 Essa evolução é anotada em detalhes por NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. Ed. Madrid: Tecnos, 2005.

40 SANTOS, Alexandre Pinheiro dos; OSÓRIO, Fábio Medina; WELLISCH, Julya Sotto Mayor. *Mercados de Capitais: regime sancionador*. São Paulo: ed. Saraiva. 2012, p. 33.

41 Nesse sentido, há decisões na Espanha STC 26/94 e STC 4/82 e no TEDH, de 8 de junho de 1976.

42 SANTOS, Alexandre Pinheiro dos; OSÓRIO, Fábio Medina; WELLISCH, Julya Sotto Mayor. *Mercados de Capitais: regime sancionador*. São Paulo: ed. Saraiva. 2012, p. 34-35.

tureza formalmente penal, acabam por impor as mesmas restrições, os mesmos gravames de natureza penal, aos direitos e garantias individuais.

Esse é o principal fato que cabe enfatizar na relação entre as medidas sancionatórias previstas na lei anticorrupção. A gravidade das sanções impostas pelo Direito Administrativo Sancionador nas hipóteses da lei são muito mais severas do que as impostas, em geral, pela sanções penais. A esse respeito, García de Enterría conclui com propriedade que “*resulta insólito favorecer la autoridad administrativa com poderes sancionatórios más extensos que a los jueces*”⁴³.

De tudo, entretanto – e no respeito aos limites deste trabalho –, o que mais inspira reflexão é o teor do art. 14⁴⁴ da legislação, que prevê a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica das empresas, transpassando a responsabilização e a aplicação de penas por condutas violadoras da lei anticorrupção às pessoas físicas dos sócios ou administradores. Tal situação, conforme se pretende demonstrar a seguir, ao possibilitar a alteração do objeto da lei da pessoa jurídica à pessoa física, estaria apta a encerrar uma sobreposição de sanções administrativas e penais contra atos corruptivos.

3.2 A SOBREPOSIÇÃO DE SANÇÕES DE CARÁTER PENAL E DE CARÁTER ADMINISTRATIVO SANCIONATÓRIO

Comumente a cisão entre Direito Administrativo e Direito Penal tem como base a recondução do primeiro a um método preventivo de efetivação de tutela, enquanto o último se ocuparia apenas *a posteriori*, quando diante de um ataque consumado ao bloco de normatividade democraticamente instituído. Sobre esta ruptura entre repressão e prevenção, alguns autores assinalam que a cisão deveria acentuar-se em uma lógica de contraposição entre *dano* – que prevaleceria nos delitos penais, e *perigo* – que seria uma característica administrativa dos delitos de polícia⁴⁵.

Por várias razões, porém, esse entendimento se encontra ultrapassado. A finalidade das penas já deixou há muito tempo de se restringir à repressão ou retorsão, preconizando, antes pelo contrário, as teorias preventivas, através das noções de prevenção geral e prevenção especial⁴⁶. Daí porque a simples ameaça

43 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El problema jurídico de las sanciones administrativas. *Revista española de derecho administrativo*, n. 10, 1976, p. 422.

44 “Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.”

45 Nesse sentido NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. Ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 182-185; VILELA, Alexandra. *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 43.

46 Para maior desenvolvimento sobre as finalidades das penas, ver FIGUEIREDO DIAS, Jorge

da sanção penal produz efeitos nos potenciais infratores no sentido de se lhes adequar as ações aos conjuntos normativos em vigor. É por isso que não se deve afirmar que as normas penais têm poder de atuação em momento posterior a prática das violações, sendo antes elementares como instrumento de adequação de condutas⁴⁷.

Essa conformação de finalidades preventivas entre Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal, vem na origem, aliás, do problema relacionado com a sobreposição de normas sancionatórias de naturezas distintas.

A sobreposição ou “concurso”⁴⁸ de normas de natureza diversa, especialmente na doutrina e jurisprudência brasileira, vêm geralmente atreladas a uma espécie de mantra a respeito do fundamento constitucional da independência entre as instâncias⁴⁹. É como se através desse instituto se pudesse concluir, sem sobra de dúvidas, que os domínios – especialmente o administrativo sancionador e o penal -, fossem absolutamente independentes, seguindo princípios distintos e não comunicando suas decisões. Nesse sentido, Bach identifica que os tribunais sequer se aprofundam na análise de casos em que existem múltiplos processos, advindos de distintas instâncias. A autora expõe que “O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, quando provocado sobre o tema, decide sem maiores aprofundamentos, registrando na ementa o ‘prestígio à regra da independência e autonomia entre as instâncias’ e, no corpo do acórdão, a ‘inconteste independência entre as instâncias’⁵⁰.

Assim, é comum que eventual réu absolvido na seara administrativa tenha tal decisão ignorada na esfera penal, considerando cada segmento do

de. *Direito Penal – As consequências jurídicas do crime*, 2ª reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 51-54.

47 ROQUE, Miguel Prata. “O Direito Sancionatório Público enquanto bisettriz (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência Constitucional”, in *Revista de Concorrência e Regulação*. Ano IV, Número 14/15, abr-set 2013, Coimbra: Almedina, p. 105-173.

48 A expressão é de Miguel Prata Roque. ROQUE, Miguel Prata. “O Direito Sancionatório Público enquanto bisettriz (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência Constitucional”, in *Revista de Concorrência e Regulação*. Ano IV, Número 14/15, abr-set 2013, Coimbra: Almedina, p. 105-173.

49 O texto da Constituição Federal de 1988, por mais de uma vez, faz referência ao princípio da independência entre as instâncias, como se pode observar da análise dos seguintes dispositivos: art. 37, § 4º, art. 52, parágrafo único, art. 225, § 3º, art. 243, *caput*, e art. 245, *caput*. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm>. Acesso em 3 mai. 2024. A própria legislação infraconstitucional, no mesmo sentido, prevê em diversos momentos a cláusula de independência. É o caso do art. 66 do Decreto-Lei nº 3.689/41 - Código de Processo Penal, do art. 935 da Lei 10.406/2002 - Código Civil, do art. 125 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais, Lei nº 8.112/90, e do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, nº 8.429/92.

50 BACH, Marion. Multiplicidade Sancionatória Estatal pelo Mesmo Fato: *Ne bis in idem* e Proporcionalidade. Tese de Doutorado em Ciências Criminais. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2021, p. 150.

direito sancionatório público como uma espécie de unidade hermética a distintas avaliações. Isso ocorre principalmente nos crimes financeiros, concorrenciais e ambientais, em que eventuais decisões dos órgãos da Administração Pública que investigam as condutas ilícitas administrativas (IBAMA, CADE, Banco Central, no caso do Brasil) são praticamente desconsideradas na esfera penal⁵¹.

Ocorre, todavia, que a própria separação entre as instâncias encontra limites pré-estabelecidos. Ao tratar das causas absolutórias que podem fundamentar a sentença, dispõe o Código de Processo Penal Brasileiro⁵², no seu art. 386, sobre vários fundamentos para absolvição que influenciam os outros ramos de responsabilização, vinculando a necessidade de unicidade do ordenamento jurídico e, em última análise, ratificando a necessidade de proteção ao risco de uma sobreposição de sanções⁵³.

No contexto europeu, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) tem desempenhado um papel crucial na interpretação e aplicação dos problemas relacionados ao cúmulo sancionatório entre o direito penal e o direito administrativo. Com efeito, os casos Bpost e Nordzucker exemplificam o nível elevado de discussão a respeito do tema.

O primeiro diz respeito a uma empresa belga que foi sancionada tanto administrativa quanto penalmente por práticas anticoncorrenciais. A questão central da discussão era se a aplicação de múltiplas sanções violava o princípio da vedação ao *bis in idem*. O TJUE afirmou que para determinar a violação do princípio seria necessário avaliar se as sanções são baseadas nos mesmos fatos, se perseguem os mesmos objetivos e se as consequências cumulativas dessas sanções são desproporcionais. O Tribunal concluiu, no entanto, que o *ne bis in idem* não impede, em absoluto, a imposição de múltiplas sanções. Para que a duplicidade punitiva seja aceitável é necessário, entretanto, que exista uma coordenação adequada entre as sanções, respeitando ainda a proporcionalidade e identificando a perseguição de objetivos distintos e complementares entre as sanções⁵⁴.

51 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Independência das esferas administrativa e penal é mito*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-21/direito-defesa-independencia-ambitos-administrativo-penal-mito>>. Acesso em 3 mai. 2024.

52 BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 3 mai. 2024.

53 O mencionado dispositivo elenca as situações em que absolvição da esfera penal mantém interligação com as esferas administrativa e civil: a) ter sido o ato praticado em estado de necessidade, legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito (arts. 65 e 386, V, do Código de Processo Penal); b) a inexistência material do fato ou a negativa de autoria (arts. 66 e 386, I, do Código de Processo Penal) ou a presença de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena; e c) a existência material do fato e quem seja o seu autor (art. 935 do Código Civil).

54 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão de 22 de março de 2022. Processo C-117/20, Bpost SA c. Autoridade Belga da Concorrência. Disponível em: < <https://curia>.

Já o caso Nordzucker⁵⁵ envolvia uma empresa sancionada por práticas de cartel. O TJUE enfatizou que o *ne bis in idem* não impede necessariamente o cúmulo de sanções se estas forem impostas por diferentes autoridades competentes e se houver uma coordenação adequada entre essas autoridades para evitar uma duplicidade excessiva de punições, destacando a necessidade de um equilíbrio justo entre a eficácia da punição e a proteção dos direitos fundamentais dos acusados.

As decisões do TJUE nos casos Bpost e Nordzucker oferecem diretrizes importantes sobre a aplicação do princípio do *ne bis in idem* em situações de cúmulo de sanções. Essas decisões sublinham a importância de uma abordagem coordenada e proporcional das distintas punições, garantindo que os direitos fundamentais dos indivíduos sejam respeitados.

O direito brasileiro pode se beneficiar dessa jurisprudência, adotando práticas que assegurem um equilíbrio justo entre a eficácia das sanções e a proteção dos direitos dos acusados. No plano doutrinário o tema se destaca, entre outros, a partir das obras de Keity Saboya e Helena Regina Lobo da Costa.

Keity Saboya⁵⁶ dá luz ao que denomina de dimensão transversal do princípio do *ne bis in idem*. Refere nesse sentido que o princípio não admite cláusulas condicionantes, de modo que a sua proibição impossibilita inclusive a cumulatividade das reações punitivas administrativa e penal. Costa refere que a cumulatividade sancionatória entre direito penal e direito administrativo sancionador deve estar fundamentada no princípio da proporcionalidade, afirmando que a acumulação de sanções em processos paralelos com finalidades praticamente idênticas não se demonstra um meio estatal legítimo ao atingimento dos fins pretendidos pelo legislador, na medida em que o dever de atuação moderada, sobretudo no campo punitivo, é dever do Estado⁵⁷.

Nesse sentido, aliás, o próprio plano legal trata dessa possibilidade, a partir do artigo 22, § 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=256247&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11511490>. Acesso em: 29 jun. 2024.

55 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão de 22 de março de 2022. Processo C-151/20, Nordzucker AG e outros c. Autoridade Alemã da Concorrência. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=245556&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11511490>>. Acesso em: 29 jun. 2024.

56 SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 168.

57 COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 216.

(LINDB), introduzido pela Lei nº 13.655/2018⁵⁸ e o artigo 16, § 2º do Decreto nº 9.830/2019 que a regulamenta⁵⁹.

Esses dispositivos oferecem um marco legal para aplicação coordenada e proporcional das sanções, com decisões bem fundamentadas e procedimentos de revisão, garantido o respeito ao princípio do *ne bis in idem*, promovendo um sistema jurídico com maior credibilidade e eficácia.

O que de fato se torna muito importante é o que distingue efetivamente uma instância da outra. Quando a responsabilização gira em torno das áreas civil e penal, tal separação é simples e evidente, já que bem identificadas as diferenças entre as ordenações jurídicas. Com efeito, não se discute a independência entre as instâncias quando se estiver diante de objetos que, ainda que decorram do mesmo fato, encerrem esferas de interesses distintos.

O verdadeiro problema está quando não se encontram bem definidos os limites entre as instâncias punitivas. Situação essa que se demonstra cada vez mais corriqueira, haja vista a eminência do fenômeno da “administrativização” do Direito Penal⁶⁰ que, não raro, leva ao aumento das instâncias competentes para investigar, processar e julgar.

Historicamente, o que se verifica é a transmutação de condutas do Direito Penal para o Direito Administrativo, ou o inverso, em alguns casos, do Direito Administrativo para o Direito Penal. Interessa notar, todavia, que atualmente o cenário a que se assiste é o de passagem de condutas tipificadas criminalmente para tutela do Direito Administrativo Sancionador, sem que isso implique na descriminalização dessa conduta, senão no reforço da norma penal, no mais das vezes legitimada pela alegação de relevância do bem jurídico protegido⁶¹ – como é o caso da lei brasileira anticorrupção.

58 “§ 3º A decisão que estabelecer sanção deverá prever, de modo expresso, suas consequências jurídicas e administrativas, inclusive para evitar a aplicação de sanção em duplicidade sobre o mesmo fato.” BRASIL. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), Decreto-Lei nº 4.657*, de 4 de setembro de 1942. Art. 22, § 3º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em: 29 jun. 2024.

59 “§ 2º Na aplicação de sanções administrativas, deverá ser observado o critério da proporcionalidade e, quando for o caso, a não duplicidade de sanções com fundamento no mesmo fato.” BRASIL. *Decreto nº 9.830*, de 10 de junho de 2019. Art. 16, § 2º. Regulamenta dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm>. Acesso em: 29 jun. 2024.

60 A esse respeito, ver SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do Direito Penal – aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução da 2ª edição espanhola, Luiz Otávio Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 112-135. Ainda sobre a “hipertrofia” do Direito Administrativo Sancionador, ver CERZEZO MIR, José. *Curso de Derecho penal. Parte General. Tomo I: introducción*. Madrid: Tecnos, 2004, p. 50 e ss.

61 OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o Direito Penal Brasileiro: Direito de Intervenção, sanção penal e administrativa*. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 103.

Mas, se outrora eram bem delineados os limites entre os diferentes domínios administrativo e penal, hoje, se vêem constantemente confrontados com “micro-revisões”⁶², verificando-se a criação permanente de genuínos microssistemas jurídico-punitivos, o que atenua a linha de mapeamento das instâncias de responsabilidade.

Ocorre que a lei anticorrupção trouxe à tona espécies de sanções que em muito se assemelham àquelas reguladas pela lei de Improbidade Administrativa nº 8.429/92, pela lei de Licitações e Contratos Públicos nº 14.133/21 e, especificamente para os limites deste trabalho, pelo Código Penal Brasileiro, no título que toca aos crimes contra a Administração Pública.

A semelhança se dá especialmente porque protegem interesses jurídicos muito próximos, todos convergindo na defesa do patrimônio material da Administração Pública. Daí porque a constatação cada vez mais latente de que a proclamada independência das instâncias deve ser entendida em um contexto de relativização.

À primeira vista, pode haver responsabilização criminal, civil e administrativa, pois se trata de sancionamentos que aplicam sanções de naturezas, em tese, distintas. É que fará parte do censo comum teórico dos juristas dizer que quando se está diante de um crime contra a Administração Pública e de uma conduta de corrupção prevista na lei anticorrupção, será evidente a negativa de hipótese de sobreposição de sanções, pois se tratam de categorias jurídicas diversas.

A questão, todavia, não é tão simples quanto parece. Conforme esclarece Pierpaolo Bottini⁶³:

mesmo que a lei não estabeleça relação direta entre as instâncias administrativa e penal, os princípios consagrados neste último impõem uma ligação importante entre elas, em especial nos casos em que o comportamento seja considerado lícito na seara administrativa”. Alerta o autor que nessas hipóteses o princípio da subsidiariedade exerce influência central, porque “se o direito penal é a última ratio do controle social, se é tratado como o instrumento que age apenas diante de ineficácia de outros mecanismos de inibição de condutas, como explicar a legitimidade da pena para uma ação ou omissão considerada lícita na seara cível ou administrativa?”

Ora, ainda que, *a priori*, os valores tutelados no âmbito do Direito Administrativo Sancionador sejam diferentes daqueles protegidos pela esfera penal, a existência de uma justa causa apta a ensejar a intervenção do Direito Penal exige que se verifique um desvalor de conduta em todas as outras esferas

62 O termo é utilizado por Faria Costa, *In*: COSTA, José Francisco de Faria. *Noções fundamentais de direito penal (Fragmenta iuris poenalis)*, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 82.

63 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Independência das esferas administrativa e penal é mito*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-21/direito-defesa-independencia-ambitos-administrativo-penal-mito>>. Acesso em 3 mai. 2024.

de controle social, sob pena de subversão a *ultima ratio* da intervenção penal e a sua fragmentariedade⁶⁴.

A própria legislação tem conferido efeitos cada vez mais relevantes aos atos praticados no âmbito do Direito Administrativo Sancionador. É o caso da Lei nº 12.259/2011⁶⁵, que determina a extinção da punibilidade dos crimes de cartel quando cumprido o acordo de leniência firmado no âmbito do CADE. No mesmo sentido, a jurisprudência dos Tribunais Superiores, onde se verifica a Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal, que enuncia: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.”, condicionando a materialidade do crime fiscal ao ato administrativo de constituição do crédito tributário.

Se determinada conduta é reconhecida por mais de um sistema de controle social com menor gravidade que o Direito Penal, não há legitimidade para a incidência da norma penal, mais restrita e limitada. A esse respeito, explica Bitencourt⁶⁶ que:

um ilícito penal não pode deixar de ser igualmente ilícito em outras áreas do direito, como a civil, administrativa, etc. No entanto, o inverso não é verdadeiro: um ato lícito civil não pode ser ao mesmo tempo um ilícito penal. Dessa forma, apesar de as ações penal e extrapenal serem independentes, o ilícito penal, em regra, confunde-se com o ilícito extrapenal. Em outros termos, sustentar a independência das instâncias administrativa e penal é uma conclusão de natureza processual, ao passo que a afirmação que a ilicitude é única implica uma conclusão de natureza material.

Dessa interligação é que se pode considerar como relativa a independência entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, advindo daí, pois, a possibilidade de incidência de uma sobreposição de aplicação de sanções nessas instâncias punitivas.

No âmbito da legislação anticorrupção, o que se pode verificar é que muitas das condutas tipificadas como atos de corrupção passíveis de aplicação de suas penalidades estão igualmente previstas em outras leis de cunho penal.

64 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Independência das esferas administrativa e penal é mito*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-21/direito-defesa-independencia-ambitos-administrativo-penal-mito>>. Acesso em 3 mai. 2024.

65 BRASIL. *Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 3 mai. 2024.

66 BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 297.

No Código Penal Brasileiro⁶⁷, a hipótese mencionada se desvela a partir da análise dos delitos contra a Administração Pública. Isso se dá quando um mesmo fato pode configurar ilícito penal e ato de corrupção, previsto na lei anticorrupção. É o que ocorre em crimes como o peculato (art. 312), a concussão (art. 316), a corrupção passiva (art. 317) e a corrupção ativa (art. 333).

O sistema legislativo anticorrupção é capaz de verificar uma mudança de perspectiva dada pelo legislador no combate aos ilícitos corruptivos, transpondo o Direito Penal e a persecução da pessoa física ao Direito Administrativo Sancionador e a persecução da pessoa jurídica.

Essa modificação, a um olhar superficial sob a lei em questão, poderia, em um primeiro momento, rechaçar a tese de que se estaria incorrendo em sobreposição de sanções. É que três podem ser considerados os elementos aptos a configurar o sobreposicionamento: a identidade de sujeitos, a identidade de fatos e a identidade de fundamentos. Nesse caso, a transmutação do sujeito pessoa física ao sujeito pessoa jurídica teria condão de evitar o desenvolvimento de uma ideia baseada em aplicação sobreposta de sancionamentos, sem que sequer houvesse a necessidade de verificação a respeito dos fatos e fundamentos para aplicação das sanções.

Ocorre, todavia, que essa identificação deve ser aferida em um complexo processo interpretativo, cuja a simples análise de uma rotulagem legislativa não deve possuir força cognoscente substancial para determinação do problema, sob pena de se mascarar uma provável duplicidade de sancionamentos.

Com efeito, a atenção que desperta o comando normativo acerca da responsabilização da pessoa jurídica (art. 1º) deve ser interpretado com reservas. Justen Filho, bem analisando a questão, refere que

toda pessoa jurídica se vale de pessoas físicas. As práticas de corrupção são consumadas por meio da conduta de uma ou mais pessoas físicas. Somente se consuma uma das infrações previstas na Lei 12.846 quando a conduta da pessoa física for eivada de um elemento subjetivo reprovável⁶⁸.

Ora, assiste razão ao autor, uma vez que não se pode desvincular a responsabilidade de uma pessoa jurídica aos atos praticados pelas pessoas físicas que a administram ou representam. Nesse sentido, é possível dizer que somente se configura uma responsabilização da pessoa jurídica em virtude da consumação de uma conduta reprovável de uma ou mais pessoas físicas⁶⁹.

67 BRASIL. *Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984*. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm#art1>. Acesso em 3 mai. 2024.

68 JUSTEN FILHO, Marçal. *A “Nova” Lei Anticorrupção Brasileira (Lei Federal 12.846)*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 82, dezembro de 2013, disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em 12 abr. 2024.

69 JUSTEN FILHO, Marçal. *A “Nova” Lei Anticorrupção Brasileira (Lei Federal 12.846)*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 82, dezembro de 2013, disponível

Em outras palavras, não é possível considerar uma absoluta interdependência entre sancionamentos pura e simplesmente em função do alvo pretendido pela lei ser pessoa jurídica ou pessoa física. À pessoa jurídica não é cabível a aplicação de sanções sem que o indivíduo que as tenha materializado não tenha qualquer envolvimento ou relação com a empresa e com os fatos imputados.

A conduta de uma pessoa física apta a encerrar punição de pessoa jurídica pela lei anticorrupção também será investigada e, se for o caso, punida com as medidas cabíveis (art. 3º) em outros regimes punitivos, nomeadamente no âmbito criminal. É por isso que não se pode passar ao largo da hipótese de se considerar uma sobreposição de sanções, já que o simples fato de a lei 12.846 não prever punição expressa à pessoa física, não lhe isenta de uma investigação em outros domínios do direito punitivo pelos idênticos fatos.

Reforçando essa premissa, tem força a norma estabelecida pelo art. 14 da lei, que nos casos de dificuldade de delimitação patrimonial entre pessoa jurídica e física, poderá desconsiderar a personalidade jurídica para estender às pessoas físicas – sócios e administradores – as sanções previstas em um primeiro momento apenas as pessoas jurídicas. Em outras palavras, não havendo êxito no estabelecimento de punição à pessoa jurídica, a lei permite que se ultrapasse essa ficção jurídica para chegar à pessoa física. Estariam assim, os sócios e administradores, passíveis de aplicação de sanções tanto no âmbito da lei anticorrupção, como pela lei de licitações e ainda pelo Código Penal, todas a repreender o mesmo fato, com o mesmo fundamento - proteção aos interesses da Administração Pública -, e em prejuízo dos mesmos sujeitos.

A lei anticorrupção, no seu regime punitivo vinculado ao Direito Administrativo Sancionador, prevê como infrações condutas idênticas a de outras legislações penais que já regulam a matéria. Dessa forma, não há outro entendimento a ser estabelecido que não o de que se trata, sim, de sobreposição de penalidades em razão do mesmo fato e com os mesmos fundamentos punitivos.

Os sistemas de sancionatórios penais e não penais tendem a evoluir e se influenciar mutuamente. O que acaba por distingui-los, todavia, não são os aspectos meramente nominativos das sanções, e sim a essencialidade dos valores que cada um visa salvaguardar, o que deveria guardar evidente repercussão no alcance lesivo das sanções aplicadas.

O problema persiste, entretanto, com a tendência desvelada pela lei anticorrupção de não encontrar um limite seguro para o grau de prejudicialidade das suas ações, que assumem, como defendido, uma concretização efetiva de punição de determinados ilícitos penais.

em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em 12 abr. 2024.

5. CONCLUSÃO

Os cenários de crise político-institucional frequentemente fortalecem ferramentas estatais para combater ilícitos que fragilizam direitos e garantias, como a corrupção. Esse fenômeno é evidente na multiplicação de sanções por poderes diversos para os mesmos fatos, sob a justificativa de proteger bens jurídicos distintos.

Este trabalho abordou, primeiramente, o panorama do Direito Administrativo Sancionador e sua evolução como ramo autônomo do direito punitivo. Em seguida, investigou-se a aproximação das sanções previstas na Lei Anticorrupção ao Direito Penal, concluindo que a Lei nº 12.846/2013, apesar de ser rotulada como administrativa, apresenta características punitivas típicas do Direito Penal, configurando um “Direito Penal envergonhado”. Além disso, constatou-se a sobreposição de sanções entre os regimes punitivos.

Dessa forma, a ação sancionatória do Estado deve respeitar o império da lei e do direito, garantindo a estabilidade necessária para combater a impunidade sem comprometer os direitos fundamentais. A independência das instâncias administrativa e penal não pode ser tratada como um dogma, especialmente quando os mesmos fatos são objeto de sanções em múltiplos ramos do direito.

Em síntese, enquanto uma legislação forte contra a corrupção é crucial no contexto brasileiro, a legitimação da ação estatal deve seguir critérios unitários e comprometidos com resultados concretos, evitando um desencadeamento irracional de processos sancionadores.

REFERÊNCIAS

BACH, Marion. Multiplicidade Sancionatória Estatal pelo Mesmo Fato: *Ne bis in idem* e Proporcionalidade. Tese de Doutorado em Ciências Criminais. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2021.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Edijur, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. A (ir)responsabilidade penal da pessoa jurídica – incompatibilidades dogmáticas. In: MEDINA OSÓRIO, Fábio (Coord.) *Direito Sancionador: sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BITENCOURT. *Tratado de Direito Penal*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Independência das esferas administrativa e penal é mito*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-21/direito-defesa-independencia-ambitos-administrativo-penal-mito>>. Acesso em: 3 mai. 2024.

BRANDÃO, Nuno Fernando da Rocha Almeida. *Crimes e Contra-Ordenações: da cisão à convergência material. Ensaio para uma recompreensão da relação*

entre o direito penal e o direito contra-ordenacional. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013.

BRIBERY ACT, 2010. Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf>. Acesso em: 3 mai. 2024.

BRASIL. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)*, Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Art. 22, § 3º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em: 29 jun. 2024.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm>. Acesso em 3 mai. 2024.

BRASIL. *Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000*. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>. Acesso em 3 mai. 2024.

BRASIL. *Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002*. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso “c”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm>. Acesso em 3 mai. 2024.

BRASIL. *Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em 3 mai. 2024.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-3689compilado.htm>. Acesso em 3 mai. 2024.

BRASIL. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em 3 mai. 2024.

BRASIL. *Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de

1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 3 mai. 2024.

BRASIL. *Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012*. Altera a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm>. Acesso em 3 mai. 2024.

BRASIL. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em 3 mai. 2024.

BRASIL. *Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019*. Art. 16, § 2º. Regulamenta dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm>. Acesso em: 29 jun. 2024.

CASERMEIRO, Rolando. *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal*. Parte General. Tomo I: introducción. Madrid: Tecnos, 2004.

COSTA ANDRADE, Manuel da. Contributo para o conceito de contra-ordenação: a experiência alemã. In: CORREIA, Eduardo. *Direito penal economico e eruopeu – textos doutrinários*. Vol. I, problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

CLUNY, António. Breve reflexão sobre os caminhos do direito administrativo sancionador português. In: MEDINA OSÓRIO, Fábio (Coord.). *Direito Sancionador: sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO, disponível em <<http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptcao/convencao.html>>. Acesso em 3 mai. 2024.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

FARIA COSTA, José Francisco de. *Noções fundamentais de direito penal (Fragmenta iuris poenalis)*. 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – As consequências jurídicas do crime*, 2ª reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social. In: *Jornadas de Direito Criminal*, Lisboa: CEJ, 1983.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El problema jurídico de las sanciones administrativas. *Revista española de derecho administrativo*, n. 10, 1976.

GRECO, Luis. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. In: *Revista brasileira de ciências criminais*. Ano 14, 2006, n. 58.

JUSTEN FILHO, Marçal. A “Nova” Lei Anticorrupção Brasileira (Lei Federal 12.846). Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 82, dezembro de 2013, disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em 12 mai. 2023.

LEI ANTICORRUPÇÃO AMERICANA – FCPA, disponível em <www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/fcpa-portuguese.pdf>. Acesso em 3 mai. 2024.

NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. Ed. Madrid: Tecnos, 2005.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o Direito Penal Brasileiro: Direito de Intervenção, sanção penal e administrativa*. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia*. Coimbra: Almedina, 2005.

ROQUE, Miguel Prata. “O Direito Sancionatório Público enquanto bisettriz (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência Constitucional”, in *Revista de Concorrência e Regulação*. Ano IV, Número 14/15, abr-set 2013, Coimbra: Almedina.

SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SANTOS, Alexandre Pinheiro dos; OSÓRIO, Fábio Medina; WELLISCH, Julya Sotto Mayor. *Mercados de Capitais: regime sancionador*. São Paulo: ed. Saraiva, 2012.

SILVA, Jorge Pereira da. Breve nota sobre o Direito Sancionatório do ambiente, in *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras* (org. Maria Fernanda

Palma, Augusto Silva Dias & Paulo Sousa Mendes), Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do Direito Penal – aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução da 2ª edição espanhola, Luiz Otávio Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão de 22 de março de 2022. Processo C-117/20, Bpost SA c. Autoridade Belga da Concorrência. Disponível em: < <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=256247&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11511490>>. Acesso em: 29 jun. 2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão de 22 de março de 2022. Processo C-151/20, Nordzucker AG e outros c. Autoridade Alemã da Concorrência. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=245556&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11511490>>. Acesso em: 29 jun. 2024.

VILELA, Alexandra. *O Direito de Mera Ordenação Social – Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

Recebido em: 06/05/2024

Aprovado em: 29/06/2024

FROM PROTECTION OF PROPERTY TO A USELESS DISTINCTION: THE CONCEPTS OF PUBLIC UTILITY AND PUBLIC NECESSITY (*UTILIDADE E NECESSIDADE PÚBLICA*) IN THE BRAZILIAN LAW OF EXPROPRIATION (1826-1941)

DE PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE A DISTINÇÃO INÚTIL: OS CONCEITOS DE UTILIDADE PÚBLICA E NECESSIDADE PÚBLICA NO DIREITO BRASILEIRO DA DESAPROPRIAÇÃO (1826-1941)

ARTHUR BARRÊTO DE ALMEIDA COSTA*

ABSTRACT

In 1826, the Brazilian parliament established two statutory causes for expropriation: public utility and public necessity. These terms were borrowed from French law, but gained a legislative meaning in Brazil that they did not have in Europe. This article discusses why the two concepts were created and how they were appropriated by doctrine and jurisprudence until they were united in the concept of public “utility or necessity” present in the expropriation law of 1941 and in the 1988 Constitution. I use mainly the annals of parliament to identify the theories that shaped the legal text of 1826 and the expropriation law of 1845. Second, I use texts from legal journals mainly from the early 20th century to identify to what extent the division between public utility and necessity was still operative, especially as it was incorporated in the 1916 civil code. I conclude that the division between public utility and necessity was proposed in 1826 to allow the state greater power to act without giving discretion to the executive branch. In 1845, the rules of expropriation for public utility were relaxed and the distinction lost much of its practical meaning. At the beginning of the 20th century, doctrine still discussed the distinction, but jurisprudence focused on the public character or not of the work. In the end, I discuss the role of history vis-à-vis dogmatics and how historians can

RESUMO

Em 1826, o parlamento brasileiro estabeleceu duas causas legais para a desapropriação: a utilidade pública e a necessidade pública. Esses termos foram tomados de empréstimo do direito francês, mas ganharam no Brasil um significado legal que não tinham na Europa. Este artigo discute por que os dois conceitos foram criados e como foram apropriados pela doutrina e jurisprudência brasileiras até se unirem no conceito de “utilidade ou necessidade” pública presente no decreto-lei de desapropriação, 3365 de 1941 e na Constituição de 1988. Utilizo principalmente os anais do parlamento para identificar as teorias que moldaram o texto legal de 1826 e a lei de desapropriação de 1845. Em segundo lugar, recorrer a textos de revistas jurídicas, principalmente do início do século XX, para identificar em que medida a divisão entre utilidade pública e necessidade ainda operava, especialmente quando foi incorporada ao Código Civil de 1916. Concluo que a divisão entre utilidade e necessidade pública foi proposta em 1826 para permitir ao Estado um maior poder de ação, sem dar poder discricionário ao poder executivo. Em 1845, as regras de expropriação por utilidade pública foram flexibilizadas e a distinção perdeu muito do seu significado prático. No início do século XX, a doutrina ainda discutia a distinção, mas a jurisprudência centrava-se no carácter público ou não da

* Doctor in Teoria e Storia del Diritto – Università degli Studi di Firenze. Post-doctoral student at Max Planck Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie.
E-mail: arthurbarreto@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6906-0998>.

help jurists understand legal texts more adequately.

KEYWORDS: Expropriation. Public utility. Public necessity. History and dogmatics.

obra. No final, discuto o papel da história face à dogmática e a forma como os historiadores podem ajudar os juristas a compreender melhor os textos jurídicos.

PALAVRAS-CHAVE: Desapropriação. Utilidade pública. Necessidade pública. História e dogmática.

1. INTRODUCTION: CHASING AN ANCIENT DIFFERENCE

Useless¹. Misplaced². Merely academic³. This is how important Brazilian jurists of the 1920s and 1930s described the difference between the concepts of public utility and public necessity. It is with these two terms that Brazilian law defines since 1826 the “grounds” or “causes” for expropriation. 100 years after these criticisms and almost 200 years after the first appearance of this conceptual pair in Brazilian statutes, some of the most widely read administrative law manuals in Brazil still use these two terms⁴, and even discuss how to separate one from the other⁵; it is rare for the distinction to be abandoned by any author⁶. How to explain that such undervalued concepts have persisted for almost 200 years in the Brazilian legal culture?

One might be inclined to suggest that this curious permanence might be explained by a reverence for everything that is foreign, a deference to colonialism, a persistent “mongrel complex” (*complexo de vira-lata*). This is not the case. Even in the 19th century, some Brazilian administrative law scholars mentioned that France had employed the concepts of public utility and necessity, but as Vicente Pereira do Rego points out, the French never used the two concepts together⁷. In fact, a detailed analysis of the French constitutions shows that the Universal Declaration of the Rights of Man and Citizen mentions only *nécessité publique* in its article 17, responsible for protecting property; the constitutions

1 WHITAKER, Firmino. Desapropriação. Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 14, vol. 55, pp. 208-209, 1925, p. 28.

2 REIS, Aarão. Direito administrativo brasileiro. Rio de Janeiro: oficina Gráfica Villas-Boas, 1922, p. 347-348.

3 CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Instituições de direito administrativo brasileiro, 2º volume. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1938, p. 573..

4 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 9ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 821-822; CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 821-822.

5 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo. 26ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 175-176; MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 43ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 771.

6 Exception: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 858-859.

7 REGO, Vicente Pereira do. Elementos de direito administrativo brasileiro. 2ª Ed. Recife: Typographia Commercial de Geraldo Henrique de Mira & C., 1860, p. 133.

of 1791, 1793, 1795⁸ do the same. The constitutions of 1814 and 1830⁹, art. 10, use the concept of *intérêt publique*. The *utilité publique* begins to be mentioned only in art. 545 of the Code Napoleon (1804), and is resumed in the constitution of 1848, art. 11. In Italy, the law of administrative unification (n° 2248 of 1865), annex E, art. 7, spoke only of *necessità*, but the institute itself was called by doctrine *espropriazione per pubblica utilità*¹⁰.

The Brazilian constitution of 1824 itself reads only that the “public good” will authorize the use of private property by the public power; not even the term expropriation is mentioned. Our conceptual pair appears later, in the infra-constitutional legislation. In order to identify how Brazilian legislators created this long-standing division, albeit in different guises, I resorted mainly to the acts of parliament discussing the main Brazilian laws on the subject¹¹. I also analyzed the main handbooks of administrative law discussing the subject and the court rulings that mobilized the concepts of public utility or necessity published in law journals; with this, I seek to identify not only how the distinction emerged or its origin, but how it was progressively appropriated by the Brazilian legal culture.

I write this text as a historian of administrative law, but with contemporary administrative law scholars in mind. I must therefore discuss why and how I expect to establish an adequate dialogue between the professionals of history and those of dogmatics. In fact, while positive law must devote itself to constructing logically related propositions in a systematic structure applicable to contemporary reality, history is concerned with reconstructing the conditioning factors of discursive and social formations of the past, no matter how chaotic they may be. What law laboriously constructs, history slowly erodes in the chronicle of past contingencies. How, then, can these two bodies of knowledge relate to each other in a fruitful way? Emilio Betti¹² proposes as a contact point between history and dogmatics the issue of problem solving: the legal system of the past would solve a social problem that could also be dealt with by the contemporary system; this contact point would make the two systems interchangeable and enable the interpreter to compare different normative orders so that one enlightens the other – keeping in mind, however,

8 Respectively in: title 1, article 19 and article 358.

9 Respectively in articles 10 and 9.

10 I refer to both countries because they were the two main foreign references of Brazilian administrative law in 19th and early 20th century. Cf. COSTA, Arthur Barrêto de Almeida. The Tropical Fado that Wanted to Become a European Samba: The Cosmopolitan Structure of Brazilian Administrative Law Investigated with Bibliometric Data (1859-1930). *Forum Historiae Iuris*, pp. 1-57, 29. September 2021.

11 Lei de 26 de setembro de 1826, decreto 353, de 12 de julho de 1845, o decreto 806 de 23 de setembro de 1854, decreto 816 de 10 de julho de 1855 e decreto 1.664 de 27 de outubro de 1855, decreto 1.021 de 26 de agosto de 1903 e o decreto 4.956 de 9 de setembro de 1903.

12 BETTI, Emilio. *Storia e dogmatica del diritto*. In: *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*. Firenze: Olschki, 1966.

the specificities of legal hermeneutics and historiography. This model, however, was devised for civil law, which has a much longer history; administrative law must cope with the ever changing role of the state, which is a fundamental trait of modern societies. Not only the answers change, but many problems fade away and are born. Comparing solutions, therefore, is of less interest.

As Pietro Costa points out, Betti's project is based on a conception of law inscribed in the unity of "tradition", conforming a "legal thought" that would constitute law¹³. However, behind apparent continuities, a detailed analysis of legal categories can reveal ruptures¹⁴. Moreover, the mere fact that a given idea is used in different contexts changes its meaning. In this way, reconstructing the legal dogmatics can shed light into the conditioning factors that led a given idea to be thought of in one way or another - and these conditioning factors may or may not continue to exert their effects on the present. As Antônio Manuel Hespanha rightly points out, legal categories are loaded with meanings that are often unavailable to their individual user¹⁵. Words refer to a history that is not fully controllable from the present. But a keener awareness of their formation makes it possible for those categories that are still employed in the present to be managed more effectively - and legislative texts always convey terms from the past in a major or lesser extent. As Helmut Coing rightly points out, the history of law allows one to understand categories according to their historical presuppositions, that is, their context¹⁶. This is crucial for true legal interpretation: after all, statutes, decreets and the like always come from the past¹⁷. Using them without taking into account the context in which they were crafted would be reckless.

I do not intend with this paper to state what would be the "correct" interpretation of the concepts of public utility and public necessity. But I intend to understand in a deeper way the past meanings of an expression that, though detached from its original meaning, is still used in the Brazilian constitution (art. 5, XXIV). By unearthing how those words were born and gradually changed, legal dogmatics will be able to understand them in a more *honest* way¹⁸. After

13 COSTA, Pietro. História do direito: imagens comparadas. In: COSTA, Pietro. Soberania, representação, democracia. Ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010, p. 33

14 HESAPANHA, Antônio Manuel. Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio. Coimbra: Almedina, 2012, p. 51 f.

15 Idem., p. 5 f.

16 COING, Helmut. Historia del derecho y dogmatica jurídica. Revista chilena de derecho, vol. 9, n. 2, mayo-agosto, 1981, p. 115 f.

17 MÖLLERS, Thomas. Legal methods: how to work with legal arguments. München: C. H. Bech, 2020, p. 151-160. On the contemporary relevance of the classical interpretative methods, cf. KRELL, A. J.. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. Revista Direito GV, v. 10, n. 1, p. 295-320, jan. 2014.

18 I took this term from COING, Helmut. Historia del derecho y dogmatica jurídica. Revista

all, if every interpretation is a *reconstruction* of meaning, it is inevitable to return to the moment of construction. To the past.

2. THE FOUNDATIONS OF A DIVISION: THE LAW OF 9 SEPTEMBER 1826

Four years had elapsed since Brazil had become an independent country when the National Assembly met for the first time in 1826. Among the many bills that were filed in that founding year was the “law for the protection of property”. Under this name, the deputies and senators were dealing with what would after a few months become the first document regulating expropriation in Brazil. The name already betrays its intentions: the objective of the norm was first and foremost to defend property owners, not to give the State a tool to intervene and organize the economy. Not without reason, the main thread of much of the debate was the concepts of public necessity and public utility, which defined when the very visible hand of the state could get inside the purse of landowners¹⁹.

The initial two drafts of the bill on expropriation, presented to the senate on 23 June 2 and 8 July 1826 both provided that only public necessity could lead to the taking of private property by the state. But on August 5, a third and definitive draft added public utility as a second cause for expropriation: a breach in the fortress of proprietary absolutism²⁰.

Debates began in the upper chamber on 4 July 4 1826, concerning mostly what was the meaning of the two grounds for expropriation. The difference between necessity and utility was murky for senators. The Viscount of Barbacena, for instance, defended that they were essentially the same: “My property can only be taken by absolute necessity for the public utility”²¹. Others disagreed, and used the concepts to draw lines on the limits of state intervention. The Viscount of Caravelas argued that it would only be possible to speak of expropriation in cases of absolute necessity. Public utility could not be pursued by expropriation: in such cases, the public officials should seek to buy the property with the agreement of the expropriator, as a private individual would do. The said “necessity for public utility” would imply a further conceptual openness, which could greatly harm owners. After all, the central concept would shift to

chilena de derecho, vol. 9, n. 2, mayo-agosto, 1981, p. 116..

19 This confirms Hespanha’s intuition that the 19th-century state constituted a very visible hand that built the conditions for market economies. Cf. HESPANHA, António Manuel. *Guiando a Mão Invisível - Direitos, Estado e Lei no Liberalismo Monárquico Português*. Coimbra: Almedina, 2004.

20 Cf. GROSSI, Paolo. *La proprietà e le proprietà nell’officina dello storico. Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, n. 17, pp. 359-424, jan./dez., 1988.

21 BRASIL. *Anais do Senado Imperial, 1826, livro 3. Secretaria Especial de Editoração e Publicações: 1823*, p. 26.

utility, and the idea of necessity, placed in function of the other, would become mere rhetoric, somewhat superfluous to the definition of the true substance of expropriation. The bill, for Caravelas and also for Senator Fernandes Pinheiro, should eliminate the concept of utility and focus on that of necessity.

But it was still possible to deepen the lines of defense of ownership. And this battle would be fought in the terrain of conceptual vagueness. Article 1 of the original bill stated that “the absolute necessity of other people’s property, for public utility, is the only case, in which ceases the property right guaranteed by the constitution, title 8, art. 179. § 22”. The problem is that the text did not specify what this “public necessity” was. The Viscount of Caravelas opposed this wording, saying that “The right to property is one of the greatest that man enjoys; it is what forces him to live in society: it deserves the most scrupulous attention, and the way it is in the project, is very vague”²². For Caravelas, it was necessary to establish precisely the cases in which such a “need” took place. This would prevent the executive branch from enjoying excessive discretionary powers to take over private property. The Viscount of Paranaguá also defended that the cases of necessity should be stated by law. In his opinion, if the constitution itself already employed the concept of necessity²³, the law should “describe more specific cases” that made it clear exactly when public necessity occurred. The Viscount of Maricá, in the same line of reasoning, proposed an amendment discriminating the cases of public necessity, namely: “security, defense, commodity, and public salubrity”²⁴.

Several senators disagreed with this point of view. Baron de Alcantara and Senator Fernandes Pinheiro were among the supporters of the original version of the bill²⁵, for example, believing that the concept of public necessity could stand alone and unspecified in the fight against interventionism. Senator Borges argued that it is impossible to foresee all possible occasions of public necessity. The attempt to entrap them within a closed list was vain: first, because any list could exclude hypotheses indispensable to the good proceeding of the public administration and make it impossible to carry out public works. But, more importantly, such an endeavor was destined to fail by the very nature of concepts. Borges claims that such “cases” of public necessity were also relatively indeterminate, so that it would be necessary - at least if one were to take the argument seriously - to better discriminate also other concepts, such as public

22 BRASIL. Anais do Senado Imperial, 1826, livro 3. Secretaria Especial de Editoração e Publicações: 1823, p. 25.

23 Art. 179, § 22, stated that “The Law will establish the cases, in which this unique exception [to the right of property, expropriation] will take place, and will give the rules to determine the compensation”.

24 BRASIL. Anais do Senado Imperial, 1826, livro 3. Secretaria Especial de Editoração e Publicações: 1823, p. 27.

25 *Idem*, p. 26.

salubrity or convenience. But when the cases of public salubrity were defined, not everything would have been said: would it be necessary to get even more specific and try to make the requirements even more concrete? And so on and so forth, leading to a potentially infinite web of norms, explanations and exceptions.

We cannot, however, reduce the debates on the future expropriation law to a combat between champions of the state and defenders of private citizens. The Viscount of Caravelas himself, for example, accused the law of unconstitutionality, and by virtue of the central concept itself. The constitution speaks of the “requirement of the public good”, while the first bill only deals with “absolute necessity” for expropriation, a much narrower idea. Caravelas wanted broader possibilities for state intervention, as the constitution demands; but defined possibilities. He feared not public power, but the insecurity that any power induces when it is left unwatched.

On 15 July 1826, the project continued to be discussed with an extensively abridged wording. The crucial change was in the first article: it now referred to “public necessity or utility”, and listed the hypotheses in which they occurred: “1° Defense of the state; 2° Security, salubrity, public commodity and decoration; 3° Foundations of houses of youth education, or charitable institutions, and public assistance”. The main debates would revolve around the hypotheses in which public necessity or utility would be verified.

Senator João Evangelista criticized - albeit without much enthusiasm - the new wording of article 1. The first problem is a grammatical fuss about the division between the two concepts: for him, one could not say that necessity was the “only exception”, since utility would be a separate case. But, apart from this semantic detail, the senator turned his attention to the cases in which the concept could be applied. He sook to add the hypothesis of “subsistence”. This would mean empowering the government to regulate the supply of basic goods in times of war, when they could be expropriated in order to be delivered to the population. He feared the abuses of the big capitalists: “in this urgency [of times], whatever the liberal economists may say, the government must prevent the machinations of such monopolists, taking such goods, or taxing their prices”²⁶. The second case Evangelista suggested was “humanity”. He meant to describe mistreatments from slaveowners to their captives, in which case the master would be forced to sell his slave or free them with fair compensation. Carneiro de Campos contests the usefulness of tackling this issue, which he believed to be of criminal nature²⁷: abuses of slaveowners against their slaves

26 BRASIL. Anais do Senado Imperial, 1826, livro 3. Secretaria Especial de Editoração e Publicações: 1823, p. 113.

27 On the criminal legal regime of slavery, cf: SONTAG, Ricardo. Ordine domestico e ordine statale nel Brasile del XIX secolo: la disciplina degli schiavi. In: CAPPELLINI, Paolo;

attacked the rights of the latter, so that an expropriation would be in the *private* interest of the captive, and not in the *public* interest of the government. Public utility/necessity did not come into play, so the State should not deal with the problem of the “servile element” in that law.

The Viscount of Inhambuque criticized the possibility of expropriation for the purpose of building houses of public instruction. For him, expropriation could only occur in cases where “the defense of the state, public safety, public salubrity, and public relief” were at stake. The Viscount of Caravelas, however, disagreed, and the basis, again, is the opposition between necessity and utility. For Caravelas, the cases listed by Inhambuque concerned only necessity, but not the hypotheses of utility. But this is not fortuitous: the latter congressman in fact considered that the greatest convenience for the State could in no way justify the taking of hard-earned property from private individuals. The procedure should be different: “When the state needs private property for such works of public commodity and decoration, it must negotiate with owners, pay generously, and then they will voluntarily cede their rights”²⁸. In other words, Caravelas believed that expropriations for public utility could only be voluntary.

Caravelas filed a conciliatory proposition that intended at once to respect property and serve public utility: he suggested that only parliament, by law, could determine that a property was useful to the state. With this, the political and administrative cost for a declaration of necessity/utility would be much higher than if a mere decree sufficed. He considered this fair because “the right to property is what constitutes the strongest bond of society, and therefore it must be deeply respected, and the congress of the nation must be responsible to verify the cases in which, for public utility, the private property must be take “; according to him, this was the procedure adopted in England²⁹.

Senator Borges disagreed with this proposition. In his view, Caravelas’ idea essentially assumed that the executive or the judicial branches would take less care of property than the legislative, which is absurd and dishonorable. Moreover, it is not the proper role of parliament to make this kind of judgment, implementing a law that it itself has voted: interpretation of laws in specific cases is an activity meant for judges, not deputies and senators. The power to expropriate should be left to the executive, which was more knowledgeable in these matters.

CAZZETTA, Giovanni. (Org.). *Pluralismo giuridico: itinerari contemporanei*. 1ed. Milano: Giuffrè, 2023p. 113-152; SONTAG, Ricardo. ‘Black Code’? The Exceptional Legal Regime of Slave Control in Brazil (1830-1888). *Ius Fugit*, v. 24, p. 109-145, 2021.

28 BRASIL. *Anais do Senado Imperial*, 1826, livro 3. Secretaria Especial de Editoração e Publicações: 1823, p. 117.

29 *Idem.*, p. 119-120.

Caravelas triumphed. And he was not alone: after these discussions, the Senate drafting committee went back to work and established the text that would become law and be used to distinguish public utility and necessity until the middle of the 20th century. It reads as follows:

Art. 1. The sole exception that can be made to the fullness of the right of property, according to the imperial constitution tit. 8º art. 179, § 22, will take place when the public good demands the use or employment of the property in the following cases:

1º Defense of the State.

2º Public safety.

3º Public assistance in time of famine, or other extraordinary calamity.

4º Public salubrity.

Art. 2º The same exception will take place when the public good demands the use or employment of the citizen's property for a utility, previously verified by an act of the legislative power, in the following cases:

1º Charity Institution.

2º Foundation of houses of youth education.

3º General convenience.

4º Public embellishment³⁰.

Yet, the debates were not over. Later, during the second reading, on 27 July 1826, art. 1, §2 was particularly discussed. Among the hypotheses for expropriation, the commission had originally added the ruin of public buildings. According to Senator Carneiro de Campos, the commission intended to broaden the previously written notion of “safety”, which, alone, could seem to deal only with State security. Senators willed to broaden the meaning of this concept adding hypotheses of private security. Senator Barroso disagreed with this position. He argued that this type of risk, precisely because it is caused by the citizen himself, should be compensated by him. It would be up to the police, in compliance with municipal ordinances, to demand that the building be demolished³¹, since the perilous situation of private constructions would no more be the State's responsibility “than if it catches fire, or is ruined by lightning”³². As argued by the Baron of Alcantara, this was a problem between

30 Portuguese original: “Art. 1º. A unica excepção feita á plenitude do direito de propriedade, conforme a constituição do imperio tit. 8º art. 179, § 22, terá logar quando o bem publico exigir o uso, ou emprego da propriedade nos casos seguintes: 1º Defesa do Estado; 2º Segurança publica; 3º Socorro publico em tempo de fome, ou outra extraordinaria calamidade; 4º Salubridade publica.

Art. 2º Terá logar a mesma excepção, quando o bem publico exigir o uso, ou emprego da propriedade do cidadão por utilidade, previamente verificada por acto do poder legislativo, nos casos seguintes: 1º Instituição de caridade; 2º Fundação de casas de instrução da mocidade; 3º Commodidade geral; 4º Decoração publica.”.

31 This reasoning is probably in continuity with *Ancien Regime* ideas of police power, which held much influence over the (former) Portuguese empire. Cf. SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. A “polícia” e as funções do estado: notas sobre a “polícia” do antigo regime. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, v. 49, dez. 2009.

32 BRASIL. Anais do Senado Imperial, 1826, livro 3. Secretaria Especial de Editoração e

private individuals, that should be solved by them. The Baron of Cairú and the Viscount of Nazaré, in turn, considered the list written by the draft commission insufficient. They recalled cases in which the collapse of houses in Salvador had claimed the lives of local residents, and the danger of rock detachment in quarries near Rio de Janeiro: both were cases of risk to the public that should be managed by the State, and expropriation would be the appropriate way to adjust these constructions³³. And this apart from the need to preserve the forests to guarantee the city's water supply. It is in this spirit that he proposes the following amendment: "to unite to national property quarries in the vicinity of cities and woodlands that keep water springs"³⁴. The amendment was nevertheless ignored.

The bill went through the House of representatives without substantial discussions on the two concepts of public utility and public necessity. On 9 September 1826, the text was finally enacted into law in the precise wording proposed by the Senate drafting committee.

The law followed a clear path: discrete increase of possibilities of state action, but with a profound consideration for private property. Debates were pursued under the realm of liberalism, which prompted representatives to thread very carefully around private property. Originally, the bill proposed only public necessity as a cause for expropriation. When room was made for public utility, the parliament compensated property owners by discriminating strictly in which cases each concept would take place - and, above all, determined that public utility could only be declared by statutory law. Each time the state was given more power, the discretion of the executive branch was symmetrically restricted.

Both concepts were originally available to the senators: necessity was mentioned by several French constitutions and utility, by the Napoleonic civil code. But the mere fact that the more restrictive term was in the higher-ranking norm shows that, in fact, they were regarded in France as synonyms. The Brazilian parliament translated this similarity in the form of a legally meaningful difference: instead of two words expressing a single concept, Brazilian law associated each term with a different concept. In doing so, it was possible to reconcile two tendencies of the Brazilian legal culture of the time: the will to restrict state discretion and a reluctant acceptance that modern society needed an active state. The conceptual pair public utility/necessity was born, then,

Publicações: 1823, p. 117.

33 This conception would later win, as expropriation became in the late 19th century a tool of urbanistic planning. Cf. for instance the so-called *Risanamento di Napoli*, of 1995. GASPARRI, Wladimiro. "Il punto logico di partenza". *Modelli contrattuali, modelli autoritativi e identità disciplinare nella dogmatica dell'espropriazione per pubblica utilità*. Milano: Giuffrè, 2004.

34 BRASIL. Anais do Senado Imperial, 1826, livro 3. Secretaria Especial de Editoração e Publicações: 1823, p. 117.

at the hands of a parliament that was less interested in expropriating than in protecting property. In the following years, it would become increasingly clear that this conceptual structure did not favor the economic development of the country in an increasingly dynamic environment requiring state intervention. The legislation needed to be more flexible. And it would be.

3. FURTHER DEVELOPMENTS: THE DECREE OF 12 JULY 1845 AND THE CIVIL CODE OF 1916

On 12 August 1834, the Brazilian parliament approved the Additional Act, a statute modifying some points of the Constitution of the empire and promoting the decentralization of the administrative apparatus³⁵. One of the main mechanisms by which the administrative structure was deconcentrated was the creation of provincial assemblies, with competence over issues of regional interest. Among them, art. 10, § 3rd entrusted these bodies with the power to deal “with the cases and the form by which expropriation for municipal or provincial utility can take place”. With this, national and local public utility were separated, and the regional administrative entities acquired expropriatory capacity. A complicating factor: the Neutral Municipality, was under the jurisdiction of the Imperial Assembly, meaning that the Imperial Parliament should legislate on how expropriation would be carried out in the capital, Rio de Janeiro. Discussions on this issue, however, was only heard in the halls of the Chamber of Deputies and Senate 10 years later.

Between 1843 and 1845, the General Assembly of the empire discussed a bill not only about expropriation for the municipality of Rio de Janeiro, but which modified the entire procedure for expropriation for cases of public *utility* in the whole empire. The bill regulated expropriation in great detail. More interestingly, expropriation for public utility no longer depended on an authorization from the legislative branch. And, interesting for our discussion, the cases of public utility were expanded and detailed:

Art. 1: The expropriation for public utility, either general or municipal of the Court, will take place in the following cases:

- § 1. Construction of buildings, and public establishments of any nature whatsoever;
- § 2. Foundation of villages, hospices, and houses of charity or education;
- § 3. Openings, widening, or extensions of roads, streets, squares, and canals;
- § 4. Construction of bridges, fountains, aqueducts, ports, dikes, pier, pastures, and any other establishments intended for public commodity or servitude;
- § 5. Constructions or works destined to decoration or public salubrity³⁶.

35 On the issue of centralization/decentralization, cf: FERREIRA, Gabriela Nunes. *Centralização e descentralização no império: o debate entre Tavares Bastos e visconde de Uruguai*. São Paulo: Editora 34, 1999.

36 Portuguese original: “Art. 1º: A desapropriação por utilidade pública geral, ou municipal da Corte, terá lugar nos seguintes casos: § 1º Construção de edifícios, e estabelecimentos

The path towards this formulation, however, was not straightforward.

Senator Maya, during the debates in parliament, proposed an amendment³⁷ separating the cases in which general and municipal expropriation could take place. He believed that keeping the cases the same might create some confusion among the provincial assemblies, who would not know to what extent they could produce laws regarding the taking of property in the interest of their municipalities. Once again, parliament was trying to strictly control the claws of executive power every time they neared private property. For senators Carneiro Leão and Paula Souza, however, the proposal was superfluous: the additional act already marked out precisely the powers of local assemblies. Moreover, they argued that it was not the type of work that should determine the responsible public entity, but the resulting utility - whether general or provincial. The amendment, in the end, was not approved.

The 1845 law represented an important step in the flexibilization of our conceptual pair. Since the notion of public necessity was more demanding and described only great upheavals such as wars and natural disasters, few (or no) expropriations were carried out according to its procedure. It would correspond to situations that today would probably be solved through the institute of administrative requisition. However, as the 1824 constitution established that only expropriation could limit property, all cases of what today we understand as state intervention over private property should be conceptualized as expropriation. Cases of *public utility*, on the other hand, were more in line with the functions of the nascent administrative State that would gain prominence in the second half of the 19th century³⁸. In fact, the 1850s were a time of economic growth: construction of railroads, development of industries, expansion of coffee plantations, among many other activities were taking root in Brazil. A State capable of intervening in property was needed, and the law of 1845 provided the conceptual basis for expropriation in a country increasingly dynamic and

publicos de qualquer natureza que sejam; § 2. ° Fundação de povoações, hospitaes, e casas de caridade, ou de instrução; § 3. Aberturas, alargamento, ou prolongamentos de estradas, ruas, praças e canaes; § 4. Construção de pontes, fontes, aqueductos, portos, diques, caes, pastagens, e de quaesquer estabelecimentos destinados á commodidade, ou servidão publica; § 5° Construções, ou obras destinadas à decoração, ou salubridade pública.”

37 “Art. 1° Diga-se: – A desapropriação por utilidade geral terá lugar nos casos seguintes: 1° Construção de edificios, estabelecimentos públicos, etc. 2° Estabelecimento de povoações, hospitaes, casas de caridade e instrução. 3° Aberturas, alargamentos ou prolongamentos de estradas e canais. 4° Construção de portos, diques e cais. A desapropriação por utilidade municipal tem lugar nos casos seguintes: 1° Aberturas, alargamentos ou prolongamentos de ruas e praças e pastagens. 2° Construções ou trabalhos destinados à decoração, salubridade e servidão pública. – Maya” BRASIL. Anais do Senado Imperial, 1845, livro 2. Secretaria Especial de Editoração e Publicações: 1845, p. 180.

38 On the relation between administrative law and government intervention, cf. HESPANHA, António Manuel. O direito administrativo como emergência de um governo activo (c. 1800- c. 1910); Revista de história das ideias, n° 26, pp. 119-159, 2005.

dependent on public works³⁹. This conceptual framework turned out to be so adequate that it would last for more than 70 years.

After the 1845 law, a long hiatus awaited the legal regulation of public utility/necessity. The last phase of this development, however, was not inaugurated by a statute of administrative law: the Civil Code of 1916, article 590, listed the cases of public utility and necessity, consolidating the legislation at the beginning of the 20th century. The specifications of the cases of necessity correspond to those of the first Brazilian law on the subject (1826) with slight changes:

- § 1 - The following are considered cases of public necessity
- I. The defense of the national territory.
 - II. The public safety⁴⁰.
 - III. Public assistance in cases of calamity⁴¹.
 - IV. Public salubrity^{42 43}.

The cases of utility, on the other hand, changed more. The imperial legislation, somewhat vaguely, spoke only of founding charitable institutions, educational establishments, “general comfort” and “public decoration”. The 1916 Code, more concrete mentioned:

- § 2º Are considered cases of public utility:
- I. The foundation of villages and establishments of public assistance, education or instruction.
 - II. The opening, enlargement or extension of streets, squares, channels, railroads and in general, any public ways.

39 On the growing use of expropriation in late 19th and early 20th century Brazil, cf. COSTA, Arthur Barrêto de Almeida. Expropriation and the Challenge to Liberal Thought: Multinormative Management of State Intervention beyond the Conflict Liberty vs. Authority: (Brazil, 1826–1930). *Administrory* 5, no.1, pp. 79-95, 2020.

40 Carvalho Santos considered that the expression. *Segurança* also included public order. CARVALHO SANTOS, João Manoel de. Código civil interpretado: principalmente no ponto de vista prático. Direito das Coisas (arts. 554-673). Volume VIII. Rio de Janeiro: Carvalho Filho, 193, p. 204.

41 “Exemplos: nos casos de secas, como as do nordeste” Idem, p. 205. The same example of the “flagelo produzido pelas secas do norte do Brasil” was cited by José da Silva Costa. SPÍNOLA, Celso. *Desapropriações por necessidade ou utilidade pública*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1941, p. 29.

42 Feancisco Baltazar da Silveira affirmed that it would be possible to include in this hypothesis the expropriation of peaks for reforestation. SILVEIRA, Francisco Baltazar da. Faculdade que tem o Governo para desapropriar, e impedir derrubada de matas. *O Direito: Revista de Legislação, Doutrina e Jurisprudência*, Rio de Janeiro, a. 3, v. 6, pp. 370-374, 1875.

43 Portuguese original: “§ 1º Consideram-se casos de necessidade pública: I. A defesa do território nacional; II. A segurança pública; III. Os socorros públicos, nos casos de calamidade; IV. A salubridade pública”.

- III. The construction of works or establishments destined to the general good of a locality, its decoration and hygiene.
- IV. The exploration of mines⁴⁴.

The terms are clearer and more defined; the actions described are more varied, reflecting a state that was still incorporating more functions into its daily activities⁴⁵. The opening of public roads and the exploitation of mines, for example, were added. After all, as much as some concepts remained and certain words did not change, the State of the early twentieth century was very different from that of the 1840s.

Why the Civil Code, and not an administrative statute? This question was faced by Clóvis Beviláqua, the main author of the first Brazilian Civil Code. For him, “the topic of expropriation for public necessity or utility belongs to the sphere of public law, because it is constitutional law that grounds it, and administrative law that develops it and adapts it to the conditions of collective life”⁴⁶. Its place in civil law is merely to complete the list of modes of extinction of property: nothing more.

Presence in the civil code is not the same as doctrinal acceptance. Clóvis Beviláqua criticized the distinction between public necessity and public utility, for they would be essentially the same thing⁴⁷. But he recognizes that cases of necessity seem to bear greater gravity, which, in theory, could (tenuously) justify the persistence of the differentiation. João Manuel de Carvalho Santos states that the list of cases of utility and necessity is not exhaustive, but simply exemplary⁴⁸. This is a first indication that the original meaning of the distinction was beginning to fade away. If the original idea of this division was to control and potentially hinder State action, it loses much of its meaning when the center of government action becomes the idea of public service⁴⁹; the cases of public

44 Portuguese original: “§ 2º Consideram-se casos de utilidade pública: I. A fundação de povoações e de estabelecimentos de assistência, educação ou instrução pública; II. A abertura, alargamento ou prolongamento de ruas, praças, canais, estradas de ferro e em geral, de quaisquer vias públicas; III. A construção de obras, ou estabelecimento, destinados ao bem geral de uma localidade, sua decoração e higiene; IV. A exploração de minas”.

45 Cf. for instance the uses of the concept of police. CORREA, Gustavo Zatelli. Poder de polícia e construção jurídica do Estado: uma análise das obras de direito administrativo da Primeira República. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2013.

46 BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas. 1º volume. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1941, p. 210; BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Vol. III. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1930, p. 134.

47 BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Vol. III. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1930, p. 135.

48 CARVALHO SANTOS, João Manoel de. *Código civil interpretado: principalmente no ponto de vista prático*. Direito das Coisas (arts. 554-673). Volume VIII. Rio de Janeiro: Carvalho Filho, 1934, p. 204.

49 On the state of administrative law in early 20th century Brazil, cf. Airton Seelaender (2021).

utility and public necessity, originally conceived as strict limits, become then mere indications. Let us now see how the Brazilian administrative doctrine of the empire and the first republic reacted to and interpreted these transformations.

4. A MERELY ACADEMIC DISCUSSION: VIEWS FROM THE LEGAL LITERATURE BETWEEN THE 19TH AND 20TH CENTURIES

Brazilian doctrine discussed the concepts public utility and necessity from the second half of the 19th century onwards. Yet, by then, the division between the two causes of expropriation was already sclerotic: since the procedure of the 1826 law was rarely used and almost all expropriations followed the 1845 law on public utility, the debate had few practical consequences. Nevertheless, some authors still took the trouble to explore the differences between the two concepts.

Veiga Cabral adequately understood the system: for him, the division established by the 1826 law “imposes on the Administration solemn formulas and convenient precautions to verify the cause of the use or employment of the Citizen’s property”⁵⁰. He did not focus on each concept, but clearly implies that both of them are meant to protect property and hinder expropriation. Our analysis showed that the general thrust of the debates confirms this impression, but that Brazilian legislation was more subtle than that.

Authors often resort to non-statutory terms to explain and justify expropriation. Some ideas used were “public good”⁵¹, “public interest”⁵² or even “necessity of public order”⁵³. “Utility” and “necessity”, the legislative terms, overlapped in so many ways that there was little point in scrutinizing the differences between them: jurists preferred to use other analytic tools to build their theories. Viveiros de Castro, for example, says explicitly that the cases of public utility include necessity, meaning that the 1891 Brazilian constitution, art. 72, § 17 did not need to deploy both concepts⁵⁴. Aarão Reis wrote⁵⁵ that recent developments in the civil service had rendered even more nebulous a

On the resistance against the rising administrative state, cf. Airton Seelaender (2020).

50 VEIGA CABRAL, P. G. T. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1869, p. 402

51 OLIVEIRA, José Rubino de. *Epítome de direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Leroy King Bookwater, 1884, p. 228.

52 VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olímpio. *Tratado de ciência da administração e direito administrativo*. 3 Ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1914, p. 285.

53 REIS, Aarão. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: oficina Gráfica Villas-Boas, 1922, p. 347-348.

54 VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olímpio. *Tratado de ciência da administração e direito administrativo*. 3 Ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1914, p. 282.

55 REIS, Aarão. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: oficina Gráfica Villas-Boas, 1922, p. 347-348.

differentiation that was already unclear⁵⁶. Works of embellishment, desiccation or construction of railroads, which previously were clearly of simple utility, became more and more a matter of “homeland defense”.

Solidônio Leite is another author who would rather do away with the distinction. The ends of any expropriation must be useful, and the sacrifice of property must be necessary, according to him; it did not make sense to treat the two concepts as if they were competing realities and not part of a continuum⁵⁷. Whitaker follows the same reasoning to call the duplicity of concepts “useless”⁵⁸. Moreover, the very cases listed in the Civil Code show the mixture between the two concepts. When listing the hypotheses of utility, the law cites cases that may be of imperious necessity: an example is hospitals or bridges built for the defense of the State⁵⁹.

Doctrine only differentiated the two concepts because the legislation established different lists of hypotheses that could be classified as public utility or necessity. But some jurists criticized these very enumerations for restricting state power too much⁶⁰ – even though they remained wary of excessive administrative leeway⁶¹. Alcides Cruz, compared the cases of utility and necessity presented by the civil code with those mentioned by the Rio Grande do Sul and French legislation to prove that there is no way to effectively specify the cases of necessity and public utility⁶². In a similar way, Paul Deleuze (1920) states that the cases of public utility and necessity depend on the economic needs of each nation at a specific historical moment⁶³. Therefore, they can be altered as conditions change. One example is that the defense of the national territory may cease to be a case of public necessity if the League of Nations achieves its goal of securing peace between states. At the same time, the development of aviation would, over time, turn the construction of airports into a cause of public utility.

56 A sign of a “transitional administrative law?”. Um sinal de um “direito administrativo de transição”? Cf. GUANDALINI JR., Walter; TEIXEIRA, Livia Solana Pfuetzenreiter de Lima. Um Direito Administrativo de Transição: o conceito de direito administrativo na cultura jurídica da Primeira República Brasileira (1889-1930). *Direito, Estado e Sociedade*, n. 58, p. 422-459, jan/jun 2021.

57 LEITE, Solidônio. *Desapropriação por utilidade pública*. Rio de Janeiro: Editores J. Leite e Cia, 1921.

58 WHITAKER, Firmino. *Desapropriação*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 14, vol. 55, pp. 208-209, 1925.

59 LEITE, Solidônio. *Desapropriação por utilidade pública*. Rio de Janeiro: Editores J. Leite e Cia, 1921, p. 47.

60 VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olímpio. *Tratado de ciência da administração e direito administrativo*. 3 Ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1914, p. 283.

61 PORTO CARRERO. *Lições de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Oficinas Gráficas do Jornal do Brasil, 1918, p. 387.

62 CRUZ, Alcides. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Francisco Alves e Cia; Paris: Aillaud, Alves e Cia, 1914, p. 216-217.

63 DELEUZE, Paul. *Theoria jurídica da desapropriação*. Rio de Janeiro: 1920.

In short, the very discrimination of the hypotheses of public utility and necessity, which conferred some concreteness to the distinction, was called into question by the doctrine.

Despite many attacks, some still held that the public necessity and public utility could be separated.

Though some of these jurists were not entirely convinced that the two concepts could be thoroughly separated, they still developed them out of conviction that jurists should explain the concepts offered by statutory law, and not to think them critically. An example is Porto Carrero⁶⁴. He fought the theory of Viveiro de Castro, who defended the uselessness of the expression - or rather, that the use of two words would be a mere matter of “love for clarity”. To say so, for Carrero, would be to admit that the legislator used “an unnecessary term” which would be an almost sacrilegious censure to the primacy of the statutory text⁶⁵. Carrero admits that everything that is necessary is also useful, so that one concept would be contained in the other. But certain property owners, deprived of “ethical spirit” and consideration for the public good, would not admit to being deprived of their goods for mere utility. The stronger concept of necessity would be a way to convince these more recalcitrant owners to accept the sweeping action of the law.

Paul Deleuze proposed clear criteria. In his view, the difference between public necessity and public utility is that the former guarantees the existence of the political community, while the latter concerns the improvement of the conditions of social existence⁶⁶. Leite contended that the two functions can mix in the same work, meaning that the distinction was not very useful⁶⁷. Nevertheless, Deleuze’s view seems to have been adopted by others, such as Eurico Sodré⁶⁸. Nevertheless, the same Sodré argues that, since there is no longer a distinction between the processes established according to the two causes for expropriation, the separation of the two concepts has become “more or less of

64 PORTO CARRERO. Lições de direito administrativo. Rio de Janeiro: Oficinas Gráficas do Jornal do Brasil, 1918, p. 380.

65 Both of the two mostly widely read books on legal hermeneutics at the time endorsed the principle that “statutory law does not employ useless words”: PAULA BATISTA, Francisco de. *Compêndio de Hermenêutica jurídica: para uso das faculdades de direito do império*. 3ª Ed. Pernambuco, 1872, p. 16; MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011 [1925]. p. 204.

66 DELEUZE, Paul. *Theoria jurídica da desapropriação*. Rio de Janeiro: 1920, p. 9-10.

67 LEITE, Solidônio. *Desapropriação por utilidade pública*. Rio de Janeiro: Editores J. Leite e Cia, 1921, p. 34. To defend his position, he cited Lorenzo Meucci. The Italian author defends the theory that utility refers to the end of expropriation, while necessity refers to the means. For him, utility “could never be discerned from necessity” (“mai potrebbe si discernire da quello di necessità”) MEUCCI, Lorenzo. *Istituzioni di diritto amministrativo*. 6ª Ed. Torino: Fratelli Bocca, 1909, p. 552-553.

68 SODRÉ, Eurico. *A desapropriação por necessidade ou utilidade pública*. São Paulo: Saraiva, 1928, p. 8.

words, and does not affect the institute” of expropriation⁶⁹. The key is, in his opinion, not to separate these two concepts, but to realize that both of them demand a *moral interest* for expropriation to take place. It is not possible to bring forward an expropriation grounded on a merely pecuniary interest, as would be the case of a purchase by the State with the objective of reselling land for a higher price. Much less an expropriation on private interests. Here, we already see that the public utility/necessity pair begins to work together to oppose other ideas, and the exact nature of the discussion moves away from the separation between the two terms.

Paul Deleuze offers what is perhaps the most articulate endorsement of the distinction. For him, the role of the judiciary should be more restricted in cases of public utility⁷⁰ than in cases of necessity: the unequal involvement of magistrates gave sense to the distinction. The judge should only evaluate whether, in theory, the objective fits the hypotheses laid in the law, but should not discuss whether in fact the public work in question contributes to the utility of the nation; this type of evaluation should be up to the executive branch alone. In terms of usefulness, the law specifically provides the types of works that can be performed, which already sufficiently restricts the actions of the executive branch. In the case of public necessity, the opposite is true. The legal hypotheses are broad, and it is impossible to foresee in advance the specific measures that must be adopted to guarantee the existence of the nation. This allows the judiciary to evaluate to what extent the specific measures proposed by the government are really suitable to achieve the objectives imposed by law⁷¹. Once again, executive power is at stake. Furthermore, in the author’s view, expropriation should occur only after two evaluations: regarding the work to be performed and the property to be used. First, the utility or necessity of the measure that the administration intends to adopt is discussed, and whether it fits the legal hypotheses. Secondly, whether the property that the state intends to use is necessary for the work to be executed. This last necessity, however, must be relative, not absolute. This means that the property is considered necessary if it is one of several options that can be used to carry out the work⁷².

69 Idem, p. 9.

70 Celso Spínola cites this difference as an argument for stating that there is a doctrinal basis for the division between expropriations for public utility and for public necessity SPÍNOLA, Celso. *Desapropriações por necessidade ou utilidade pública*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1941, p. 22.

71 A less complex version of this argument can be found in: PIMENTEL, Francisco Mendes. *Desapropriação por utilidade pública. Competência das Câmaras Municipais. Defesa do particular, no próprio processo da desapropriação, contra o ato administrativo manifestamente inconstitucional ou ilegal*. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v. 40, pp. 253-258, Jul./Dez., 1923.

72 If it were required that the property be the only one needed, in a situation where more than one property could be used for the work, it would be impossible to carry it out, as the owner

Other authors also focused on the role of the judiciary to discuss why the concepts utility/necessity existed⁷³.

We can see then that in the first decades of the 20th century, only a few authors take the trouble to flesh out the distinctive features of public utility and public necessity. The terms seem to somewhat overlap, and the lack of a separate procedure for both diminishes the interest of the matter. The doctrine debates much more whether the distinction still made sense than its content. Generally, 20th century doctrine seems much less wary of executive discretion, which explains why the two concepts, originally carved to allow state action without liberating the executive branch, were consistently left aside.

5. REINVENTING THE MEANING OF PUBLIC UTILITY AND NECESSITY IN THE EARLY 20TH CENTURY

In this section, I will discuss some cases published in law journals from the end of the empire and the first republic that discussed the concepts of public utility and public necessity. By doing so, we will be able to understand to what extent this conceptual pair was relevant to practitioners, which may be one of the reasons for its persistence over time.

Only a few cases actually employ the concepts of public utility and public necessity as they were originally envisaged. One was described in an opinion written by João de Lima Pereira⁷⁴. The Municipal Council of São Paulo

of one property could always claim that it was the other building that could be used.

73 Araújo Castro: “O judiciário não pode entrar na apreciação da oportunidade do ato da desapropriação, mas pode, sem dúvida, examinar, por um lado, se esta se acha compreendida em algum dos casos enumerados no Código Civil e, por outro lado, se a indenização representa o justo valor do imóvel expropriado”. SILVA, Alfredo Bernardes; ESPÍNOLA, Eduardo; BEVILÁQUA, Clóvis; CASTRO, Araújo; LACERDA, Paulo de (pareceres).. Desapropriação. Casos de necessidade ou utilidade pública. Perigo iminente. Defesa. Amplitude. Verificação judicial. Indenização prévia. Depósito. Revista de Direito Civil, Comercial e Criminal, vol. 67, Rio de Janeiro, pp. 451-472, jan., 1923, p. 470. Eduardo Espínola: “Mas, do ponto de vista da oportunidade do ato administrativo, a verificação judiciária não vai tão longe em matéria de utilidade do que em matéria de necessidade. A lei não pode, com efeito, deixar ao Poder Judiciário o cuidado de determinar se a realização de tal obra pública é oportuna”. ESPÍNOLA, Eduardo; BEVILÁQUA, Clóvis; CASTRO, Araújo; MAXIMILIANO, Carlos; SILVA, Alfredo Bernardes da; GARCEZ, Martinho; LACERDA, Paulo M.; LACERDA DE ALMEIDA; DELEUZE, Paul (Pareceres). Desapropriação por necessidade e utilidade pública. Revista do Supremo Tribunal Federal, Rio de Janeiro, vol. 43, pp. 321-359, Ago., 1922, p. 356 f. This view of Espínola and Deleuze, however, cannot be overestimated. Both acted as consultants for the São Paulo Northern Railway, a company that had an interest in seeing the distinction between necessity and public utility reinforced. It is significant, then, that the two most consistent defenses of the value of separating the two concepts came from a forensic context in which the authors’ clients would benefit from this conceptual dualism. On the case of the São Paulo Northern, cf. SILVA, André Luiz da. Um francês no interior paulista: Paul Deleuze e o caso da São Paulo Northern Railroad Company (1909 – 1916). Dissertação (Mestrado em História). Instituto de Ciências Humanas, Universidade Federal de Pelotas. Pelotas, 2013.

74 PEREIRA, João de Lima. A estética como motivo de utilidade pública. Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 17, vol. 65, pp. 275-282, 1928.

partially expropriated a terrain, meaning that the rest of it would be unable to sustain a building of the size demanded by the municipal regulations. The city asked whether it could expropriate neighboring areas and unite them to be sold in a proper size. Pereira argued that, since public decoration was a cause for public utility (Civil Code, art. 590, § 2nd, III), by analogy, it was possible to expropriate to prevent ugly constructions. Other cases, however, departed from the original meaning of the concepts of public utility and public necessity, using the idea of “public utility” to discuss other issues: for instance, if a municipality could expropriate land for the *utility* of a neighboring town⁷⁵, or if the idea of “necessity” asked for a determination of the precise parcel of land to be expropriated, or allowed for any useful building to be expropriated⁷⁶. Of these three cases, only the one discussed by Lima Pereira actually discussed the contents of public utility. And none actually operated with the distinction.

This grows even more evident when we analyze cases that raise an even more fundamental discussion, related to the second part of the expression: how can we determine if the utility or necessity at play is public and not private? It is mainly around this question that the most ardent debates revolved⁷⁷. For example, a constantly revisited case discussed whether it was of public utility to expropriate land for the School of Engineering of Porto Alegre, a private institution, to build a railroad⁷⁸. Another example concerns a case of expropriation carried out in Santa Catarina for the construction of a hydroelectric power plant⁷⁹. The expropriation decree stated that the hydroelectric plant would be used to supply power to industrial establishments in the region. This reasoning, according to the opinion of Bento de Faria, was illegal because it would entail

75 LINS, Jair. Desapropriação por utilidade municipal. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v. 52, pp. 241-244, Jan./Jun., 1929.

76 BARBOSA, Ruy. Desapropriação por utilidade pública. Justificação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 7, vol. 26, pp. 245-257, 1918.

77 Examples: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Desapropriação. Discussão da constitucionalidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 3, vol. 9, pp. 90-91, 1914; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Desapropriação. Necessidade pública. Exame pelo poder judiciário. Embargos n. 7836. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 5, vol. 18, pp. 180-181, 1916.

78 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Desapropriação por decreto estadual. Competência da justiça local. Alegação de inconstitucionalidade. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v. 48, pp. 124-126, Jan./Jun., 1927; GONZAGA, Tolentino (parecer). Desapropriação. Interesse particular. Inadmissibilidade. Decreto inconstitucional. Meio de anulá-lo. *Revista de Direito Civil, Comercial e Criminal*, vol. 76, Rio de Janeiro, pp. 481-485, abr., 1925; PRATES, Manoel Pacheco; LARCERDA DE ALMEIDA; ALMEIDA, Estevam de; PUJOL, Alfredo (Pareceres). Desapropriação por interesse de um instituto particular de ensino. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v. 48, pp. 79-84, Jan./Jun., 1927.

79 BENTO DE FÁRIA, Antônio. Desapropriação. Como devem ser fixados os seus casos. Quando não se justifica. Quando pode ser total ou parcial. Arbitradores. Nomeação ex-ofício. Quando tem lugar. Preceitos legais. Antinomia. Como devem ser interpretados. *Revista de Direito Civil, Comercial e Criminal*, vol. 13, Rio de Janeiro, pp. 490-496, 1909.

to allow private, and not public, interest to drive expropriation. Other examples could follow⁸⁰.

The doctrinal literature was out of pace with the problems arising in legal practice. Theoretical jurists almost always dealt with the distinction between necessity and utility, which spawned from statutory law; it had had its relevance in the past - especially, after 1845, when separate procedures were established for each of these grounds. But since the state almost never took the stony path of necessity, the distinction between the two poles became meaningless, although it remained unchanged in law. Practice, as expressed by the various opinions and some cases I have just cited, shows that the sore point was actually the distinction between public and private utility/necessity. This dyad, however did not appear in the statutes: the law had not a list of interest that could be considered public and not private. But it is precisely this question that drives the discussions of lawyers and judges. The concepts have been transformed: they moved from an emphasis on the nouns (utility or necessity) to a focus on the adjectives (public or private).

6. LEGAL CONCEPTS BETWEEN PARLIAMENTS AND LAW BOOKS: FINAL REMARKS

A fossil from the 1820s: here the distinction between public necessity and public utility. From the first Brazilian expropriation law to the 1988 constitution, these two words always appear together in statutes. However, their meaning is deeply connected to which role the state was expected to play in the first decades of independent Brazil. This division arose in the Brazilian parliament precisely to make expropriation difficult, especially for the executive branch. In the second half of the 19th century, however, with the advance of the administrative state, it was necessary foster public intervention in the economy, though prudently. The distinction began accordingly to lose meaning. But, since each concept entailed a different procedure of expropriation, the distinction retained some relevance.

This would not last forever. The expropriation regime inaugurated by the 1826 law began its slow decline in 26 August 1903, when Legislative Decree 1021 unified expropriation procedures at the federal level. In 14 June 1938, Legislative Decree 496 extinguished the state expropriation legislations, in the context of the national legislative unification promoted by the Vargas

80 For example, Francisco Mendes Pimentel (1923) was asked to give an opinion on whether a City Council could expropriate a large plot of land for the purpose of opening new streets and then divide it into lots and resell it to private individuals; he answered negatively. PIMENTEL, Francisco Mendes. Desapropriação por utilidade pública. Competência das Câmaras Municipais. Defesa do particular, no próprio processo da desapropriação, contra o ato administrativo manifestamente inconstitucional ou ilegal. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v. 40, pp. 253-258, Jul./Dez., 1923.

government. Finally, decree-law 3.365 of 1941 unified the two concepts, and listed the former cases of public necessity under the name of mere utility. The 1916 Civil Code, which differentiated the two concepts, was replaced in 2002 by another code that no longer describes the causes of expropriation.

Yet, to this day, Brazilian doctrine still discusses the difference between the two concepts. Why?

I cannot give definitive answers, but I can advance some hypotheses. Firstly, the force of inertia. Jurists, in reading their predecessors, may uncritically reproduce concepts and debates from the past. Moreover, many of the prestigious books currently in circulation are reeditions with originals written when the 1916 Civil Code was still in force; that is, when the distinction between public necessity and public utility was still adopted by the legislation. Marçal Justen Filho's book, which was firstly published only in 2005, for example, does not attempt to define what is public utility and what is public necessity. Second, most of these books have their eyes on the law and decrees, and more recently on some jurisprudence. Therefore, the precise terms of statutes are taken deeply seriously, while complex reality of Brazilian public administration and its need is not always at the forefront.

Discussing the apparently simple issue of the distinction between public utility and public necessity, I intend to show how the dialogue between history and dogmatics may prove fruitful. These two concepts, relegated at most to the margins of the current textbooks of administrative law, actually encapsulate an entire mentality in evolution. When we touch them, we can open an entire window into the ideological disputes raging in the Brazilian parliament in 1826, and we are able to perceive how a deep philosophical dispute generated an ingenious political and legal solution that reverberated throughout countless political regimes and state models.

But more than that, this simple story demonstrates how legal texts cannot be analyzed innocently, as if they were a mere list of axioms, of dogmas removed from history. Each statute, each decree is deeply immersed in the social context in which it was written – by actual human hands. They are the product of a particular political environment and coagulate legal conceptions available at the time of their drafting. The words that appear in them are not a fortuitous juxtaposition of terms. But neither are they the work of the omniscient mind of an absolute legislator. To understand why a given normative text uses one word and not another, and why it articulates concepts in a certain way, it is necessary to investigate the configuration of parliament when it was enacted and the intellectual environment that surrounded it. Jurists ignoring this fact might fall into hermeneutic juggling trying to understand terms that could be much more easily be explained by skilled history.

Dogmatics, however, must be dominated by history. The “original” meaning of a concept is by no means the only one that can - or should - be adopted in the present. Furthermore, the statutes are often a complex web of distinct temporalities, frequently at odds with each other. The very concept of public necessity/utility dates back to the 1820s, but was reworked in the 1845 law and in the 1916 Civil Code, which were produced in a completely different context, in which a different conception of the State was already at stake. The dyad was incorporated into an even more distant world when it was inserted in the 1988 constitution. Public utility and public necessity are daughters of both the 1820s and the 1840s, 1910s and 1940s. Each of these periods provide a building block for the Babel of public necessity/utility. It is not the “history” of one time or another that will provide direct answers to the challenges of the present. But if history does not provide answers, it is still indispensable for those searching for the best answers. Without history, concepts turn into empty houses that can be filled by the indolent will of the interpreter. History may not point to the right way, but it can at least suggest that certain routes are inappropriate. If law is invariably produced in the past to be applied in the present, the jurist’s interpretive activity will inevitably involve two steps: a decontextualization and a recontextualization. But in order to perform the first step, it is first necessary to know the context, otherwise the interpreter will remain blind to the often profound meaning of certain apparently meaningless bizarre words, or to the prosaic and concrete character of apparently profound concepts. This article showed people falling in both traps.

To separate public utility from public necessity is far removed from the current reality of both the state and law. The old principle that the law does not use useless words, which would require working out this distinction, is nothing but a mystification and a de-historicization of legislative texts. It is much more interesting to understand the past meanings of this distinction, and the reasons why it no longer applies to the present - or, perhaps, how it can be reinvented to understand the contemporary state. These minimal traces of the past sprinkled over statutory texts provide a precious window into history for the jurist of the present. One that can inspire reflection and creation.

HISTORIOGRAPHY

COSTA, Arthur Barrêto de Almeida. Expropriation and the Challenge to Liberal Thought: Multinormative Management of State Intervention beyond the Conflict Liberty vs. Authority: (Brazil, 1826–1930). *Administrative* 5, no.1, pp. 79-95, 2020.

COSTA, Arthur Barrêto de Almeida. The Tropical Fado that Wanted to Become a European Samba: The Cosmopolitan Structure of Brazilian Administrative

Law Investigated with Bibliometric Data (1859-1930). *Forum Historiae Iuris*, pp. 1-57, 29. September 2021.

COSTA, Pietro. História do direito: imagens comparadas. In: COSTA, Pietro. Soberania, representação, democracia. Ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

BETTI, Emilio. Storia e dogmatica del diritto. In: La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche. Firenze: Olschki, 1966.

COING, Helmut. Historia del derecho y dogmatica jurídica. *Revista chilena de derecho*, vol. 9, n. 2, mayo-agosto.

FERREIRA, Gabriela Nunes. Centralização e descentralização no império: o debate entre Tavares Bastos e visconde de Uruguai. São Paulo: Editora 34, 1999.

FOLJANTY, Lena. Legal transfers as process of cultural translation: On the Consequences of a Metaphor. *Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series* No. 2015-09.

GASPARRI, Wladmiro. “Il punto logico di partenza”. Modelli contrattuali, modelli autoritativi e identità disciplinare nella dogmatica dell’espropriazione per pubblica utilità. Milano: Giuffrè, 2004.

GROSSI, Paolo. La proprietà e le proprietà nell’officina dello storico. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, n. 17, pp. 359-424, jan./dez., 1988.

GUANDALINI JR., Walter; TEIXEIRA, Livia Solana Pfuetzenreiter de Lima. Um Direito Administrativo de Transição: o conceito de direito administrativo na cultura jurídica da Primeira República Brasileira (1889-1930). *Direito, Estado e Sociedade*, n. 58, p. 422-459, jan/jun 2021.

HESPANHA, António Manuel. Guiando a Mão Invisível - Direitos, Estado e Lei no Liberalismo Monárquico Português. Coimbra: Almedina, 2004.

HESPANHA, António Manuel. O direito administrativo como emergência de um governo activo (c. 1800- c. 1910); *Revista de história das ideias*, n° 26, pp. 119-159, 2005. Available at: <https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&scid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbmxbnRvbmlvbWVudWVsaGVzcgFuaGF8Z3g6NGYwYjBlNmUxY2IwMGEwMQ>

HESPANHA, António Manuel. Historia del derecho y dogmatica jurídica. In: *Diccionario Histórico Judicial de México. Ideas y instituciones*. Ciudad de Mexico: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Coimbra: Almedina, 2012.

KRELL, A. J.. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. *Revista Direito GV*, v. 10, n. 1, p. 295–320, jan. 2014.

MÖLLERS, Thomas. Legal methods: how to work with legal arguments. München: C. H. Bech, 2020.

SEELAENDER, Airton Lislie Cerqueira Leite. O Direito Administrativo e a Expansão do Estado na Primeira República: Notas preliminares a uma história da doutrina administrativista no Brasil. *Revista do IHGB*, v. 485, p. 165-202, 2021.

SEELAENDER, Airton Lislie Cerqueira Leite. Preaching Against the Earthquake. The Rise of State Intervention and the resistance to It in Brazilian Constitutional and Administrative Law. *Giornale di Storia Costituzionale*, v. 40, p. 227-239, 2020.

SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. A “polícia” e as funções do estado: notas sobre a “polícia” do antigo regime. *Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba*, v. 49, dez. 2009.

SILVA, André Luiz da. Um francês no interior paulista: Paul Deleuze e o caso da São Paulo Northern Railroad Company (1909 – 1916). Dissertação (Mestrado em História). Instituto de Ciências Humanas, Universidade Federal de Pelotas. Pelotas, 2013.

SONTAG, Ricardo. ‘Black Code’? The Exceptional Legal Regime of Slave Control in Brazil (1830-1888). *Ius Fugit*, v. 24, p. 109-145, 2021.

SONTAG, Ricardo. Ordine domestico e ordine statale nel Brasile del XIX secolo: la disciplina degli schiavi. In: Paolo Cappellini; Giovanni Cazzetta. (Org.). *Pluralismo giuridico: itinerari contemporanei*. 1ed. Milano: Giuffrè, 2023.

CORREA, Gustavo Zatelli. Poder de polícia e construção jurídica do Estado: uma análise das obras de direito administrativo da Primeira República. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2013.

REFERENCES

BARBOSA, Ruy. Desapropriação por utilidade pública. Justificação. Indispensabilidade do imóvel para a obra a executar. Competência do poder judiciário para apreciar a utilidade. Violação da garantia constitucional. Indenização. Leis sobre. A quem compete decretar. Inconstitucionalidade da legislação estadual. Expropriação ilegal. Direito do prejudicado. Ação. Justiça competente. Inexistência de conexão entre esta ação com o arbitramento do valor do imóvel. Conflito de jurisdição. Ao que deve se limitar a decisão. Competência por conexão. Quando se verificam. Quando não altera a ordem normal das jurisdições. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 7, vol. 26, pp. 245-257, 1918.

BENTO DE FARIA, Antônio. Desapropriação. Como devem ser fixados os seus casos. Quando não se justifica. Quando pode ser total ou parcial. Arbitradores. Nomeação ex-offício. Quando tem lugar. Preceitos legais. Antinomia. Como de-

vem ser interpretados. *Revista de Direito Civil, Comercial e Criminal*, vol. 13, Rio de Janeiro, pp. 490-496, 1909.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Vol. III. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1930.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. 1º volume. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1941.

BRASIL. *Anais do Senado Imperial, 1826, livro 3*. Secretaria Especial de Edição e Publicações: 1823.

BRASIL. *Anais do Senado Imperial, 1845, livro 2*. Secretaria Especial de Edição e Publicações: 1845.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO SANTOS, João Manoel de. *Código civil interpretado*: principalmente no ponto de vista prático. Direito das Coisas (arts. 554-673). Volume VIII. Rio de Janeiro: Carvalho Filho, 1934.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Instituições de direito administrativo brasileiro, 2º volume*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1938.

CRUZ, Alcides. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Francisco Alves e Cia; Paris: Aillaud, Alves e Cia, 1914.

DELEUZE, Paul. *Theoria jurídica da desapropriação*. Rio de Janeiro: 1920.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ESPÍNOLA, Eduardo; BEVILÁQUA, Clóvis; CASTRO, Araújo; MAXIMILIANO, Carlos; SILVA, Alfredo Bernardes da; GARCEZ, Martinho; LACERDA, Paulo M.; LACERDA DE ALMEIDA; DELEUZE, Paul (Pareceres). Desapropriação por necessidade e utilidade pública. *Revista do Supremo Tribunal Federal*, Rio de Janeiro, vol. 43, pp. 321-359, Ago., 1922.

GONZAGA, Tolentino (parecer). Desapropriação. Interesse particular. Inadmissibilidade. Decreto inconstitucional. Meio de anulá-lo. *Revista de Direito Civil, Comercial e Criminal*, vol. 76, Rio de Janeiro, pp. 481-485, abr., 1925.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LEITE, Solidônio. Desapropriação por utilidade pública. Rio de Janeiro: Editores J. Leite e Cia, 1921.

LINS, Jair. Desapropriação por utilidade municipal. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v. 52, pp. 241-244, Jan./Jun., 1929.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011 [1925].

MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 43ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

PIMENTEL, Francisco Mendes. Desapropriação por utilidade pública. Competência das Câmaras Municipais. Defesa do particular, no próprio processo da desapropriação, contra o ato administrativo manifestamente inconstitucional ou ilegal. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v. 40, pp. 253-258, Jul./Dez., 1923.

MEUCCI, Lorenzo. *Istituzioni di diritto amministrativo*. 6ª Ed. Torino: Fratelli Bocca, 1909.

OLIVEIRA, José Rubino de. *Epítome de direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Leroy King Bookwater, 1884.

PAULA BATISTA, Francisco de. *Compêndio de Hermenêutica jurídica: para uso das faculdades de direito do império*. 3ª Ed. Pernambuco, 1872.

PEREIRA, João de Lima. A estética como motivo de utilidade pública. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 17, vol. 65, pp. 275-282, 1928.

PORTO CARRERO. *Lições de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Oficinas Gráficas do *Jornal do Brasil*, 1918.

PRATES, Manoel Pacheco; LARCERDA DE ALMEIDA; ALMEIDA, Estevam de; PUJOL, Alfredo (Pareceres). Desapropriação por interesse de um instituto particular de ensino. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v. 48, pp. 79-84, Jan./Jun., 1927.

REIS, Aarão. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: oficina Gráfica Villas-Boas, 1922.

REGO, Vicente Pereira do. *Elementos de direito administrativo brasileiro*. 2ª Ed. Recife: Typographia Commercial de Geraldo Henrique de Mira & C., 1860.

SILVA, Alfredo Bernardes; ESPÍNOLA, Eduardo; BEVILÁQUA, Clóvis; CASTRO, Araújo; LACERDA, Paulo de (pareceres).. Desapropriação. Casos de necessidade ou utilidade pública. Perigo iminente. Defesa. Amplitude. Verificação judicial. Indenização prévia. Depósito. *Revista de Direito Civil, Comercial e Criminal*, vol. 67, Rio de Janeiro, pp. 451-472, jan., 1923.

SILVEIRA, Francisco Baltazar da. Faculdade que tem o Governo para desapropriar, e impedir derrubada de matas. *O Direito: Revista de Legislação, Doutrina e Jurisprudência*, Rio de Janeiro, a. 3, v. 6, pp. 370-374, 1875.

SODRÉ, Eurico. *A desapropriação por necessidade ou utilidade pública*. São Paulo: Saraiva, 1928.

SPÍNOLA, Celso. *Desapropriações por necessidade ou utilidade pública*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1941.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA. As Câmaras Municipais são incompetentes para autorizar desapropriação. *O Direito: Revista de Legislação, Doutrina e Jurisprudência*, Rio de Janeiro, a. 3, v. 8, pp. 365-367, set./dez., 1875.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Ação possessória. *Gazeta jurídica: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência do estado de S. Paulo*, São Paulo, v. 24, a. 8, pp. 75-79, set./dez., 1900.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Desapropriação. Discussão da constitucionalidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 3, vol. 9, pp. 90-91, 1914.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Desapropriação. Necessidade pública. Exame pelo poder judiciário. Embargos n. 7836. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 5, vol. 18, pp. 180-181, 1916.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Desapropriação por decreto estadual. Competência da justiça local. Alegação de inconstitucionalidade. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v. 48, pp. 124-126, Jan./Jun., 1927.

VEIGA CABRAL, P. G. T. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1869.

VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olímpio. *Tratado de ciência da administração e direito administrativo*. 3 Ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1914.

WHITAKER, Firmino. Desapropriação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 14, vol. 55, pp. 208-209, 1925.

A RETÓRICA DA HISTÓRIA DO DIREITO: NARRATIVA, FICÇÃO E SISTEMA

THE RHETORIC OF HISTORY OF LAW: NARRATIVE, FICTION AND SYSTEM

BERNARDO MONTALVÃO VARJÃO DE AZEVEDO*

RESUMO

A pesquisa, em um primeiro momento, irá discorrer sobre o que é a história do direito a partir da metáfora da descrição, a qual imagina o historiador como um narrador. A seguir, se apresentará o contraponto, compreendendo a história do direito como uma reconstrução empreendida pelo historiador. Aqui, o historiador se aproxima do autor de uma ficção. E, em um terceiro momento, se sustentará, como objetivo principal, a tese de que o historiador não é um observador privilegiado da história, capaz de observá-la de fora, o que acarreta uma série de consequências. A mais importante delas, dentre outras, é a de que a história do direito é, em si, um sistema que opera por meio da dicotomia memória/invenção.

PALAVRAS-CHAVE: História. Narrativa. Ficção. Sistema. Paradoxo.

ABSTRACT

The research will first discuss what the history of law is based on the metaphor of description, which imagines the historian as a narrator. Next, the counterpoint will be presented, understanding the history of law as a reconstruction undertaken by the historian. Here, the historian approaches the author of a fiction. Thirdly, the main objective will be to support the thesis that the historian is not a privileged observer of history, capable of observing it from the outside, which has a number of consequences. The most important of these, among others, is that the history of law is, in itself, a system that operates through the dichotomy of memory/invention.

KEYWORDS: History. Narrative. Fiction. System. Paradox.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Sobre a perspectiva retórica da história do direito. 3. A retórica da história do direito: dos fatos à narrativa. 4. A retórica da história do direito: do relato à ficção. 5. A retórica da história do direito: do observador ao paradoxo. 6. Conclusão.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. The rhetorical perspective of the history of law. 3. The rhetoric of the history of law: from fact to narrative. 4. The rhetoric of the history of law: from report to fiction. 5. The rhetoric of the history of law: from observer to paradox. 6. Conclusion.

* Doutor em Direito pela UFBA (Universidade Federal da Bahia). Professor Associado da Faculdade de Direito da UFBA, Pós-doutor em Direito pela FDV (Faculdade de Direito de Vitória). *E-mail:* bernardomontalvao@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3955-1999>.

“A verdade, ela mesma, é a unidade da diferença que não pode ser observada pela diferença. Em outras palavras, o que chamamos de verdade é, de fato, o ponto cego de toda observação. E nisso reside o potencial democrático, inclusivo e interdisciplinar da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, na medida em que ela nos convida a observar a sociedade a partir da complementariedade das diferentes observações. Bem-vindo à sociedade moderna!”. AZÊVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. **A pandemia do coronavírus observada a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann: breves considerações.** Revista CEJ, Brasília, Ano XXIV, n. 79, p. 20, jan./jul. 2020.

1. INTRODUÇÃO

O problema da presente pesquisa é: o que é a história (do direito)? Observe-se que o problema, assim colocado, estabelece, de imediato, um paradoxo. Afinal, toda pergunta que começa com a partícula “*o que*” almeja alcançar a essência de algo. E se por essência, como quer a tradição platônica, se entende algo imutável, para captura-la, se é que isso é possível, seria preciso admitir, hipoteticamente, que o historiador do direito observa a história de fora da história, como um observador privilegiado. Mas será que ele realmente o é? É essa indagação que se pretende aprofundar aqui, a partir de uma perspectiva retórica.

Muitas foram, ao longo do tempo, as diferentes respostas que foram atribuídas a pergunta sobre o que é a história do direito. Uma delas compreende o historiador do direito como um *narrador*, alguém que descreve ou conta fatos ou episódios juridicamente relevantes do passado com a mais absoluta riqueza de detalhes. Para uma segunda compreensão, também muito difundida, o estudioso da história do direito constrói um relato juridicamente importante a partir de indícios ou vestígios do passado por ele selecionados, aproximando, assim, a história da *ficção*. Mas a hipótese aqui sustentada é que o historiador do direito sempre que observa a história, a observa a partir dela e, por isso, de dentro dela, o que leva a uma compreensão totalmente distinta das duas anteriores.

Para lidar com essas diferentes possibilidades de resposta sobre o que é a história (do direito), é preciso lançar mão de uma metodologia que pressuponha o dissenso, na medida em que ele ajuda o historiador do direito a suspender o juízo (*epoché*), a se autocolocar em dúvida, e levar a efeito a *isostenia* (a equivalência ou o equilíbrio dos argumentos antitéticos em um debate filosófico). Por isso, o viés metodológico adotado aqui, porque em consonância com a perspectiva retórica, é o do *dissoi logoi*, inspirado na lição do sofista Protágoras de Abdera, que parte da premissa de que, inclusive na seara jurídica e histórica, é possível manter posições contrárias (*dissoi logoi*) acerca de qualquer assunto (no caso, sobre a história do direito), uma vez que o homem é a medida de todas as coisas¹.

1 ADEODATO, João Maurício. **Introdução ao estudo do direito – retórica realista, argumentação**

Em respeito à metodologia aqui empregada, a pesquisa, em um primeiro momento, irá discorrer sobre o que é a história do direito a partir da metáfora da descrição, a qual imagina o historiador como um narrador. A seguir, se apresentará o contraponto, compreendendo a história do direito como uma reconstrução empreendida pelo historiador. Aqui, o historiador se aproxima do autor de uma ficção. E, em um terceiro momento, se sustentará, como objetivo principal, a tese de que o historiador não é um observador privilegiado da história, capaz de observá-la de fora, o que acarreta uma série de consequências. A mais importante delas, dentre outras, é a de que a história do direito é, em si, um grande paradoxo, da identidade entre memória (identidade) e invenção (diferença)² e, por conta disso, é preciso abandonar o princípio da razão suficiente. Contudo, antes de aprofundar a abordagem sobre cada uma das retóricas da história do direito, é preciso esclarecer o que se entende aqui por perspectiva retórica e, por consequência, como ela impacta sobre o estudo da história do direito.

2. SOBRE A PERSPECTIVA RETÓRICA DA HISTÓRIA DO DIREITO

A retórica realista, aqui tomada como premissa, está alicerçada em três pilares: i) ela é uma filosofia, não apenas um conjunto de estratégias; ii) ela não se reduz à arte de ornamentar o discurso ou a estratégias para enganar auditórios; e iii) ela não se reduz à persuasão e às três vias propostas por Aristóteles: *ethos*, *pathos* e *logos*³. Mas envolve tudo isso. Ao se adotar a retórica realista como perspectiva de observação do conceito de história, observa-se a lição Nietzsche, de acordo com a qual a retórica tem três níveis: o da retórica material, o da retórica estratégica e o da retórica analítica⁴.

Em um primeiro plano está a retórica material, existencial ou dinâmica (*dynamis*, *δύναμις*), a qual se constitui pelas narrativas que se impuseram como dominantes em determinado contexto, aquilo que o senso comum denomina “os fatos” ou “o mundo real”. Essa predominância é temporária, pois a interferência de outras narrativas incompatíveis modifica continuamente a percepção do que o senso comum denomina como “realidade”.

A retórica prática, estratégica ou técnica (*téchne*, *τέχνη*) são os relatos normativos, isto é, aqueles que procuram dizer não o que o mundo é, mas sim o que deve ser na opinião do orador. Nesse sentido não se compõe de discursos empíricos, mas sim de convicções que visam orientar as condutas para o futuro, narrativas que se pretendem tornar dominantes.

e erística. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2023, p. 12.

2 VESTING, Thomas. *Teoria do direito – uma introdução*. 1ª edição. Tradução: Gercélia B. de O. Mendes. São Paulo: Saraiva, 2015, p.263.

3 ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2014, p. 15 e 310.

4 NIETZSCHE, Friedrich. *Da retórica*. Tradução: Tito Cardoso e Cunha. 1ª edição. Lisboa: Editora Vega, 1995, p. 38-43.

Em um terceiro plano, a retórica analítica, científica ou epistêmica (epistême, ἐπιστήμη) é um conjunto de enunciados que objetiva compreender e explicar como funcionam as mútuas interferências entre as retóricas estratégica e material, de modo tentativamente distanciando e observador, sem compromisso ou interesse imediato com os diferentes relatos.

A fonte dessa tripartição é a *Retórica* de Aristóteles⁵, que foi retomada por Friedrich Nietzsche⁶ e, posteriormente, por João Maurício Adeodato⁷.

Importa destacar que a retórica material é o mais próximo que a filosofia retórica realista chega daquilo que o senso comum designa “realidade”, em sua tentativa de afastar o preconceito ontológico da própria palavra, em cuja etimologia está a palavra “coisa” (*res*). Mas esta é somente uma analogia, pois as ontologias entendem o mundo exatamente como formado por “coisas”, que estão “colocadas adiante” (*ob-jetos*), ao passo que a retórica considera exclusivamente relatos que constroem o cenário de vivência. Isso porque as relações dos seres humanos com o mundo estão em constante mutação e são muito diferentes entre si: os relatos se enfrentam, se combinam e seu amálgama constitui uma “realidade” que nada tem a ver com coisas, objetos, fatos ou verdades.

O relato vencedor não é necessariamente resultado de enfrentamentos e competições. Em determinados contextos é possível que o consenso predomine, ainda que haja outras estratégias mais comuns e eficientes, como a ameaça, a dissimulação, a bajulação e demais estratégias erísticas. Porque o consenso demanda um sem-número de pré-condições que dificilmente estão presentes.

O segundo plano da retórica, o estratégico, é o que mais se assemelha ao entendimento comum sobre a palavra retórica, qual seja, a arte de bem falar, envolver, persuadir um auditório por meio do discurso. A retórica estratégica utiliza as vias aristotélicas da persuasão e do convencimento, mas também todos os meios erísticos para fazer prevalecer uma versão.

Seu objeto, por assim dizer, é a retórica material, toda estratégia sugerida pretende constituir o relato dominante. Nesse sentido, a retórica estratégica é uma metalinguagem, uma linguagem prescritiva sobre a retórica material que todo ser humano desenvolve naturalmente desde a tenra infância. Ela é mais ou menos eficiente em função da perspicácia de cada pessoa, do contexto etc., porém é uma arte que pode ser cultivada e ensinada.

A retórica material nasceu com o *homo sapiens*, é uma de suas características antropológicas decisivas, constitui a comunicação. A retórica

5 ARISTÓTELES. *Retórica*. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Editora Edipro, 2011, p. 50-56.

6 NIETZSCHE, Friedrich. *Da retórica*. Tradução: Tito Cardoso e Cunha. 1ª edição. Lisboa: Editora Vega, 1995, p. 42-45.

7 ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2014, p. 36-41.

estratégica se desenvolve instintivamente, com base nessa característica também antropológica de tentar impor os próprios relatos aos circunstantes⁸.

No que toca à divisão tripartite aqui apresentada, essa retórica estratégica forma a metalinguagem em relação à retórica dessa linguagem que cria o ambiente ao tentar desestruturá-lo por meio de um processo de aprendizagem em que os relatos têm mais sucesso nesse contexto. Todos desenvolvem essas estratégias de forma instintiva, com mais ou menos eficiência, dependendo do seu talento, mas também podem ser estudadas e repassadas. Assim nasceu a retórica estratégica reflexiva e pedagógica de Córax e Tísias na Sicília, Magna Grécia, cujos ensinamentos foram levados adiante pelo embaixador em Atenas, o sofista e filósofo Górgias.

A retórica analítica não parece tanto fazer parte de uma “natureza” humana como as retóricas material e estratégica, que nasceram com a comunicação e a linguagem. Tudo indica, pelo menos a partir das obras que chegaram até hoje, que foi criada por Aristóteles, cuja *Retórica* inaugura uma atitude descritiva e científica diante da retórica, enquanto fenômeno, objeto do conhecimento⁹. De uma perspectiva tentativamente neutra, epistemológica, ela procura explicar e compreender como os relatos da linguagem humanas interferem e constituem o ambiente comum. Como meta-metalinguagem, a retórica analítica não participa dos embates estratégicos, pretende examiná-los sem tomar partido, mesmo sabendo das dificuldades que envolvem uma abordagem descritiva. A retórica analítica parte de duas suposições básicas: primeiro, admite que procurar um acordo sobre o que o mundo é já é tarefa suficientemente complexa para a teoria do conhecimento; depois, que só a partir dessa análise será viável discutir sobre como o mundo deve ser.

A teoria da linguagem já há muito criou a dicotomia linguagem/metalinguagem ou linguagem-objeto/linguagem, respectivamente, para ressaltar o papel da linguagem na filosofia e na observação do mundo em geral¹⁰. A despeito de sua importância, essa dicotomia não destaca que a metalinguagem dessa observação envolve duas ordens diferentes: pode ser dirigida à ação para modificar a linguagem-objeto ou “realidade”; e pode se colocar como espectadora, sem avaliar, concordar ou discordar diante das situações observadas.

Pois bem, é a partir de tais considerações preliminares e necessárias sobre a retórica que se irá, nos itens a seguir, empreender uma análise sobre a história. Momento no qual três retóricas sobre a história – que são entre si retóricas

8 GEHLEN, Arnold. *Moral e hipermoral – uma ética pluralista*. Tradução: Margit Martincic. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1984, p. 136-140.

9 SCHLIEFFEN, Katharina von. *Iluminismo retórico – contribuições para uma teoria retórica do direito*. 1ª edição. Tradução: João Maurício Adeodato. Curitiba: Alteridade Editora, 2022, p. 197-204.

10 VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 192 s.

estratégicas – serão apresentadas: a da narrativa, a da ficção e a do sistema. O objetivo é que, a partir do confronto entre elas, seja possível edificar uma retórica analítica sobre a história. O que só pode ser feito, uma vez que se tenha consciência sobre a retórica material e o seu papel para construção da “realidade histórica”. É hora, então, de adentar na retórica da história ilustrada pela metáfora da narrativa.

3. A RETÓRICA DA HISTÓRIA DO DIREITO: DOS FATOS À NARRATIVA.

A Grécia Antiga já conhecia a dicotomia transcendente e imanente, mas não o conceito de história como a linha de continuidade dos acontecimentos¹¹. Contudo, parece que, com o passar dos séculos, sobretudo a partir do século XVII, quando a ciência se separou da filosofia, afirmando a sua autossuficiência, essa diferença caiu em esquecimento. E esse esquecer implicou em uma hegemonia do discurso transcendental, em especial no campo das ciências nascentes, como, por exemplo, a sociologia de August Comte, no século XIX. O que também se viu ecoar sobre os domínios da história, notadamente, sobre a compreensão transcendental de historiador, como aquele que pode observar a história de fora da história¹². Não por acaso, como assinala Schmitt, assim como o Estado quis tomar para si o papel que outrora era da igreja¹³, também a ciência do século XIX pretendeu ser uma nova religião, na medida em que imaginou alçar o homem da condição de criatura para criador.

Talvez essa tradição transcendental tem construído raízes na formação da cultura predominante dos séculos XVIII e XIX na Europa Continental, por conta da larga disseminação da cultura católico-cristã oriunda da Idade Média¹⁴. Se é certo que a Era Moderna rompe em grande medida com as amarras da Era Medieval, não é menos certo que nem tudo é moderno na Era Moderna. E, se é assim, é possível inferir que, mesmo na Era Moderna, há, ainda, vestígios do discurso medieval. O mais importante deles, talvez, seja a persistência, a difusão e a pretensão de hegemonia do discurso transcendental¹⁵. Assim como o Deus cristão observa a história de fora, de igual modo, no imaginário do historiador do século XIX, também o historiador a observa. E o livro da história, assim como a bíblia, traça uma descrição fiel acerca dos fatos.

11 VESTING, Thomas. *Teoria do direito* – uma introdução. 1ª edição. Tradução: Gercélia B. de O. Mendes. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 265.

12 HOBBSBAWN, Eric. *Sobre história*. Tradução: Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 13-21.

13 SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Traducción: Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2011, p. 88-89.

14 FOSSIER, Robert. *As pessoas da idade média*. Tradução: Maria Ferreira. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 2018, p. 242-249.

15 *Ibidem*, p. 299-302.

Tal percepção sobre a história e sobre o historiador, como aquele que tudo vê, opera como pano de fundo daquilo que Michael Stolleis discorre sobre o “olho da lei” nos últimos três séculos. O olho vigilante se torna símbolo central de uma corrente, a qual ainda recorda a trindade cristã, mas intenta assegurar a criação de uma nova ordem autônoma. Antes a Igreja, agora o Estado. Antes Deus, agora o historiador. Por força disso, uma sequência de símbolos passa a figurar em primeiro plano, a qual substitui a Santa Trindade pelo conhecimento científico¹⁶, pela construção piramidal da sociedade, pela unidade dos estratos sociais no conceito de nação e pelo lugar de senhor da verdade ao cientista e, por consequência, ao historiador.

Compreender a história como uma narrativa de fatos passados resultante de um observador privilegiado, pressupõe, sem dúvida, uma certa compreensão de linguagem. Se o historiador é apenas um narrador dos fatos, então, o pressuposto é que a linguagem é capaz de capturar de modo preciso os fatos e retrata-los com exatidão. Neste sentido, a linguagem representaria a realidade. E ela, a realidade, teria a sua existência independente da linguagem. Donde se segue a seguinte pergunta: e se é assim, qual seria a origem da língua? Duas respostas surgem como alternativa. A primeira, Deus. A segunda, uma convenção, um contrato¹⁷. Em comum entre elas, mais uma vez, a ideia da transcendência. Mas será que é possível falar sobre a língua, ou sobre a sua origem, a partir de algum lugar de fora da língua? Dito de outro modo, será que é possível falar da língua e de sua origem sem recorrer a própria linguagem?

Como se depreende a partir da lição de Platão, há, pelo menos, duas concepções de linguagem¹⁸. Uma, que a compreende de modo representativo ou substancial. Outra, que a entende como uma convenção ou nomeação. A primeira, pressupõe que a realidade tem uma essência e que a linguagem é capaz de apreendê-la. Logo, o significante – cadeira – retrataria com fidelidade o significado, objeto destinado a se sentar. E, por isso, cada palavra teria um único sentido. Do que se depreende que a linguagem seria estática. Já para segunda concepção, a língua resulta de uma convenção entre os interlocutores. O sentido das palavras não decorre de uma essência inata à realidade, mas do uso que os falantes fazem dela. O que implica em uma compreensão dinâmica que lança mão do conceito de “jogos de linguagem”¹⁹.

16 STOLLEIS, Michael. *O olho da lei – história de uma metáfora*. Tradução: Thiago Saddi Tannous. Belo Horizonte: Editora Doyen, 2014, p. 68.

17 NIETZSCHE, Friedrich. *Da retórica*. Tradução: Tito Cardoso e Cunha. 1ª edição. Lisboa: Editora Vega, 1995, p. 94.

18 PLATÃO. *Diálogos VI – Crátilo (ou da correção dos nomes); Cármides (ou da moderação); Laques (ou da coragem); Íon (ou da Ilíada); Menexeno (ou oração fúnebre)*. Tradução: Edson Bini. Bauru-SP: Edipro, 2010, p. 35-37.

19 WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 2ª edição. Tradução: Marcos G. Montagnoli. Revisão da tradução: Emanuel Carneiro Leão. Petrópolis-RJ: Editora Vozes,

Onde, o sentido não preexiste à língua, mas é construído a partir dela, em cada contexto comunicativo, a depender do uso. Não é difícil perceber, então, que a retórica da história que recorre à metáfora do historiador como um narrador, toma como ponto de partida a concepção representativa ou substancial da linguagem. O historiador é o mecânico que maneja com precisão a ferramenta da linguagem. O curioso é que o “mecânico” tem algo de beato ou sacerdote, dada a confiança que deposita na linguagem e nos seus lugares comuns (*topoi*). A crença nas palavras e na sua capacidade de “espelhar” a realidade, talvez seja a religião mais bem-sucedida da história da humanidade²⁰.

Independentemente da concepção de língua que se adote, é preciso ressaltar que ambas pressupõem a transcendência. O que se reflete, por sua vez, sobre as concepções ilustrativas de história. Seja a que sustenta uma imagem cíclica. Seja a que a ilustra como uma linha. Cíclica porque não tem início nem fim²¹ e porque pressupõe que o futuro repete o passado. Linear, pois admite as ideias de origem e término, e porque imagina o futuro como algo diferente do passado. A primeira, típica de autores da Era Medieval e dos séculos XVI e XVII. Exemplo disso, Nicolau Maquiavel²². A segunda, própria da Era Moderna.

Como assinala Michael Stolleis, enquanto alguns se entendem como “sacerdotes de Clio” e, com o postulado “aprender com a história”, reivindicam um poder de ordenar para o futuro, outros reagem a isso como se fossem alérgicos e afastam de si a pretensão de “orientação” ou de “dotar de sentido”²³. Em comum entre elas, uma vez mais, a ideia de transcendência. É dizer, admitir como premissa que é possível observar a história de fora da história. Onde o historiador, como observador “isento” dos fatos, é capaz de dizer a “verdade” sobre os episódios do passado.

Ora, se o historiador é esse observador privilegiado da história, fácil é concluir que ele poderá “identificar” padrões existentes no transcurso do tempo. Nasce, assim, a ideia de que a história é regida por “leis”. Constantes invariáveis que, se bem percebidas, poderão auxiliar o historiador a entender o

1994, p. 53.

20 AFGSBERG, Ino. Fé e conhecimento no direito. In: CAMPOS, Ricardo; BARBOSA, Samuel; FORTES, Pedro. **Teorias contemporâneas do direito – o direito e as incertezas normativas**. 1ª edição. Curitiba: Juruá, 2016, p. 221-236.

21 “...podemos conceber hoje o *big-bang* como um evento associado a uma instabilidade, o que implica que ele é o ponto de partida de nosso universo, mas não o do tempo. Enquanto o nosso universo tem uma idade, o meio cuja instabilidade produziu este universo não a teria. Nesta concepção, o tempo não tem início e provavelmente não tem fim!”, cf. PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas – tempo, caos e as leis da natureza**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996, p. 13.

22 MARTINS, Carlos Estevam. Vida e obra. In: MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2000, p. 12.

23 STOLLEIS, Michael. **Escrever história do direito – reconstrução, narrativa ou ficção?** Tradução: Gustavo César Machado Cabral. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 18.

comportamento da história e, quiçá, prever o futuro ou, pelo menos, apontar uma tendência. Aparece ter sido esse o projeto da dialética de Hegel²⁴, movida entre teses, antíteses e sínteses. Com o que Karl Marx parece, mesmo que às vezes, concordar, afinal, ousou prever como necessária a sociedade sem classes e sem Estado, como resultado final da revolução do proletariado²⁵.

Esse modo de observar a história tem sérios impactos sobre o Direito. Um deles, deveras conhecido, é a tese do jusnaturalismo. É dizer, imaginar, a um só tempo, a existência de um direito que não é criado pelo homem, que é imutável e universal e que prevalece, em caso de conflito, sobre o direito positivo²⁶. Novamente, a ideia de transcendental é a tônica. Como se o homem fosse atravessado por uma insegurança atávica e, por isso, precisasse, a todo momento, recorrer à ideia de um Deus, ou algo parecido. Mas a transcendência tem muitas faces. É chegado o momento de olhar a outra.

4. A RETÓRICA DA HISTÓRIA DO DIREITO: DO RELATO À FICÇÃO

Mas, e se o que se conhece por fatos forem, na verdade, relatos, como fica a história? Essa é a outra retórica que se pode se ter sobre a história. Nela, a metáfora da narrativa dá lugar à ficção. O historiador deixa de ser um narrador isento dos fatos para se tornar um construtor de versões a partir de relatos. Onde as suas pré-compreensões e ideologias podem interferir no modo como a reconstrução do passado é levada a efeito. Sobretudo, quando se toma consciência de que provas são *topoi*. Isto é, não são demonstrações empíricas, mas, quase sempre, lugares comuns da argumentação. Historiador e poeta criam a partir do “poço profundo do passado”, como diz Thomas Mann na primeira frase de “José e seus irmãos”. Ambos elaboram, a partir do material da memória e com a mediação da linguagem, um texto imaginativo²⁷.

Tal modo de compreender a história aparenta ser imanente. Contudo, padece também do traço da transcendência. A aparência da imanência decorre, talvez, do seu viés cético, ao sustentar a história como uma reconstrução seletiva a partir de relatos convincentes, o que levaria à ideia de ficção. Contudo, se bem compreendida, toda crítica pressupõe uma observação privilegiada, um olhar melhor do que o do outro. O que remete, por mais uma vez, à ideia de transcen-

24 HEGEL, G. W. F. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 19-26.

25 MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. 1ª edição. Tradução: Álvaro Pina. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2009, p. 53-56.

26 ADEODATO, João Maurício. *Introdução ao estudo do direito – retórica realista, argumentação e erística*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2023, p. 61.

27 “Escritor de história e contador de estórias são irmãos de espírito”, cf. STOLLEIS, Michael. *Escrever história do direito – reconstrução, narrativa ou ficção?* Tradução: Gustavo César Machado Cabral. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 54.

dência. Ficção pressupõe inventar. E inventar toma como premissa criar a partir do nada. Onde o nada é a ausência de história, ou algum lugar fora dela. O grau zero da linguagem. O ponto privilegiado da observação. Mas será possível criar a partir do nada? Ou seria o nada, em si, mais um paradoxo? A tentativa da linguagem de dizer sobre a falta de algo, que, porque é dita, já não é mais falta. Ou, em outros termos, o ausente, que porque é ausente, já se faz presente.

É preciso redobrar o cuidado com isso que se denomina como crítica. Não raro ela se apresenta como um duplo, um espaço de duas dimensões. É dizer, sustentando que há um campo no qual não é possível alcançar a verdade e um outro no qual ela seria alcançável. E, por isso, tudo seria um problema de metodologia. Aplicado tal raciocínio à história, isso implicaria dizer que ela, ora se apresenta como narrativa, ora se veste como ficção. E que tais domínios não podem ser confundidos, sob pena de se incorrer em um salto metodológico. Mas o certo é que tal crítica é, a rigor, um novo dogmatismo. Afinal, na medida em que separa os domínios, trata de deixar um deles à salvo das críticas. Toda crítica que não se submete a crítica é um dogma disfarçado²⁸ e que recorre ao discurso transcendental.

Como assevera Michael Stolleis, a escrita da história nunca supõe um acesso direto a uma realidade existente “atrás” da linguagem²⁹. Não se falando mais sobre o passado ele desaparece. Os objetos, sejam eles lá qual forem, múmias, ossos, fósseis, dentes ou esqueletos, são mudos. Não falam por si, carecem sempre de interpretação. A história é cheia de fábulas, falsidades e narrativas de legitimação fingidas³⁰, cujo estudo é tão fascinante, justamente porque mostra como o homem constrói o seu mundo, como o conforma por meio da linguagem, como sempre volta a “nomear” novamente, assim como fez Adão no paraíso³¹. Sem a produtiva imaginação, não é possível completar corretamente, assegura Stolleis, as palavras ditas descuidadamente em um documento ou as inscrições parcialmente destruídas em uma pedra, nem seria possível sequer lê-las³².

O historiador não tem acesso imediato ao passado, salvo por meio da linguagem ou dos objetos interpretados por ela. O estudioso da história, por meio da interpretação, decifra uma rede de comunicações pertencentes ao

28 ALBERT, Hans. *Tratado da razão crítica*. Tradutor: Idalina Azevedo da Silva, Erika Gude, Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro, Editora Tempo brasileiro, 1976, p. 131-133.

29 STOLLEIS, Michael. *Escrever história do direito – reconstrução, narrativa ou ficção?* Tradução: Gustavo César Machado Cabral. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 48.

30 *Ibidem*, p. 51.

31 “Gênesis”, 2, 19-20: Deus levou “todos os animais do campo e todas as aves do céu (...) antes do homem, para que ele visse como os chamava; já que cada animal vivente tinha o nome que o homem lhe dera. E o homem pôs seu nome a cada gado e pássaro no céu e cada animal no campo” (BÍBLIA SAGRADA, 1979, p. 27).

32 *Ibidem*, p. 57.

passado. A ciência da história compreende as palavras e as imagens somente de forma contextualizada. Fazer ciência histórica, neste cenário, é renunciar a fins descaminhados como a “verdade histórica”. O historiador não trabalha na arqueologia de “fatos”. A língua não é um espelho da realidade pretérita, mas o texto “é” essa realidade passada³³. Daí, mais uma vez, a importância da interpretação. Ela que é, a um só tempo, um ato de construção e de imunização de sentido.

Os “atos de fala”, no sentido de John L. Austin, mudam o mundo, restauram ou rompem relações humanas, mas vão além disso. Também o mundo passado na história, só pode ser entendido e criticado, se necessário, por meio da sua estrutura linguística³⁴. Por isso, o que sempre se constate ou declare sobre a história, permanece ligado de volta à mediação linguística^{35 36}.

Compreender a história como uma ficção é perceber que palavras não são fatos. Eventos são singulares e únicos. A língua é genérica e abstrata. Logo, há sempre um abismo separando os eventos dos pensamentos, bem como esses últimos da linguagem. Não há, portanto, uma correspondência exata entre eventos e pensamentos, nem muito menos entre os pensamentos e a linguagem. Donde se depreende que fatos são relatos convincentes³⁷. Mas aí, mais uma vez, parece brotar uma percepção transcendental sobre a língua. Afinal, se a língua é a “bolha” na qual a humanidade vive, e por meio dela cria a história, como é possível ao homem sair de tal “redoma” para observá-la de fora, e fazer uma crítica da linguagem e, a partir dela, da história?

Por isso, se a história é uma ficção bem empreendida pela retórica material, a partir de relatos convincentes, ideologicamente selecionados, a história, neste cenário, talvez seja como no Mito de Sísifo. A pedra que é empurrada morro acima, mas que teima em cair, para ser arrastada novamente, uma vez progresso não se confunde com evolução e essa última não dá saltos. Onde a montanha é o mundo dos humanos e Sísifo é a humanidade³⁸. Mas cada subida e descida são únicas, e não meras repetições. O problema deste mito é que ele pressupõe, mais uma vez, e miseravelmente, um observador externo, talvez Zeus, que vê de fora como tudo se passa e se deleita com o sofrimento alheio. Não seria interessante,

33 *Ibidem*, p. 35.

34 WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 2ª edição. Tradução: Marcos G. Montagnoli. Revisão da tradução: Emanuel Carneiro Leão. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 1994, p. 95.

35 KOSELLECK, Reinhart. *História dos conceitos* – estudo sobre a semântica e a pragmática da linguagem política e social. Tradução: Markus Hediger. Rio de Janeiro: Editora Contraponto, 2020, 107.

36 “Quando os jogos de linguagem mudam, há uma modificação nos conceitos e, com as mudanças nos conceitos, os significados das palavras mudam também” (WITTGENSTEIN, 2000, p. 31).

37 ADEODATO, João Maurício. *Introdução ao estudo do direito* – retórica realista, argumentação e erística. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2023, p. 74-75.

38 *Ibidem*, p. 22.

então, tentar compreender a história a partir de uma perspectiva imanente? O que resultaria a partir daí? Esse é o tema do próximo item.

5. A RETÓRICA DA HISTÓRIA DO DIREITO: DO OBSERVADOR AO PARADOXO.

Para empreender uma compreensão imanente sobre a história e tentar oferecer uma nova resposta à pergunta - o que é a história? – é preciso partir do problema da observação. Para o construtivismo radical, a realidade constitui-se a partir da experiência do observador. A realidade é construção do observador, faz parte de seu campo experimental. Assim, o conhecimento sobre o mundo transforma-se em conhecimento sobre o observador, e a percepção do objeto, na percepção sobre si mesmo. As consequências para a teoria clássica do conhecimento e para a história são imensas e drásticas: constrói-se uma fusão intrínseca entre objeto (dados empíricos colhidos pelo historiador) e sujeito (historiador). Em outras palavras, o observador (o historiador) é entendido como parte do mundo que observa³⁹. Não existe observador (historiador) exclusivamente externo⁴⁰. Objetividade é a ilusão de que as observações poderiam ser efetuadas sem um observador⁴¹.

O observador (o historiador), enquanto realidade, constrói realidade. Tanto o objeto (os documentos que pretendem registrar a história, por exemplo), como aquele que o conhece são empíricos e se confundem. Um não existe sem o outro. Não se pode falar em elevação sobre a realidade ou correspondência entre conceito e objeto. As duas partes, sujeito (historiador) e objeto (e os dados empíricos por ele analisados) são reduzidas a um único denominador comum, uma única operação. Se, para saber o que é a realidade (os dados empíricos percebidos pelo historiador), deve-se observar o observador (o historiador), então, a distinção sujeito/objeto, proposta por Immanuel Kant, torna-se completamente inútil. Tudo depende dos critérios e das estruturas do observador (historiador), e de que o conhecimento sobre o mundo é, a rigor, resultado de seu campo de experiência⁴², ou da recursividade de suas operações internas.

Este processo permite descolar o problema da percepção do historiador para o interior do sistema. Como assinala Foerster, a informação não aguarda passivamente ser ‘apanhada’. A informação só passa a ser tal quando se pode agir

39 GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais – direito e sociedade* na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 37.

40 FOERSTER, Heinz von. Heinz von Foerster pioneiro da cibernética. In: PESSIS-PASTERNAK, Guitta. *Do caos à inteligência artificial: quando os cientistas se interrogam*. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1993, p. 199.

41 GLASERSFELD, Ernst von. *Construtivismo radical – uma forma de conhecer e aprender*. Tradução: Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 130.

42 *Ibidem*, p. 38.

sobre ela. Informação nenhuma é ‘exterior’, ela se encontra em nós mesmos⁴³. Ela não pode ser determinada pelo ambiente, mas é produto de um sistema que concentra, em si, observador e observado. Esse sistema é a história.

A percepção não provém da objetividade do saber, mas de uma operação do sistema (a história) que remete à sua experiência de compreensão, isto é, que recorre a uma operação anterior interna da percepção. O sistema (a história) constrói uma memória individual – fruto da experiência de suas operações, que se transforma no pressuposto de produção de novas percepções, experiências e operações. Este processo de autoprodução da percepção e, portanto, das operações, é denominado como autopoiese por Maturana e Varela⁴⁴. Sendo assim, a história, entendida como um sistema autorreferencial ou autopoietico, é capaz de organizar e mudar a sua estrutura a partir de suas referências internas, produzir seus elementos e determinar as suas próprias operações.

O historiador do racionalismo moderno, ligado ao que aqui se denominou como a retórica da história a partir da metáfora da narrativa, parte do pressuposto de que todos os sujeitos observam, por meio de uma única razão, o mesmo mundo. Caso contrário, não se entenderia o sentido do termo objeto. Autopoiese, por sua vez, significa que cada sistema produz, somente para si, o pressuposto da cognição, isto é, suas operações. É dizer, o sistema da história produz, para si e apenas para si, as premissas de que parte para produzir isso que se chama conhecimento histórico. De acordo com a teoria dos sistemas autorreferenciais, o mundo real (as observações do historiador) se realiza somente quando existe um observador (historiador). É um mundo peculiar daquele observador e de nenhum outro. Não existe um único mundo ou uma única razão, mas diversos mundos e múltiplas razões⁴⁵.

Compreender a história à luz do construtivismo radical é admitir, no plano da semântica, uma pluralidade de possibilidades. Essa pluralidade é resultado do reconhecimento da variedade de observações, cada uma delas com experiências diferenciadas. Ao invés de pressupor o historiador que toma como ponto de partida a unidade universal da razão, pressupõe-se, agora, uma diversidade de pontos de vistas autônomos. Ao conjugar sujeito e objeto, historiador e mundo da história, observador e observado, a perspectiva do construtivismo radical lança um olhar inédito sobre a distinção estrutura social/semântica⁴⁶. A estrutura social é, para o construtivismo radical, construção do

43 *Ibidem*, p. 203.

44 MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *A árvore do conhecimento – as bases biológicas da compreensão humana*. Tradução: Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001, p. 32.

45 GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais – direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 40.

46 GLASERSFELD, Ernst von. *Construtivismo radical – uma forma de conhecer e aprender*. Tradução: Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 224.

observador (da semântica que constrói o historiador e o seu lugar de fala). Ambos os lados interferem um sobre o outro.

Quando a semântica da história se fundava em centros de certeza – Deus ou Razão –, atrelava as possibilidades históricas a uma única observação, a de um historiador privilegiado. Isso acarretava um descompasso entre estrutura social – que se transforma constantemente, como o rio de Heráclito – e semântica – que permanecia com pretensões normativas, de universalidade e transcendentais. Ao definir a realidade a partir de diferentes unidades de observação, o construtivismo radical abalou a percepção de uma ordem estática estabelecida pelas leis universais e fragmentou o princípio racional absoluto ou da razão suficiente. A semântica do único olhar ou do olhar privilegiado, como as das metáforas da narrativa e da ficção e suas respectivas retóricas da história, representam, a rigor, a semântica da violência, da opressão das possibilidades. Cabe à história, e mais ainda à história do direito, entendida como sistema, iluminar os paradoxos ocultados pelo iluminismo kantiano ancorado na dicotomia sujeito/objeto, historiador/mundo da história. É preciso quebrar com tais dicotomias e inaugurar outras formas de observação além dos processos da consciência ou psíquicos⁴⁷.

O construtivismo radical não ignora a existência de especificidade em cada observação. A realidade histórica (o relato sobre os episódios do passado) é construída pela experiência específica de cada observador (historiador). Entretanto, não existe, em meio às análises do construtivismo, preocupação com a identificação de formas diferentes da consciência (do historiador). É dizer, só o historiador ocupa o papel de observador. A ausência desta preocupação tem uma justificativa teórica muito precisa. O construtivismo radical desenvolveu-se no âmbito das chamadas ciências cognitivas. Sua atenção concentrou-se no problema da aprendizagem do conhecimento, ou seja, no processo de produção do conhecimento sobre a realidade. Como esse processo é, a rigor, resultado da percepção do observador (do historiador), os teóricos construtivistas dedicaram-se ao estudo da consciência humana, ao modo como a mente cria a realidade (o relato que faz sobre a percepção) a partir de generalizações (a linguagem), apesar de partir de especificidades (o osso, a carta, o diário, o fóssil etc.).

Se o construtivismo radical reduziu o processo de observação, e, portanto, de fazer história, a uma única operação, a consciência, leia-se, o historiador, Niklas Luhmann, ao deslocar o problema para o estudo da sociedade, estabeleceu uma alternativa de operação de observação, que pode ser muito útil ao estudo da história. Para o sociólogo alemão, o importante é descrever a possibilidade de construção da ordem social. Para o campo da história, o importante seria

47 LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. 7ª edição. Milano: Franco Angeli, 1995, p. 23.

descrever como a história se torna história. Para isso, a análise das consciências (do que pensam os historiadores e os indivíduos em geral) tem pouca relevância para compreender a construção da história, pois se dirige à individualidade dos sistemas psíquicos (isto é, o que pensa cada indivíduo e, o pior, sem garantia nenhuma sobre isso, uma vez que não é passível de verificação). É preciso um outro tipo de operação que admita a coexistência de muitos sistemas da consciência⁴⁸. Luhmann identificou, no conceito de comunicação, a unidade operativa do sistema social⁴⁹. E é a partir daí que se pode inferir que, assim como a sociedade, também a história, entendida como sistema, não conta com um único observador (o historiador) e deve também tomar a comunicação como a sua unidade básica operativa.

A teoria dos sistemas autorreferenciais se organiza em torno da noção de diferença. Por tal palavra entenda-se a ideia de fronteira, que, a um só tempo, separa, mas também conecta, o que está dentro (o sistema) com o que está fora (o ambiente). Esta mudança de perspectiva possibilitou o fechamento do sistema – aqui entendido como a história – em relação ao ambiente – a não-história (tudo que se passa na sociedade que não interessa à história) – e estabeleceu recursividade e circularidade como suas características fundamentais. Tal estratégia permitiu a resposta à pergunta: o que é um sistema? Os sistemas são capazes de organizar e mudar suas estruturas a partir de suas referências internas, produzir seus elementos e determinar suas próprias operações⁵⁰. Em suma, eles se autoproduzem. O que se aplica por completo à história, entendida aqui, repita-se uma vez mais, como um sistema.

Esta virada à autorreferencialidade, por um lado, solucionou o problema da identidade dos sistemas, mas, por outro, ressuscitou o problema da abertura: como imaginá-la a partir da lógica da autorreferência? Dito de outro modo, se o sistema se funda a si mesmo, se a história se cria e se recria a si mesma, como ela se abre para o ambiente, para o que ainda não é história, mas que pode vir a ser? A resposta é paradoxal e explica como opera o sistema da história: o fechamento do sistema é a condição de possibilidade da abertura. Em outras palavras, porque o sistema se fecha, isto é, é capaz de preservar a sua identidade, ele ganha a habilidade de se abrir para o ambiente. Graças a isso a história conserva, em alguma medida, a sua continuidade, sem comprometer a possibilidade de inovação ou invenção. O que inaugura uma relação entre

48 LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. 7ª edição. Milano: Franco Angeli, 1995, p. 23.

49 LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa. *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Editora Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997, p. 76.

50 LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. 7ª edição. Milano: Franco Angeli, 1995, p. 17.

autorreferência e heterorreferência e elimina a dicotomia sistemas abertos/sistemas fechados⁵¹.

Uma vez que se adote a autorreferencialidade como ponto de partida, a diferença converte-se em fundamento do conceito de sistema. O que só se percebe por meio do conceito de forma⁵², o qual é a operação de indicar e distinguir. Indicar significa, simultaneamente, distinguir, sendo a recíproca também verdadeira. Disso resulta que a forma é o único meio hábil a produzir uma diferença de dois lados: uma dicotomia. Logo, a forma é a operação do sistema que possibilita uma diferença, uma separação, a linha de fronteira que estabelece a distinção de dois lados. A condição de existência de quaisquer dos lados é a presença do outro, em outras palavras, a manutenção da diferença. As operações de uma parte são correlatas e necessárias para a identidade das operações da outra: um lado não é nada sem o outro. A condição de existência é, a rigor, a recíproca diferenciação. Em outros termos: identidade é um lado da dicotomia diferença/identidade. Tais lados, no caso do sistema da história, são memória/invenção.

Indicar o sistema significa, portanto, distinguir um lado de outro: o ambiente. Esta operação estabelece o ponto de partida da teoria de Niklas Luhmann: a distinção sistema/ambiente (a diferença diretriz). No caso da história, ela é o sistema e o seu ambiente é tudo que dela não faz parte, mas se encontra na sociedade, como, por exemplo, os sistemas da economia, da política, do direito, da religião, dentre outros. O que decorre daí, e é vividamente destacado por Niklas Luhmann, é o abandono da ideia de unidade⁵³, como elemento fundador do sistema. No lugar dele, assume agora protagonismo a noção de diferença. O que implica, no caso da história, que, para melhor entendê-la, não são mais satisfatórias as noções de narrativa ou ficção, porque, além de transcendentais, são unitárias. É preciso agora, para melhor compreender a racionalidade dos paradoxos, raciocinar, no caso do sistema da história, por meio da diferença memória/invenção. Ao invés de fugir dela (ou disfarça-la), como o faz as retóricas da narrativa e da ficção, é preciso trabalhar a história a partir dela.

51 LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa. **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Editora Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997, p. 78.

52 GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais – direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 44.

53 Veja-se o que escreve Luhmann a respeito do assunto, referindo-se ao sistema do direito: “Assim, a unidade de um sistema codificado binário pode ser descrita apenas na forma de paradoxo. De modo operativo, o paradoxo se reproduz permanentemente, mas não pode ser observado no sistema... O paradoxo não pode ser observado, pois para tanto se faria necessária a decisão sobre se a distinção entre legal e ilegal seria legal ou ilegal. No direito, como, de outra maneira, também na lógica, o paradoxo é o ponto cego do sistema, e só esse ponto cego torna possível a operação de observação”, cf. LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 234.

A distinção sistema/ambiente, ou memória/invenção, no caso da história, é, deste modo, compreendida de forma paradoxal. Um paradoxo, como assinala Giancarlo Corsi, não tem uma forma do tipo “ $A = \text{não } A$ ”, que representa uma situação contraditória. Um paradoxo deve ser formulado como “ A porque não A ”, em que as condições de afirmação são, ao mesmo tempo, as condições de sua negação⁵⁴. O exemplo mais conhecido de paradoxo, como descreve Corsi, é aquele de Epimenide, que se desenvolve através da afirmação “esta frase é falsa”⁵⁵. É impossível decidir se a afirmação é verdadeira ou falsa, pois as condições de sua falsidade são contemporaneamente as condições de sua veracidade (e vice-versa). Se a frase for considerada verdadeira, nega-se o seu conteúdo. Se, ao contrário, for chamada de falsa, aceitando o seu conteúdo, então é verdadeira. Nota-se, assim, uma aproximação íntima, em nosso sentir, entre os conceitos de paradoxo e isostenia. É dizer, a partir da equivalência ou equilíbrio dos argumentos antitéticos é possível inferir conclusões díspares e iluminar diferentes possibilidades de sentido.

É a partir daí que Luhmann constrói a distinção sistema/ambiente e que, se pretende aqui, no campo da história, levar a efeito a dicotomia memória/invenção. O sistema, história, estabelece a sua identidade (a memória) à medida que se diferencia do ambiente (a não-história). Este, por sua vez, reconhece-se como tal desde que o outro lado (o sistema) seja seu parâmetro de distinção. Destas afirmações pode se extrair um primeiro paradoxo: a identidade é formada pela diferença. Ou, em termos históricos, a memória é forjada pela invenção. Esta constatação, contudo, não é uma solução, mas pressuposto de um outro paradoxo: o sistema (a história) deve distinguir-se do ambiente (da não-história) para fixar sua identidade (a sua memória), mas o ambiente, porque depende do sistema para existir, é, na verdade, produto deste. Este é o modo como se fecha a autorreferencialidade. Em resumo, é impossível indicar um dos valores sem indicar o outro (a heterorreferência), o que torna ele, o outro, autocriação (autorreferência).

Pode-se afirmar, assim, que a lógica dos paradoxos constitui o sistema (a história) que é, a um só tempo, fechado (em sua memória) e aberto (em sua inventividade). Ora, se a história é este sistema, simultaneamente, fechado e aberto, então, é possível concluir que os invisíveis no passado, podem se tornar visíveis no presente. E que o historiador, porque não mais visto como observador privilegiado, não é o autor de narrativas ou ficções, nem é o protagonista da peça da história, sendo antes parte do ambiente do sistema da história, porque sistema psíquico. Dito de outro modo, as ideias do historiador A ou B não determinam o que se entende por história. Ela, a história, se ergue a partir das

54 CORSI, Giancarlo. Paradosso. In: *Luhmann in glossário. I concetti fondamentali dela teoria dei sistemi social*. Milano: Franco Angeli, 1995, p. 171.

55 *Ibidem*, p. 172.

comunicações sociais. Comunicações que não são apenas entre indivíduos, que Luhmann chama de sistemas psíquicos, mas, também, entre instituições ou sistemas. Logo, a memória da história não é determinada pelo relato do historiador, mas pela autopoiese do próprio sistema da história a partir de suas comunicações internas. E tais comunicações são, em grande medida, determinadas pelas tecnologias e meios de difusão (a escrita, a imprensa, os meios eletrônicos e os meios de comunicação de massa)⁵⁶.

Ao operar e manter ativo os dois lados da distinção memória/invenção, o sistema da história trabalha sempre com duas alternativas. Como uma parte não existe somente de *per se*, mas depende da indicação simultânea da outra, a forma não pode estabelecer a sua própria unidade. O que implica, portanto, em afirmar que não existe fundamento superior ou transcendental à distinção memória/invenção. Em outros termos, o sistema da história não se funda em Deus, no historiador privilegiado, na narrativa, na ficção ou em qualquer outra circunstância externa a ele. A construção do sistema da história é paradoxal: para fixar a unidade de cada uma das partes, a forma deve ser uma diferença, não uma unidade. A adoção dessa lógica produziu duas importantes consequências.

A primeira delas é a inexistência de uma unidade-fundamento para história, uma vez que não existe unidade sem distinção. Cada unidade formada é pressuposto de outra diferença. As distinções são, deste modo, produzidas *ad infinitum*. Pense, por exemplo, na distinção homem/mulher. Poder-se-ia afirmar que a unidade desta distinção é o ser humano. Este, contudo, não é observável por meio da respectiva distinção: podem ser vistos somente o homem ou a mulher. Sendo assim, como ver o ser humano? Recorrendo a outra distinção: ser humano/animal. A unidade desta nova diferença será uma outra distinção e assim por diante. Mas, e a distinção memória/invenção? A unidade da distinção memória/invenção é a história. E esta, por seu turno, é o horizonte de todas as possibilidades.

A unidade da distinção é a margem de latência (ou de potência) da própria distinção: não pode ser observável. É o ponto cego da observação. Este ponto é o terceiro excluído de uma distinção. Para voltar ao exemplo acima, é a história no caso da memória/invenção; o ser humano, no caso do homem/mulher; a norma fundamental (de Kelsen), no caso das normas constitucionais/infracostitucionais e assim sucessivamente. Esta perspectiva, como se nota, rompe radicalmente com a ideia de fontes e fundamentos, que são sempre de conotação transcendental. Os fundamentos estão na latência, no fato de não serem vistos e, como são pressupostos de diferenças, também são de si mesmos:

56 MANSILLA, Dario Rodriguez; NAFARRATE, Javier Torres. *Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. México: Editorial Herder; Universidad Iberoamericana, 2008, p. 145-173.

os fundamentos autofundam-se⁵⁷. Logo, a história não se funda em nada que lhe seja externo, pois não há nada nem ninguém que esteja para além da história, ou que possa observá-la de fora. A história funda a si mesma. E, se é assim, a história não possui nem início nem fim, como sistema que é.

A segunda consequência galgada a partir da dependência entre unidade e diferença refere-se às suas implicações sobre a própria distinção memória/invenção. A inexistência de uma unidade fundamento para história permite, por um lado, que a distinção se diferencie de outras distinções (lícito/ilícito, por exemplo), mas também autoriza, por outro lado, que ela se distinga de si mesma. Como isso é possível? Basta inverter o raciocínio levado a efeito nos parágrafos anteriores. O lado *memória* da distinção memória/invenção é a unidade latente – o ponto cego e o terceiro excluído – de uma diferença anterior. Não custa lembrar que ele só se converterá em unidade real quando se diferenciar da invenção. Mas, como unidade de uma diferença, significa que, em seu interior, o lado memória é capaz de reproduzir outras distinções a partir de si mesmo: ele se autodistingue. Isso possibilita à memória especificar unidades internas que, obviamente, são diferenciadas entre si.

A memória aplica a si mesma a distinção memória/invenção, o que lhe permite indicar unidades de memória individualizadas e específicas. No interior do lado memória da distinção memória/invenção há memórias parciais que se diferenciam entre si, através da própria distinção memória/invenção. Esta abordagem é uma aplicação de um outro cálculo matemático (o outro foi a noção de forma, já apresentada) de Spencer-Brown: *reentry (a reentrada)* da forma na forma⁵⁸. É o reentrar da distinção memória/invenção na distinção memória/invenção. Esta operação pode ser repetida inúmeras vezes, desde que presentes condições que possibilitem o processo sistêmico de especialização. Assim, subsistemas e, por conseguinte, ambientes (internos) são formados no interior do sistema, sem que isso signifique o surgimento de uma relação hierárquica entre as distinções que se reproduzem. O que explica o aparecimento de subsistemas como a história do direito, a história da filosofia, a história da política, a história da religião, e assim por diante.

Esta também é a conclusão de alguns juristas, ao afirmar que “a história do direito é uma parte da ciência da história. Seu lugar costuma ser as faculdades de Direito, mas suas perguntas centrais são da História”⁵⁹. A história do direito quer saber como funcionava um ordenamento jurídico no passado.

57 GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais – direito e sociedade* na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 48.

58 MANSILLA, Dario Rodriguez; NAFARRATE, Javier Torres. *Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. México: Editorial Herder; Universidad Iberoamericana, 2008, p. 69-71.

59 STOLLEIS, Michael. *Escrever história do direito – reconstrução, narrativa ou ficção?* Tradução: Gustavo César Machado Cabral. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020, p. 17.

Ela se pergunta sobre o surgimento de normas jurídicas por meio do costume ou da legislação, sobre a transmissão de normas a juristas ou cidadãos. Em suma, ela é um subsistema contido dentro do sistema da história, e resulta do processo de especialização interno do sistema (a história), derivado da operação de reentrada da dicotomia memória/invenção sobre si mesma.

Daí para o paradoxo segundo o qual aumento é redução de complexidade e redução é aumento de complexidade é um pulo. É por meio deste paradoxo, aplicado também à história, que é possível entender a evolução histórica⁶⁰. Não há certeza ou causalidade. Os sistemas evoluem às cegas e de maneira incontrolável: alteram a si mesmos a partir de suas próprias operações. As formas de evolução realizam-se por meio do processo de diferenciação entre variação/seleção/estabilização⁶¹, também aplicáveis à história.

Por meio da variação, indica-se a produção de elementos sociais, de distinções, de alternativas que, diante da contingência do futuro e da inexistência de certezas, se apresentam como novidade. Da multiplicidade de possibilidades, impõem-se seleções, estruturas redutoras da complexidade a níveis capazes de proporcionar operações. Por fim, as escolhas realizadas e as inovações concebidas se estabilizam de modo a gerar uma identidade – e, por conseguinte, diferença, capaz de resistir temporalmente. É deste modo, portanto, que se dá a evolução histórica. Surge uma variação na semântica da história, que, a seguir, é selecionada e, mais adiante, é estabilizada.

Ao observar este processo, a semântica tradicional o define como um episódio, dotado de início e fim. Não percebe a circularidade e a cadeia de recíprocas implicações que compreende todos os lados da distinção. Toda variação depende de uma estabilização anterior. Esta é a razão do sociólogo alemão preferir o termo reestabilização⁶². Não existem ciclos, mas sequência temporal. Com isso não se sugere a adoção de noções como progresso ou desenvolvimento⁶³: o novo e o inesperado da variação são tópicos fundamentais da evolução sobre a qual não se pretende realizar qualquer tipo de juízo moral. A história se comporta de modo helicoidal, pois, se de um lado, se dá a circularidade entre variação/seleção/estabilização, de outro, cada nova variação, em potencial, pode desencadear um avanço. Mas é preciso frisar o verbo empregado: pode. Não é uma certeza, é uma possibilidade.

60 LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 319-320.

61 LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. 7ª edição. Milano: Franco Angeli, 1995, p. 187-221.

62 *Ibidem*, p. 187.

63 LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 333-334.

A ideia, assim, é que por meio do conceito de evolução seja reconhecida a regularidade da incerteza e confirmada a hipótese paradoxal, de acordo com a qual o aumento da complexidade é condição de existência da redução e vice-versa⁶⁴. Dito de outro modo, quanto maior for a complexidade do ambiente da história, é dizer daquilo que se dá na sociedade, mas que dela não faz parte, mesmo que por enquanto, maior será a complexidade interna do sistema da história no afã de proporcionar a redução da complexidade do ambiente (da não-história).

6. CONCLUSÃO

A partir de tudo quanto aqui foi exposto, pode-se concluir que, diante da pergunta sobre o que é a história, há, no mínimo, duas diferentes abordagens, a saber: a transcendental e a imanente. A primeira, dá ensejo às retóricas da narrativa e da ficção. A segunda, provoca o aparecimento da retórica do sistema e sua lógica paradoxal. Em comum a todas elas, o desejo de compreender melhor o que é a história. Contudo, as primeiras abordagens pressupõem um observador privilegiado, notadamente, o historiador. Já a segunda vertente, pretende entender o que é a história a partir de dentro, sem recorrer a qualquer observação externa.

Esta contraposição, por sua vez, leva a diferentes consequências em cada uma das propostas. Uma delas, bem relevante, é a circunstância de que, para perspectiva sistêmica-imanente, compreender o que é a história, é pressupor pontos cegos de observação. E eles, por seu turno, veem à tona com os paradoxos derivados da autofundamentação. Afinal, a história não se funda em nada que lhe seja externo, mas, sim, e apenas, nela mesma, o que faz por meio da dicotomia memória/invenção. Em um processo caracterizado pela incerteza, graças à qual é possível fazer afirmações provisórias, na medida que resistem às refutações em sentido contrário. Surgindo daí uma evolução construída a partir da variação, seleção e estabilização.

Uma vez que a unidade do sistema da história não pode ser observada pelo próprio sistema, ou seja, que a história não pode observar a si mesma enquanto se constitui como história, surge daí o seu paradoxo. É dizer, ela pode ser memória (continuidade) ou invenção (inovação), mas não tem como definir isso por antecipação. Isto porque o paradoxo é o ponto cego do sistema da história, e só este ponto cego torna possível a operação de observação. Se assim não fosse, a observação já estaria pré-condicionada, em outras palavras, a história seria uma constante continuidade, ou uma permanente inovação. Logo, é o ponto cego do sistema da história que permite que os antes invisíveis, tornem-se visíveis, que os oprimidos ou excluídos possam ter os seus relatos

64 LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 340-341.

incluídos nos livros de história e que ela, a história, sempre permaneça como um campo aberto à experimentação.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Introdução ao estudo do direito** – retórica realista, argumentação e erística. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2023.

_____. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2014.

ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Editora Edipro, 2011.

AUGSBERG, Ino. Fé e conhecimento no direito. In: CAMPOS, Ricardo; BARBOSA, Samuel; FORTES, Pedro. **Teorias contemporâneas do direito** – o direito e as incertezas normativas. 1ª edição. Curitiba: Juruá, 2016, p. 221-236.

ALBERT, Hans. **Tratado da razão crítica**. Tradutor: Idalina Azevedo da Silva, Erika Gude, Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro, Editora Tempo brasileiro, 1976.

AZÊVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. **A pandemia do coronavírus observada a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**: breves considerações. Revista CEJ, Brasília, Ano XXIV, n. 79, p. 20, jan./jul. 2020.

BÍBLIA SAGRADA. São Paulo: Edições Paulinas, 1979.

CORSI, Giancarlo. Paradosso. In: *Luhmann in glossário. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi social*. Milano: Franco Angeli, 1995.

FOERSTER, Heinz von. Heinz von Foerster pioneiro da cibernética. In: PESSIS-PASTERNAK, Guitta. **Do caos à inteligência artificial**: quando os cientistas se interrogam. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1993.

FOSSIER, Robert. **As pessoas da idade média**. Tradução: Maria Ferreira. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 2018.

GEHLEN, Arnold. **Moral e hipermoral** – uma ética pluralista. Tradução: Margit Martincic. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1984.

GLASERSFELD, Ernst von. **Construtivismo radical** – uma forma de conhecer e aprender. Tradução: Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais** – direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013.

HEGEL, G. W. F. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HOBSBAWN, Eric. **Sobre história**. Tradução: Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

KOSELLECK, Reinhart. **História dos conceitos** – estudo sobre a semântica e a pragmática da linguagem política e social. Tradução: Markus Hediger. Rio de Janeiro: Editora Contraponto, 2020.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

_____. O conceito de sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa. **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Editora Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. 7ª edição. Milano: Franco Angeli, 1995.

MANSILLA, Dario Rodriguez; NAFARRATE, Javier Torres. *Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. México: Editorial Herder; Universidad Iberoamericana, 2008.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. 1ª edição. Tradução: Álvaro Pina. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2009.

MARTINS, Carlos Estevam. Vida e obra. In: MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2000.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento** – as bases biológicas da compreensão humana. Tradução: Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001.

NIETZSCHE, Friedrich. **Da retórica**. Tradução: Tito Cardoso e Cunha. 1ª edição. Lisboa: Editora Vega, 1995.

PLATÃO. **Diálogos VI** – Crátilo (ou da correção dos nomes); Cármides (ou da moderação); Laques (ou da coragem); Íon (ou da Ilíada); Menexeno (ou oração fúnebre). Tradução: Edson Bini. Bauru-SP: Edipro, 2010.

PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas** – tempo, caos e as leis da natureza. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996.

SCHLIEFFEN, Katharina von. **Iluminismo retórico** – contribuições para uma teoria retórica do direito. 1ª edição. Tradução: João Maurício Adeodato. Curitiba: Alteridade Editora, 2022.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Tradución: Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2011.

STOLLEIS, Michael. *Escrever história do direito – reconstrução, narrativa ou ficção?* Tradução: Gustavo César Machado Cabral. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

_____. *O olho da lei – história de uma metáfora*. Tradução: Thiago Saddi Tannous. Belo Horizonte: Editora Doyen, 2014.

VESTING, Thomas. *Teoria do direito – uma introdução*. 1ª edição. Tradução: Gercélia B. de O. Mendes. São Paulo: Saraiva, 2015.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 2ª edição. Tradução: Marcos G. Montagnoli. Revisão da tradução: Emanuel Carneiro Leão. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 1994.

_____. *Da certeza*. Tradução: António Fidalgo. Lisboa: Edições 70, 2000.

Recebido em: 19/10/2023

Aprovado em: 11/06/2024

VISÃO SOCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO: PERSPECTIVA BASEADA EM BOURDIEU*

SOCIAL VIEW OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO FOOD: A PERSPECTIVE BASED ON BOURDIEU

CAROL DE OLIVEIRA ABUD**

PATRICIA GORISCH***

LUCIANO PEREIRA DE SOUZA****

RESUMO

A questão central volta-se à análise social do comportamento condicionado do consumidor e sua percepção sobre o seu consumo e suas práticas alimentares. O estudo se objetivou analisar a estruturação social do comportamento do consumidor frente ao direito à alimentação, baseando-se nos conceitos de Pierre Bourdieu. Trata-se de pesquisa qualitativa, de viés hermenêutico e raciocínio dedutivo, que utilizou as noções acima propostas por Pierre Bourdieu para refletir acerca da influência do contexto social nas práticas alimentares e de consumo de alimentos, assim como na concretização do direito de acesso à alimentação adequada. Como resultados, consta-se que o direito à alimentação envolve complexas vertentes, posto que as escolhas do consumo de alimentos transcendem a satisfação de necessidades biológicas básicas ao refletir questões de posição social, poder, identidade e capital cultural, destacando implicações para políticas públicas de saúde e de sustentabilidade. Conclui-se que a visão social teórica de Bourdieu permitiu a afirmação da existência de influência sociais, econômicas, geográficas,

ABSTRACT

The central issue focuses on the social analysis of conditioned consumer behavior and their perception of their consumption and eating practices. The study aimed to analyze the social structuring of consumer behavior in relation to the right to food, based on the concepts of habitus, field, capital, and Pierre Bourdieu's theory of taste. It is qualitative research, with a hermeneutic bias and deductive reasoning, which used the notions proposed by Pierre Bourdieu to reflect on the influence of social context on food practices and consumption, as well as on the realization of the right to adequate food access. The results indicate that the right to food involves complex aspects, since food consumption choices transcend the satisfaction of basic biological needs to reflect issues of social position, power, identity, and cultural capital, highlighting implications for public health and sustainability policies. It concludes that Bourdieu's social theoretical view allowed for the affirmation of the existence of social, economic, geographical, political, and cultural influences on consumer perception and on the right to healthy, safe, and informed food.

* O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

** Doutoranda no PPG Ciência e Tecnologia Ambiental na Universidade Santa Cecília (UNISANTA). Mestra em Direito da Saúde pela mesma instituição.
E-mail: abudcarol@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4736-7294>.

*** Pós-Doutora em Direitos Humanos e em Direito da Saúde. Doutora em Direito Internacional Ambiental. Mestra em Direito Internacional. Professora no PPG em Direito da Saúde e PPG em Ciência e Tecnologia Ambiental da Universidade Santa Cecília (UNISANTA).
E-mail: patricia.gorisch@unisanta.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0543-9840>.

**** Doutor em Direito Ambiental Internacional. Mestre em Direito. Professor Permanente no PPG em Direito da Saúde da Universidade Santa Cecília (UNISANTA).
E-mail: profLucianosouza@unisanta.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9634-4064>.

políticas e culturais na percepção do consumidor e sobre o direito à alimentação saudável, segura e informada.

PALAVRAS-CHAVE: Segurança dos alimentos. Saúde alimentar. Teoria sociológica.

KEYWORDS: *Food safety. Food health. Sociological theory.*

INTRODUÇÃO

Pierre Bourdieu foi um influente sociólogo do século XX que desenvolveu conceitos – ou noções, conforme ele mesmo preferia dizer – para entender a forma pela qual são estruturadas as sociedades, analisadas por suas influências de classes, hierarquias e distribuição de poder.

As noções/conceitos/teorias de Bourdieu servem como ferramentas para analisar como o poder e os privilégios são distribuídos e mantidos, contribuindo para as dinâmicas sociais e culturais de distribuição desigual do acesso à alimentação, através das desigualdades reproduzidas pelos diferentes tipos de capital e de campo. As teorias de Bourdieu foram aplicadas conjuntamente para se compreender a forma como o indivíduo percebe, molda-se e vivencia suas escolhas alimentares e seu direito fundamental à alimentação.

A problemática central reside na observação de que, apesar dos avanços em políticas públicas de saúde e de nutrição, a iniquidade no acesso e na informação sobre os alimentos saudáveis e a percepção da alimentação como um direito humano fundamental, persiste, refletindo estruturas sociais profundamente enraizadas.

O comportamento e a influência das escolhas do consumidor, ainda que seja crescente a orientação legislativa interna e internacional, ainda são formadas dentro de um contexto social direcionado pelo mercado de consumo, cujos riscos alimentares e a informação não são levados em consideração. Bourdieu oferece uma lente através da qual é possível entender como as preferências alimentares são socialmente condicionadas enquanto direcionadas à liberdade do exercício do direito à alimentação.

A pesquisa pretende preencher, através da aplicação de teorias sociais de Bourdieu, a lacuna sobre as complexidades e implicações para as escolhas das práticas alimentares e entender a forma como essas perspectivas se conectam ao direito à alimentação. O objetivo é analisar, através da teoria do gosto e noção de *habitus*, campo e capital de Pierre Bourdieu, como o contexto social pode influenciar/condicionar/determinar (i) o consumo, as escolhas e as práticas alimentares dos indivíduos, assim como (ii) o acesso a uma alimentação segura e saudável, e conseqüentemente, a concretização desse direito humano autônomo. Para tanto, foram considerados como parâmetros os determinantes sociais da saúde, os ambientes alimentares, a sustentabilidade ambiental e climática, e o poder de escolha do consumidor de alimentos.

METODOLOGIA

Trata-se de pesquisa qualitativa realizada através de um viés interpretativo e raciocínio dedutivo para traçar a construção das escolhas das práticas alimentares sobre o consumo direcionado a certos alimentos, baseada na filosofia sociológica criada por Pierre Bourdieu.

Para esse estudo, o sujeito classificado e considerado é todo homem¹. O que interessa para o estudo é focar no consumidor analisando suas escolhas sob a perspectiva traçada por Bourdieu e projetada para o tempo presente.

Inicialmente, o caminho metodológico valeu-se da abordagem hermenêutica para a análise do contexto em que foram produzidos os textos Sociologia Geral. Vol.1: Lutas de classificação; Sociologia Geral. Vol.2: *Habitus*; Sociologia Geral. Vol.3: As formas do capital e A distinção: crítica social do julgamento, todos de Bourdieu.

Na segunda etapa, valeu-se do raciocínio dedutivo para identificar se as teorias e conceitos de Bourdieu (premissas maiores) seriam compatíveis e projetáveis e transpostas para o contexto social das práticas alimentares de consumo contemporâneas (premissas menores).

Tomando como instrumento base a abordagem do consumo alimentar seguro e nutritivo e a informação sobre os alimentos, estabeleceu-se uma correspondência e uma identificação de pontos convergentes entre os conceitos *habitus*, campo, capital e a teoria do gosto, desvelando e estruturando pensamentos de desenvolvimento e de direitos fundamentais quanto às escolhas alimentares de consumo, respaldando os determinantes sociais, os ambientes alimentares, a sustentabilidade ambiental e climática, e a escolha do consumidor.

O levantamento documental e bibliográfico foi realizado nos textos selecionados de Pierre Bourdieu (inicialmente sem a utilização de intérpretes); para a pesquisa sobre o Direito Humano a Alimentação Adequada foram utilizados os sítios de organizações internacionais vinculadas ao sistema Nações Unidas (<https://digitallibrary.un.org/>); para o entendimento legal de segurança alimentar e nutricional foram utilizados os sítios do governo federal (<https://www4.planalto.gov.br/legislacao>) e para o material correlato, utilizado para reforçar a discussão e contextualização foram levantados dados e textos da base Google Scholar.

Não foi o foco da pesquisa aprofundar-se no pensador, mas apenas utilizar a fonte de seu pensamento para as questões debatidas. Também não foi objetivo da pesquisa traçar abordagens específicas de alimentação e nutrição direcionada, sendo o estudo, de cunho sociojurídico, direcionado a todo consumidor.

1 Os autores optaram por utilizar o termo 'homem' para se referir a todo ser humano, consumidor, independentemente do gênero.

1. GOSTO, *HABITUS*, CAMPO E CAPITAL

A maneira como os consumidores enxergam e escolhem seus alimentos pode ser analisada a partir de três grandes pilares fundamentais; o *habitus*, o campo e o capital, que, somados em seu núcleo central, levam ao entendimento da teoria do gosto².

Segundo Bourdieu, *habitus* é conjunto de características e comportamentos adquiridos que influenciam as percepções e ações das pessoas, moldado pelo campo social onde ocorre a competição e busca por recursos e reconhecimento. O termo *habitus*, esclarece o modo de ser ou padrões de comportamento duradouros e que podem ser transmitidos, os quais influenciam as decisões e perspectivas das pessoas. No contexto da alimentação, a gama de entendimento do modo de ser de um consumidor é ampla, para tanto, *habitus* pode ser estimado desde o plantio sustentável até a escolha do produto nas prateleiras dos mercados, ou desde o ato de cozinhar até a opção por refeições prontas e assim por diante.

O comportamento de um indivíduo, moldado por sua origem, trajetória de vida e posição na sociedade, tem influência direta em suas escolhas e visões, inclusive quando se trata de alimentação. Assim, a percepção do indivíduo de que um alimento é seguro e saudável, está intrinsecamente ligada ao ambiente social, econômico e cultural em que se encontra inserido. Por exemplo, alguém que valoriza a preservação do meio ambiente pode considerar os alimentos orgânicos como mais confiáveis e benéficos devido à sua preocupação com boas práticas agrícolas, como a ausência de utilização de defensivos agrícolas no seu cultivo.

O *habitus* se refere a um conjunto de características duradouras e transferíveis que direcionam os pensamentos, percepções e comportamentos das pessoas. Essas características são adquiridas ao longo da vida, principalmente na juventude, por meio das interações sociais e culturais em um grupo ou comunidade específica. O *habitus* engloba diversos aspectos, como padrões de linguagem, preferências estéticas, escolhas alimentares e atitudes em relação à educação e ao trabalho. De acordo com Bourdieu, o *habitus* é moldado pelo contexto social e pode sofrer mudanças ao longo do tempo.

Quando essas ideias são aplicadas aos consumidores, percebe-se uma tensão entre o *habitus* tradicional – muitas vezes baseado em dietas à base de alimentos locais e sazonais – e a indústria alimentícia globalizada – que fomenta a produção e promoção de alimentos transgênicos, processados e de fácil/ágil acesso, mas nem sempre de qualidade nutricional e isento de riscos.

A noção teórica e prática de campo³, apresentada por Bourdieu, pondera o espaço de interações de manifestações possíveis, assim como a estruturação

2 Farias e Costa, 2015, pp. 93-101.

3 Bourdieu, 2021, pp. 303-310.

de espaços de interações, na visão teórica, e refere-se a sistemas sociais ou arenas dentro dos quais as pessoas operam, como a arte, a educação ou, neste caso, a alimentação, na visão prática.

Para cada campo serão considerados o meio, a interação, a rede que o circunda, as posições que cada sujeito ocupa. Ao descrever a interação entre *habitus* e campo, Bourdieu esclarece que “jamais poderá mostrar um *habitus* e nem um campo, e jamais poderemos, acho, colocá-los em um microscópio. Entretanto, isso não quer dizer não eles não existam⁴”. O que vale dizer que, a rede e a interação das manifestações é que fazem existir a estruturação das posições no campo, com a valorização de suas próprias regras, lutas e capitais (econômico, social, cultural), cada uma representando uma situação.

No campo da alimentação – isso pode incluir o conhecimento sobre nutrição, o acesso a alimentos orgânicos ou artesanais e práticas de consumo consideradas éticas ou sustentáveis ou únicas – ocorrem mudanças e transformações cujos fatores sustentabilidade e saúde são elementos que influenciam essas mudanças.

Exemplifica-se as transformações do campo com o movimento pró-alimentação e consumo consciente, como uma resposta da sociedade contra a indústria alimentícia, já que os consumidores procuram realinhar suas práticas alimentares de acordo com princípios mais sustentáveis, de forma individual ou coletiva. Os costumes, podem, portanto, se transformar em resposta às mudanças no campo.

É no campo que a diferenciação e as lutas pelo capital (recurso social, econômico, cultural) acontecem, tanto para manter quanto para melhorar sua posição. A posição é condição determinante da influência e dos gostos que serão adquiridos. O campo é, com isso, um espaço social de competição e de luta, onde se torna efetiva a distinção⁵.

Quando abordado no contexto do consumo de alimentos, o campo pode ser o mercado (em sentido amplo) onde se produz, onde se oferece, onde se fabrica, onde se classifica o alimento. Por exemplo, o campo para o mercado de alimentos orgânicos, o campo da indústria *fast food*, o campo da alimentação de cultura *gourmet*. A cada campo, *habitus*, gostos e capital terão características específicas. No caso do campo dos alimentos transgênicos, o capital pode ser definido pela praticidade e abundância na disposição dos alimentos (muitas vezes industrializados), enquanto, no campo dos alimentos orgânicos, o capital pode ser definido pelo conhecimento sobre sustentabilidade e saúde. Para cada um, a capacidade financeira também será condição determinante.

4 Bourdieu, 2021, p. 315.

5 Araujo Risso, 2008, pp. 252-256.

Os espaços sociais, ou chamados campo, traçam uma relação dialética e interdependente com a noção de capital. A cada campo, um espaço social, assim, cada capital específico “é aquele que funciona nesse campo, em termos ainda mais diretos, é ‘aquilo que vale’ dentro de um campo, aquilo que é preciso ter para realmente pertencer a um campo”⁶. Bourdieu esclarece que existem, várias espécies de capital, importando, para o estudo sociológico, o capital cultural.

O capital cultural é aquele que desempenha o papel de medida socialmente constituída, que não se apura pela acumulação de valores e aquisições⁷, apresentando subespécies, cada qual podendo ser variada de acordo com o campo a que pertence.

O capital cultural, enfatiza Bourdieu, pode ser incorporado (disposições duráveis e permanentes que se incorporam), objetivado (estado ou forma de bens culturais) ou institucionalizado (são instituídos no capital econômico, simultaneamente).

A estruturação prática dessas teorias no contexto do direito à alimentação poderia incluir a implementação de políticas que reconheçam e integrem essas diversas formas de capital. Por exemplo, políticas que não apenas forneçam acesso direto a alimentos, mas também promovam educação nutricional (aumentando o capital cultural), fortaleçam comunidades através do apoio a redes sociais de assistência alimentar (ampliando o capital social), e trabalhem para reduzir o estigma associado à busca por ajuda (influenciando o capital simbólico).

1.1 O ESPAÇO SOCIAL DO INDIVÍDUO (CONSUMIDOR)

Fatores externos, como as desigualdades sociais e econômicas impactam na nutrição e no acesso aos alimentos. As (des)igualdades e outros parâmetros multifacetados são capazes de influenciar direta e indiretamente o direito à alimentação segura e saudável. Propondo uma abordagem a partir da visão de Bourdieu, as complexidades que envolvem o direito à alimentação^{8,9} se destacam de forma intrínseca.

A percepção do mundo social fundamenta-se no princípio de pertinência que “define o conjunto das características, das coisas ou pessoas, suscetíveis de serem percebidas – como interessantes – , positiva ou negativamente, pelo conjunto daqueles que adotam tais esquemas (outra definição de senso comum)”¹⁰, ou seja, os indivíduos ou grupos considerados reconhecem seus próprios contextos e se inserem no “pertencimento definido por esse traço: o interesse pelo aspecto percebido nunca é completamente independente do interesse em per-

6 Bourdieu, 2023, p. 209.

7 Bourdieu, 2023, p. 215.

8 Internacionalmente reconhecido como direito humano em 1966.

9 United Nations (UN), 1996.

10 Bourdieu, 2011, p. 440.

cebê-lo”¹¹. A percepção do sujeito passa pelo reconhecimento das estruturas sociais que são incorporadas pelas classes e suas classificações.

Classificar sujeitos num contexto específico dentro da abordagem do mundo social, nas ciências sociais, requer a análise do espaço social determinado por representações estruturadas em conformidade¹². Um sistema de critérios ligados entre si pode contribuir para a classificação individual ou de um grupo de pessoas através de informações suplementares, tais como, as características econômicas, sociais, culturais etc.¹³ Para classificar o estado social de um ou vários sujeitos é necessário imprimir o filtro das características específicas que sobre eles incidem, assim como seus desdobramentos.

A classificação dos sujeitos, conforme seu próprio conhecimento, pensamento e autodeterminação, tem vertentes subjetivas e sofre influências objetivas. Quando subjetivas, os interesses e vontades saltam de suas percepções daquilo que lhe é permitido. Com isso, as pessoas de um modo geral têm a consciência de que precisa se alimentar de forma correta. A vertente objetiva, por sua vez, direciona a percepção da necessidade de alimentar-se para aquilo que externamente lhe é possível.

Os indivíduos classificados são seres que percebem os critérios externos e objetivos, capazes de sofrer, de definir os rumos das políticas e do comércio, os limites da comercialização, as condições materiais de acesso financeiro através de sua autonomia da consciência social moldada¹⁴. Assim, quando o comércio e a regulação político-econômica das práticas comerciais oferecem a venda alimentos ultraprocessados com agilidade no modo de preparo e facilidade de acesso territorial e financeiro ou quando, por exemplo, disponibiliza alimentos transgênicos em condições mais vantajosas em número e em valores pecuniários, interfere na autonomia de consciência e direciona o consumo alimentar num espaço social que pré-molda a escolha do consumidor.

Para entender a complexidade do espaço social, diversos fenômenos sociais, incluindo o consumo de alimentos, são considerados. A teoria de Bourdieu, transposta para esse entendimento, é capaz de esclarecer que as preferências e práticas de consumo não são apenas uma questão de escolha individual, mas são profundamente influenciadas por fatores sociais, culturais, territoriais, pelas práticas de mercado e por decisões político-governamentais. Por essa lógica, o espaço social do consumidor de alimentos será classificado pelos gostos (preferências e práticas relacionadas à sua posição social), pelo campo (onde lutam por seu capital social, econômico, político e cultural), pelo *habitus* (escolhas individuais, culturais e/ou influenciadas pelo entorno), além de considerar

11 Bourdieu, 2011, p. 440.

12 Bourdieu, 2011, p. 444.

13 Bourdieu, 2020, p. 24.

14 Bourdieu, 2020, pp. 92-93.

os determinantes sociais e a conscientização ambiental, todos, formadores do seu estilo de vida.

Estilos de vida são categorizados, subjetivamente ou objetivamente, e estruturam-se no espaço simbólico delineado pelas práticas que condicionam as classes socialmente. As práticas são, portanto, regidas pela fórmula: “[*habitus*) (capital)] + campo = prática”¹⁵, assim como efeitos sucessivos analisam o estilo de vida característico de um indivíduo ou de uma coletividade

1.2 O HÁBITO INFLUENCIA O CAMPO QUE INFLUENCIA O HÁBITO

Bourdieu argumenta que há uma relação dialética entre *habitus* e campo porque a maneira como os indivíduos percebem e agem dentro do campo é determinada pelo *habitus*; ao mesmo tempo, a dinâmica que afeta a formação do *habitus* é determinada pelo campo. Suas estruturas se conversam, se completam e se interrelacionam intrinsecamente. Essa dinâmica na formação de suas estruturas contribui para explicar a forma como se produzem as estruturas sociais e as desigualdades e até mesmo para formar mecanismos capazes de gerarem mudança social. Como se fosse um ciclo, o *habitus* se influencia pelo campo que afeta o *habitus*.

Reproduzindo essa interação para os determinantes sociais da saúde, também é possível traçar um ciclo, quer virtuoso quer vicioso, das questões que condicionam a saúde e a alimentação. Por exemplo, um indivíduo em um ambiente menos favorecido em questões econômicas terá hábitos alimentares relacionados ao que lhe é disponibilizado. Pensando em territórios alimentares¹⁶, o indivíduo que tem acesso ao campo do ambiente alimentar de deserto, possui maior dificuldade de acesso alimentar, tanto em qualidade nutricional quanto em quantidade. O raciocínio também se aplica ao indivíduo que tem acesso ao ambiente alimentar de pântano, pois haverá, muitas vezes, o acesso em quantidade, entretanto a qualidade alimentar a que tem acesso não é adequada e saudável. A dedução do entendimento também é extensível ao indivíduo que tem o acesso ao ambiente de oásis alimentar.

Em qualquer dos ambientes alimentares o hábito alimentar será moldado pelo campo e, geralmente, a saúde será condicionada pelo que é proporcionado e disponibilizado. Uma vez moldado o *habitus*, o gosto muitas vezes torna-se tendente àquilo que se conhece como certo e reproduzido socialmente.

15 Bourdieu, 2011, p. 97.

16 No contexto de território ou ambiente alimentar, aparecem três paisagens: o deserto, que se caracteriza pela escassez ou pela falta de acesso aos alimentos, pela dificuldade de locomoção para se conseguir alimento (Guimarães e Matielo, 2023, p. 43), o pântano, que se caracteriza pela “alta concentração de estabelecimentos que comercializam alimentos não saudáveis, baratos e com alta densidade energética e baixo valor nutricional, e escassez de estabelecimentos que comercializam alimentos saudáveis” (Oliveria e Silva *et al.*, 2023, p. 79) e os oásis, que são as áreas acessíveis a poucos, permitem escolha saudável dos alimentos (Lima, 2023).

Os gostos a cada campo mostram-se diferentes e até, muitas vezes, opostos nos critérios gosto por necessidade (nesse caso específica) e gosto por luxo. Assim, se consideradas as classes sociais, percebe-se “três estruturas de consumo distribuídas em três itens principais: alimentação, cultura e despesas com apresentação de si e com apresentação [...]”¹⁷. É possível afirmar, transpondo a mesma estrutura e noções criadas por Bourdieu para os tempos presentes que, a cada grupo de profissionais, a cada grupo de indivíduos, a cada campo a qual pertencem, serão diferentemente distribuídos os gastos e cuidados com a alimentação e apresentação. Isto porque, a estrutura de cada campo e *habitus*, dentro de cada espaço social, irá moldar a percepção do consumo e também a necessidade dentro do capital cultural a que pertence. A estrutura das despesas nos hábitos e práticas alimentares serão diferenciadas de acordo com a influência do próprio contexto social¹⁸.

Pode-se afirmar que ao exercer sua condição social para o consumo alimentar, não está o indivíduo exercendo livremente o seu direito à alimentação, mas sim, apropriando-se dos alimentos dentro de uma necessidade fisiológica tolhida que é pelo campo, *habitus* e capital. Socialmente, abordando as noções e perspectivas traçadas por Bourdieu, dedutivamente aplicadas ao contexto atual, é possível notar que o direito à alimentação não está sendo plenamente garantido ao indivíduo (consumidor), mas sim, está sendo permitido dentro de um parâmetro limitado e pré-traçado.

O poder e a dominação do governo e da política econômica e de comércio são alguns agentes que exercem esse direcionamento, mantendo a reprodução social do *habitus* e do campo, dificultando a mudança e a transformação social. A questão crítica que emerge é saber como romper esse ciclo, porque, se não houver a possibilidade de rompimento, as desigualdades e as iniquidades já existentes em relação ao direito humano à alimentação tenderão a se perpetuar.

2. DETERMINANTES SOCIAIS DA ALIMENTAÇÃO

O termo gosto, entendido como uma teoria proposta por Bourdieu, serve para “para justificar a ilusão da geração espontânea que tende a produzir esta disposição culta, ao apresentar-se sob as aparências da disposição inata – deve servir, desta vez, para lembrar que o gosto, enquanto “faculdade de julgar valores estéticos de maneira imediata intuitiva”¹⁹ é indissociável do gosto no sentido de capacidade para discernir os sabores próprios dos alimentos que implica a preferência por alguns deles.

O autor entende que o gosto é traçado pela faculdade de perceber os sabores e a capacidade de julgar valores estéticos. Os condicionamentos sociais

17 Bourdieu, 2011, p. 174.

18 Souza, 2019.

19 Bourdieu, 2011, p. 95.

vinculam e direcionam o gosto, tendendo a desenhar a relação entre a pessoa e suas preferências, escolhas e práticas, que passam a ser rotuladas como sua própria fisionomia social²⁰.

Ao relacionar as preferências, escolhas e práticas culturais à posição social do indivíduo, formando para ele o chamado espaço social do consumidor, revela-se como o acesso à alimentação segura e nutritiva pode ser filtrada através de estruturas de poder, de políticas e de classe estratificada²¹. As escolhas não são somente preferências individuais, refletem o *habitus* social que é refletido pelas políticas públicas e governamentais que, muitas vezes, tornam-se tendentes a perpetuar e incutir a insegurança, má nutrição e desigualdades. Pela teoria do gosto, Bourdieu esclarece que as pessoas desenvolvem suas preferências (estéticas e culturais) através daquilo que lhe é exposto no seu espaço social. O mesmo entendimento pode ser projetado para o gosto em relação aos alimentos.

O contexto socioeconômico do espaço social em que o indivíduo vive irá direcionar o gosto dos indivíduos. Os indivíduos de classes sociais financeiramente mais altas podem dispor, preferir e escolher os alimentos considerados mais nutritivos ou mais requintados, pautando sua escolha pelo sabor, mas também pela posição financeira e social que representam²². É mais fácil para pessoas de classes sociais mais altas a compra e o acesso a alimentos e produtos orgânicos e *in natura*. Prima-se pela qualidade e pela informação, sem preocupar-se primordialmente com a quantidade²³.

O contexto socioeconômico do espaço social dos indivíduos de classes financeiramente mais baixas, por sua vez, cuja possibilidade de escolha é mais estreita, irá induzir o consumo de alimentos mais baratos, de qualidade nutricional nem sempre adequada. Nessa situação, o acesso aos alimentos estará diretamente vinculado ao poder econômico e à praticidade, sendo fortemente influenciada pelo capital e pelo campo, formando o *habitus* alimentar social. Prima-se, pela quantidade, nem sempre considerando a qualidade e a informação²⁴.

20 Bourdieu, 2011, p. 439.

21 Bertonecelo, 2019, pp. 1-2.

22 Bourdieu, 2011, pp. 176-178.

23 Ainda que o contexto socioeconômico pareça facilitar ou influenciar as escolhas de consumo alimentar, nem sempre esse critério é garantia para as escolhas mais saudáveis e nutritivas. Por outro lado, parece correto correlacionar o aumento do preço dos alimentos à maior insegurança alimentar (em quantidade e em qualidade), atingindo, com mais severidade, as pessoas com menor renda.

24 A educação alimentar através da informação sobre práticas alimentares, sistemas alimentares e sobre o consumo, assim como a implementação de políticas públicas eficazes, parecem ser formas que fomentam as escolhas mais saudáveis e nutritivas (Frozi, 2019, pp. 225-226), as quais, muitas vezes, não necessitam de altos investimentos financeiros, tais como, por exemplo, a agricultura familiar e as técnicas de autonomia alimentar acessível e saudável, baseadas na

A saúde é associada aos cuidados de saúde, ao bem-estar, ao trabalho, ao meio ambiente, à moradia, à alimentação etc. Esses fatores que se associam à saúde, mais conhecidos por Determinantes Sociais da Saúde, é que permitem traçar quais são os parâmetros ideais para a saúde do ser humano. Os determinantes, entre eles a alimentação, são pensados como condições fáticas para se garantir a saúde (pensados diretamente como condição fática para o direito à saúde).

Mas o direito à alimentação é um direito humano autônomo, ainda seja interdependente, interrelacionado e integrado a outros direitos humanos. Portanto, a alimentação assim pensada deveria possuir seus próprios condicionantes, os determinantes sociais da alimentação. A abordagem de Bourdieu permite realinhar esses ‘novos’ determinantes do ponto de vista social, ou seja, o *habitus*, campo e capital (capazes de criar barreiras significativas ao acesso equitativo a alimentos nutritivos) são os determinantes sociais da alimentação que podem ser pensados diretamente para o direito à alimentação.

2.1 AMBIENTES ALIMENTARES E SEGURANÇA ALIMENTAR

A teoria do gosto aplicada aos critérios de segurança alimentar e nutricional²⁵ e ao contexto dos ambientes alimentares – categorizados como oásis, deserto e pântano –, fornece um quadro rico para analisar como o campo e as estruturas de poder social, econômico e geográfico, desempenham um papel crucial no acesso aos alimentos. A localização e o *status* social influenciam o tipo de ambiente alimentar, oásis, pântano ou deserto, ao qual o consumidor tem acesso, afetando diretamente seu direito à alimentação adequada.

As escolhas alimentares são explicadas pelas perspectivas teóricas de Bourdieu, especialmente se integradas com o conceito dos determinantes sociais. A abordagem de entrelaçamento dos determinantes aos alimentos saudáveis e seguros indicam a interseção entre estrutura social, econômica e acesso a serviços básicos como educação, saneamento, meio ambiente limpo, saudável e equilibrado.

A capacidade de fazer escolhas saudáveis, sugere ser, portanto, condicionada pela posição do indivíduo no espaço social (o campo ao qual pertence), o que pode ser determinado por seu acesso ao capital econômico e ao capital cultural²⁶. Dessa forma, não apenas o capital econômico, mas também o cultural poderá nortear as escolhas de consumo²⁷.

agroecologia.

25 Brasil, Lei nº 11.346/2006, que cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN) com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada.

26 Desse contexto, não se exclui a soberania alimentar, o patrimônio cultural e genético, assim como, o respeito à escolha alimentar tradicional, originária e ancestral.

27 A produção e o consumo deveriam ser pensados para permitir o acesso sustentável, resiliente e de subsistência, não sujeitando-se aos interesses de mercado, opondo-se à produção e ao

Os determinantes sociais reconhecem que a saúde e o bem-estar humano são o resultado de uma complexa interação de fatores socioeconômicos e fatores ambientais²⁸. Nessa proposta, incluem-se a análise (i) da condição econômica (renda e estabilidade financeira individual e de mercado afetam a capacidade de consumo); (ii) da educação (o nível de escolaridade afeta a capacidade de percepção e da informação alimentar e do conhecimento sobre nutrição e saúde, e, indiretamente, podem afetar o acesso a bons empregos e boas remunerações, recaindo no determinante econômico); (iii) da moradia (o ambiente em que reside ou que frequenta é norteador do acesso aos alimentos, podendo recair em acessos aos ambientes alimentares – desertos, oásis e pântanos); (iv) do acesso digital (o direito de acesso ao universo digital pode contribuir – se bem usado – como apoio ao conhecimento e às informações sobre alimentos seguros, saudáveis e usos alimentares).

Os determinantes sociais²⁹ interagem com as teorias de Bourdieu, ao sugerir premissas para que sejam entendidas as escolhas tomadas pelos consumidores, não apenas sob o ponto de vista da decisão individual (quer pela necessidade ou preferência pessoal), mas, sobretudo, como resultado das condições socioeconômicas que afetam uma coletividade. É possível moldar a interação entre os determinantes e as teorias de Bourdieu, podendo prejudicar ou beneficiar o processo saúde-doença: (i) na estrutura social, que é moldada pelo *habitus* (as condições em que vive, as experiências, a influência cultural e tradicional molda o modo de pensar do indivíduo em relação ao tipo e a escolha alimentar); (ii) nas desigualdades sociais e econômicas, que muitas vezes são moldadas pela forma de capital e campo (as disparidades no acesso aos alimentos são vinculadas às estruturas sociais, econômicas e até mesmo territoriais); (iii) na participação do Estado na criação de políticas públicas (as disparidades estruturais podem ser reestruturadas para que busquem alternativas de plantio saudável, de consumo saudável, de acesso adequado aos alimentos, ainda que, via de regra, sejam influenciadas pelo capital econômico e cultural).

O capital cultural – aquele que se refere ao conhecimento do consumidor sobre nutrição e práticas alimentares –, também é capaz de afetar as escolhas alimentares. Considerando os critérios de ambientes/territórios alimentares, nos desertos, ainda que o capital cultural esteja presente pelo conhecimento, o consumidor pode se ver limitado pelas opções que lhe são disponíveis. Já nos pântanos alimentares, a limitação pode repousar na seleção de alimentos saudáveis em meio a uma abundância de opções menos nutritivas³⁰. Essa es-

consumo de alimentos padronizados (muitos alimentos transgênicos e alimentos processados), cujos fatores macroambientais impactam nas escolhas e práticas alimentares.

28 World Health Organization (WHO), 2011.

29 Da saúde e da alimentação, conforme sugerido pelos autores deste estudo.

30 Guimarães e Matielo, 2023, pp. 42-50.

colha sobre os alimentos seguros e nutritivos pode gerar uma distinção social, aumentando ainda mais as disparidades, as desigualdades e os riscos³¹. No óá-sis, por exemplo, os consumidores podem associar o consumo de alimentos *in natura*, orgânicos ou de origem local como uma forma de distinção ao refletir uma posição social elevada, contrastando com o que ocorrido nos desertos e pântanos alimentares³².

Bourdieu sugere que o gosto desempenha um papel significativo na re-produção das estruturas de classe social e que as distinções sociais são mantidas e transmitidas de uma geração para a outra, perpetuando a desigualdade social. Assim também, as práticas alimentares, incluindo a preparação, podem refletir uma preferência por alimentos percebidos como mais naturais, menos processados ou produzidos de maneira sustentável.

Não se pode esquecer que condições essenciais para a segurança alimentar e nutricional são o acesso econômico³³ que permite o acesso ao alimento e o acesso à informação, tanto nutricional quanto ambiental. O acesso, nesses moldes, enquadra-se no conceito de capital cultural de Bourdieu, incluindo o papel que a educação desempenha sobre a capacidade dos indivíduos entenderem as escolhas alimentares.

Bourdieu propõe que as preferências pelo gosto estão enraizadas em nas experiências sociais e na posição de cada um dentro da estrutura social, ao passo que afirma que o *habitus*, é alcançado por um sistema de disposições duradouras e pré-conscientes adquiridas através da socialização, que traça influência direta nas preferências guiando as escolhas no reforço de uma posição social. Sopesando que *habitus* são as disposições sociais internalizadas e gostos são as preferências influenciadas pelo *habitus*, campo e capital, projetando e transpondo o pensamento de Bourdieu para a análise da percepção do consumidor, destaca-se que as escolhas alimentares não são apenas baseadas em

31 Dentro dos pântanos alimentares, observa-se que a massificação e a industrialização, as quais, somadas à agitação da vida moderna, acabam por alterar os hábitos alimentares em prol da praticidade e da agilidade. Surgem, dentro desse padrão, um crescimento de consumo *junk food*, *fast food*, *virtual food*, de alimentos processados e ultraprocessados, que não alcançam os valores nutricionais de uma alimentação segura, tradicional, com produtos *in natura*, livre de agrotóxicos e de transgenia, que respeitam a saúde ambiental e a humana. Os riscos serão refletidos nas desigualdades no consumo alimentar e as disparidades poderão ser observadas na saúde dessa faixa da população.

32 Oliveira e Silva *et al.*, 2023, p. 79.

33 A Oitava Sessão do Comitê sobre Segurança Alimentar Mundial, realizada na sede da FAO em abril de 1983, reavaliou o conceito de segurança alimentar mundial e definiu novas abordagens para a década de 1980. Sob o conceito ampliado, o objetivo final da segurança alimentar mundial é garantir que todas as pessoas, em todos os momentos, tenham acesso físico e econômico ao alimento básico de que necessitam. O Comitê também detalhou três objetivos específicos da segurança alimentar: garantir uma produção adequada de alimentos, maximizar a estabilidade do fornecimento de alimentos e garantir o acesso a eles, particularmente por parte daqueles que mais necessitam (FAO-SOFI, 1983, p. 14).

preferências individuais, mas sim, influenciadas pela sociedade e a posição que ocupam, pelas formas de capital (econômico, social e cultural) e pela estrutura política, de governança e de poder.

Sob o filtro de Bourdieu, para melhorar a percepção do consumidor e a segurança alimentar e nutricional de forma equitativa e enfrentar as desigualdades e iniquidades, intervenções e políticas públicas são necessárias para combater:

- a) disparidades de acesso: o acesso a alimentos saudáveis e seguros, são percebidos de formas diferentes entre os consumidores. Ao passo que o consumidor de maior poder econômico possui o acesso, o *habitus* e o gosto por alimentos mais caros, muitas vezes orgânicos e naturais, sustentáveis; o consumidor de menor acesso informacional, educacional, cultural e econômico, tende a consumir alimentos em promoção, muitas vezes ultraprocessados, resultando numa dieta com pouca diversidade nutricional;
- b) valoração dos alimentos: o *habitus* é capaz de influenciar e moldar a percepção do consumidor sobre como valorizar o alimento seguro e nutritivo. A valorização é percebida de diferentes formas, de região para região, sofrendo externalizações sociais e culturais, fruto do reflexo direto do capital cultural e do conhecimento que o consumidor possui;
- c) territórios alimentares: os territórios ou ambientes alimentares (desertos, pântanos e oásis)³⁴. O gosto e o *habitus* influenciam a percepção do indivíduo através do acesso ao tipo de capital. O capital, somado ao *habitus* e gosto, predispõe a escolha do consumo, muitas vezes, por serem as opções disponíveis em determinados ambientes alimentares;
- c) sustentabilidade: também é pelo *habitus* que a capacidade de percepção sobre sustentabilidade, sistemas de cultivo e práticas alimentares podem influenciar o consumo e o consumidor. A consciência ambiental está ligada ao acesso à educação ambiental e educação cultural, para que seja priorizado o consumo de alimentos produzidos de maneira sustentável.

Alcança-se a Segurança Alimentar e Nutricional quando todos os indivíduos possuem acesso físico, social e econômico aos alimentos seguros, de qualidades nutritivas, em quantidade suficiente e de forma ininterrupta e contínua³⁵. A Segurança Alimentar e Nutricional envolve, também, a informação, a produção sustentável, os sistemas ambientais alimentares e os meios que incidem sobre os alimentos, de forma útil e estável.

34 Lima, 2023, pp. 31-35.

35 Brasil, Lei nº 11.346/2006, que cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN) com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada.

Ao utilizar a teoria do gosto, somada à noção de campo, capital e *habitus* de Bourdieu, traça-se uma análise sobre a complexidade das interações que moldam a percepção do consumidor e suas escolhas alimentares. As estruturas sociais e as posições individuais dentro dessas estruturas influenciam o acesso a alimentos seguros e nutritivos.

Dessarte, a percepção alimentar do consumidor parece estar ligada (a) à diferenciação social, que permite entender a escolha baseada no gosto e no campo. A cada estrato social a valorização sobre a segurança alimentar e nutricional será diferenciada; (b) ao acesso aos alimentos seguros e nutritivos, que é diretamente influenciado pelo campo alimentar, pelo capital econômico e pelo capital social; (c) à qualidade e à sustentabilidade, ao passo que a informação ambiental e consumerista gera conhecimento sobre a qualidade nutricional, valoriza alimentos *in natura*, o plantio resiliente, o consumo responsável e consciente.

Como exemplo, a relação entre as teorias sociológicas apresentadas oferece uma estrutura analítica para examinar a percepção do consumidor sobre os alimentos transgênicos e ultraprocessados no consumo diário ou frequente, porque as disposições internalizadas de cada consumidor (*habitus*) interagem com o ambiente social e econômico (campo) para moldar os gostos em relação a esses alimentos, diretamente influenciado pelo mercado de capital. A percepção do consumidor, contudo, não é o bastante. Agentes de campo, como Estado, empresas, organizações e outros agentes que atuam nas políticas públicas, setoriais ou não, exercem a responsabilidade sobre a informação e a percepção do que realmente é segurança alimentar e nutricional.

2.2 SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL E CLIMÁTICA

A percepção do consumidor é influenciada pelo *habitus*, campo, capital e pelo gosto, determinando o modo pelo qual interpreta e responde às informações contidas e apresentadas sobre alimentos, incluindo sua qualidade, sua origem e o impacto ambiental que causa. A conscientização ambiental influencia o consumo de alimentos através da preferência por práticas de produção sustentáveis.

Gilles Lipovesty, invocando o deus dos prazeres, Dionísio, destaca o comer e beber nos ‘prazeres supremos do bacanal’ que se entendia por ‘boa mesa’ (refeição substancial, mais rica que equilibrada) somada à ‘boa vida’ (indicando prazeres do paladar) e transpõe o entendimento para abordar os prazeres, escolhas e gostos da sociedade de consumo, ou hiperconsumo – conforme descreve –, traçando uma divisão clara sobre as formas de acesso e a percepção do consumo voltado ao mercantilismo e capitalismo³⁶.

36 Lipovesty, 2007, p. 233.

Tem-se, como ideia válida, que a alimentação³⁷, como condição fática ao direito à saúde, é um “meio de prevenção ou mesmo de tratamento de certas doenças: a saúde, a longevidade, a beleza tornaram-se os novos referenciais que enquadram a relação com a mesa”³⁸. Os valores dos consumidores se tornam moldados a priorizar o bem-estar, a felicidade e a busca de qualidade degustativa (somam-se os prazeres sensoriais ao desenvolvimento cultural, norteados pela mudança acelerada da sociedade).

O desejo por saúde é algo antigo, assim como hábitos de comportamento tendentes a riscos ou benefícios à saúde. O que se tem de novo, dentro da conceituação temática da alimentação como um direito humano, é o lugar ocupado pelos ambientes/ territórios alimentares.

O avanço da produção maciça, da necessidade urgente de uma refeição rápida, induz e molda a escolha dos consumidores. Na preocupação de conseguir manter o orçamento em dia, de ter tempo hábil para alimentar-se, de ter praticidade ao comprar e consumir, os alimentos processados, ultraprocessados (muitos transgênicos) passam a firmar-se como práticas comuns e corriqueiras. Para viver o *carpe diem*, a preocupação deve estar mais voltada ao consumo de ‘comida de verdade’, sugere Lipovsky, sendo necessário conscientizar, “mudar seus comportamentos a fim de retardar os efeitos da idade e prevenir doenças; não esbanjar a vida, mas despistar fatores de risco, fazer exercícios de manutenção, vigiar a alimentação”³⁹.

O mercado de produção, cultivo e venda de alimentos visa lucro e poder econômico e desarmoniza a relação de universalidade indissociável entre o humano, seu bem-estar e a natureza⁴⁰. A sociedade de consumo afeta o meio ambiente e padece, efetivamente, de problemas socioambientais^{41,42}, devido ao tipo de mercado, produção e consumo gerado pelo capital.

A modernidade e a produção social de riqueza, de acordo com Ulrich Beck, seguem acompanhadas de riscos (paradigma da sociedade de risco) e conseqüentemente, de problemas e conflitos distributivos⁴³. A sociedade consumista pode atingir os níveis de riscos de forma destrutiva a sustentabilidade, dentro da ótica de que o meio ambiente serve ao homem. Consumidores informados sobre o impacto ambiental de suas escolhas alimentares podem ligar-se

37 Essa idealização é pensada na alimentação como um meio de garantir a saúde, há, contudo, uma relevante orientação de que alimentação não é apenas uma condição fática do direito à saúde, mas é, acima de tudo, um direito autônomo, fundamental, social e humano, assim reconhecido internacionalmente a partir de 1966 e no contexto nacional, assim reconhecido em 2010 (Emenda Constitucional 64, que altera o artigo 6º, da Constituição Federal de 1988).

38 Lipovsky, 2007, p. 233.

39 Lipovsky, 2007, p. 239.

40 Abud, Gorisch e Souza, 2024, pp. 29-30.

41 Food and Agriculture Organization (FAO), 1992.

42 Food and Agriculture Organization (FAO), 1996.

43 Beck, 2011, p. 23.

diretamente à sustentabilidade ambiental e climática⁴⁴ para a realização do direito à alimentação adequada, pois práticas agrícolas insustentáveis podem degradar os ecossistemas, diminuir a biodiversidade e alterar o clima, afetando a disponibilidade futura de alimentos⁴⁵. A perspectiva de Bourdieu sobre o gosto pode ser expandida para incluir a escolha de alimentos produzidos de maneira sustentável, refletindo um capital cultural que valoriza a proteção ambiental e a resiliência climática.

É indispensável alterar esse entendimento porque, a nova razão de existência do contexto global e universal, imprime a compreensão de que o homem vive na dependência do meio ambiente, porém, de forma integrada com ele; e que a sustentabilidade há que ser concretizada para minimizar os problemas causados pelo mercado e o capitalismo⁴⁶. A preservação da integração entre ambiente e homem, mudando a racionalidade antropocêntrica, será capaz de reduzir desigualdades sociais em relação ao acesso alimentar.

A promoção de desenvolvimento sustentável⁴⁷ reclama necessária implementação de programas que assegurem a todos, entre outros aspectos, a garantia de recursos básicos (água, alimentos) a longo prazo; o consumo racional de água e de alimentos e a redução do uso de produtos químicos prejudiciais à saúde na produção de alimentos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise da efetividade e compreensão do direito fundamental à alimentação, através da visão social proporcionada por Bourdieu, considera os determinantes de *habitus*, campo e capital para desvelar como as desigualdades sociais estão entrelaçadas com as práticas e preferências alimentares, moldando o acesso à alimentação. A teoria de Bourdieu sugere que o gosto desempenha um papel significativo na reprodução social das estruturas, fazendo com que as distinções sociais sejam mantidas e transmitidas de uma geração para a outra, perpetuando a desigualdade social.

Isso significa que a percepção de um alimento como seguro e saudável é profundamente afetada pelo contexto social, econômico e cultural do indivíduo, assim como o mercado em que está inserido. Da mesma forma, a conscientização ambiental pode influenciar o gosto, fazendo com que alguns consumidores prefiram produtos orgânicos, locais ou de agricultura sustentável. Quando levados à análise do campo considerando os ambientes alimentares

44 Abud, Souza e Gorisch, 2023. p. 196.

45 Abud, Gorisch e Souza, 2023, pp. 51-72.

46 Calgaro e Pilau Sobrinho, 2020, p. 151.

47 A proposta de uma intervenção de desenvolvimento sustentável considerando o consumo humano e suas consequências, foi exposta de forma contundente em 1987 no Relatório Brundtland, Nosso Futuro Comum.

deserto e pântano, o *habitus* é impactado pelas restrições ao acesso e à indisponibilidade de alimentos saudáveis, fato que reflete desigualdades e disparidade sociais.

A consciência que o consumidor tem sobre os riscos e os benefícios de suas práticas alimentares é limitada. Cada indivíduo enxerga seu problema, mas não amplia a visão para a complexidade e as consequências que advém da moldagem de suas escolhas. Para que os direitos sejam garantidos, é imprescindível que essas escolhas sejam rompidas posto que a percepção moldada é passível de riscos. Os hábitos de uma sociedade de consumo consciente é que deve moldar as leis e os mercados, não o contrário.

Percebe-se uma interação entre as estruturas sociais que moldam as escolhas e as preferências (teoria do gosto) e a liberdade de escolha como um elemento central para o desenvolvimento humano. Para garantia efetiva do direito à alimentação, há que se reconhecer e intervir nas estruturas sociais que influenciam e limitam as escolhas alimentares do consumidor, não somente com políticas públicas integrativas de vários setores, mas também com os esforços em todas as regiões, para transformar o *habitus* alimentar a fim de que sejam garantidos, em equidade, o acesso seguro aos alimentos.

A importância da compreensão das práticas alimentares, vai muito além do gosto pelo sabor, mas envolve a capacidade de percepção, o campo e o *habitus* aos quais pertencem cada classe social. É sob esse aspecto que se direciona o direito. Não deveria ser o Direito e sua normatização o responsável por moldar uma sociedade, mas sim, a sociedade é que deveria impulsionar o Direito e a normatização.

REFERÊNCIAS

ABUD, Carol de Oliveira; GORISCH, Patricia; SOUZA; Luciano Pereira de. Whitehead, Tansley, Sen, Bobbio e a abordagem One Health. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**. jan./mar.; v. 13, n. 1, 2024. pp. 24-35. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/1227> Acesso em: 08/04/2024.

ARAUJO RISSO, Carla. A distinção: crítica social do julgamento de Pierre Bourdieu. Resenha. **Matrizes**, v. 2, n. 1, 2008, pp. 252-256. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/1430/143012788014.pdf> Acesso em: 07/03/2024.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo, Editora 34, 2011.

BERTONCELO, Edison. Classe social e alimentação: padrões de consumo alimentar no Brasil contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. v. 34, n. 100, 2019. pp. 01-28. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/3410005/2019> Acesso em: 06/03/2024.

BOURDIEU, Pierre. **A distinção: crítica social do julgamento**. 2. ed. rev. Porto Alegre, RS: Zouk, 2011.

BOURDIEU, Pierre. *Sociologia Geral*. Vol.1: **Lutas de classificação**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2020.

BOURDIEU, Pierre. *Sociologia Geral*. Vol.2: **Habitus e Campo**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2021.

BOURDIEU, Pierre. *Sociologia Geral*. Vol.3: **As formas do capital**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006**, que cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN) com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm Acesso em: 13/04/2024.

CALGARO, Cleide; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. Sustentabilidade e os problemas socioambientais na sociedade consumocentrista. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 76, jan./jun. 2020. pp. 155-181. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/2083> Acesso em: 08/03/2024.

DE OLIVEIRA ABUD, Carol; DE SOUZA GORISCH, Patricia Cristina Vasques; DE SOUZA, Luciano Pereira. Agroecologia: um meio de prover um direito fundamental. *Revista de Direito Agrário e Agroambiental*, v. 9, n. 1, 2023, pp. 51-72. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdaa/article/view/9647> Acesso em: 18/04/2024.

DE OLIVEIRA ABUD, Carol; DE SOUZA, Luciano Pereira; DE SOUZA GORISCH, Patricia Cristina Vasques. Mudança climática: uma crise previsível. *Unisanta Law and Social Science*, v. 12, n. 1, 2023. pp. 191-209. Disponível em: <https://periodicos.unisanta.br/index.php/lss/issue/view/150> Acesso em: 18/04/2024.

FARIAS, Tássio Ricelly Pinto de; COSTA, Jean Henrique Costa. Ensaio sobre o ‘gosto’ em Theodor W. Adorno e Pierre Bourdieu. *Acta Scientiarum. Human and Social Sciences* Maringá, v. 37, n. 1, jan./jun., 2015. pp. 93-101. Disponível em: https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/ActaSciHumanSocSci/article/download/26196/pdf_48/ Acesso em: 09/04/2024.

FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION (FAO). **World Declaration on Nutrition and Plan of Action for Nutrition**, Rome, December 1992. Disponível em: <https://www.fao.org/3/u9260e/u9260e00.pdf> Acesso em: 15/04/2024.

FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION (FAO). **World Food Summit. Declaração de Roma sobre a Segurança Alimentar Mundial e Plano de Ação da Cimeira Mundial da Alimentação**, 1996. Disponível em: <https://www.fao.org/3/w3613p/w3613p00.htm> Acesso em: 15/04/2024.

FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATIONS (FAO). **Food Security and Nutrition in the World**. SOFI, 1983. Disponível em: <https://www.fao.org/4/i1683e/i1683e.pdf> Acesso em: 13/04/2024.

FROZI, Daniela. S. **O papel do controle social nas Políticas Públicas em Alimentação e Nutrição**. In: JAIME, P. (Org.). Políticas públicas de alimentação e nutrição. na RIDE-DF. São Paulo: Atheneu, 2019. pp. 225-229.

GUIMARÃES, Natália dos Anjos; MATIELO, Etel. **Reflexões sobre a instalação de desertos alimentares no campo brasileiro**. Observatório Brasileiro de Hábitos Alimentares. v. 1, n. 4, set. 2023. pp. 42-50.

LIMA, Marina Sutile. **A inserção do sistema alimentar e de desertos alimentares na pauta do planejamento urbano e gestão urbana**. Observatório Brasileiro de Hábitos Alimentares. v. 1, n. 4, set. 2023. pp. 30-40.

LIPOVESTY, Gilles. **A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo**. Tradução de Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

OLIVEIRA E SILVA, Denise Oliveira; ELL, Erica; NILSON, Eduardo *et al.* **Entre Desertos, Pântanos e Oásis Alimentares: mapeamento de ambientes de acesso a alimentos saudáveis**. Observatório Brasileiro de Hábitos Alimentares. v. 1, n. 4, set. 2023. pp. 76-104.

SOUZA, Jamacy Costa. **O Gosto em Pierre Bourdieu: *habitus* e práticas alimentares**. 2019. Disponível em <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/47498> Acesso em: 09/04/2024.

UNITED NATIONS (UN). **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, International Covenant on Civil and Political Rights and Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights**, 1966: A/RES/2.200(XXI). Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/005/03/pdf/NR000503.pdf?OpenElement> Acesso em: 18/04/2024.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **Rio Political Declaration on Social Determinants of Health**, 2011. Disponível em: <https://www.who.int/publications/m/item/rio-political-declaration-on-social-determinants-of-health> Acesso em 20/04/2024.

Recebido em: 06/05/2024

Aprovado em: 05/07/2024

DECLARAR ILEGAIS OS MÉTODOS INJUSTOS DE COMPETIÇÃO COMERCIAL: A CRIAÇÃO DA FEDERAL TRADE COMMISSION E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA BRASILEIRO

DECLARING THE UNFAIR METHODS OF COMPETITION IN COMMERCE UNLAWFUL: THE FOUNDING OF THE FEDERAL TRADE COMMISSION AND ITS REPERCUSSION ON THE BRAZILIAN ANTITRUST LAW

DAVI MONTEIRO DINIZ*

RESUMO

A Federal Trade Commission (FTC) foi criada nos Estados Unidos como uma agência reguladora independente *antitrust*. Este ensaio estuda as razões que levaram à criação da FTC, os problemas que se almejava solucionar com sua instituição, bem como os meios legalmente lhe disponibilizados para tanto, quando de sua criação em 1914. Com esse objetivo, analisa tanto as questões administrativas como as de combate *antitrust* que se colocavam aos EUA no início do século XX, com ênfase na sua dimensão jurídica. Ao final, procura demarcar em que medida tais escolhas posteriormente influenciaram o Direito brasileiro, particularmente quanto à forma atual do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia federal brasileira encarregada da defesa da concorrência.

PALAVRAS-CHAVES: Agência Reguladora. Federal Trade Commission. Métodos Injustos de Concorrência. Direito Econômico. Direito Comparado. CADE.

ABSTRACT

The Federal Trade Commission (FTC) was established in the United States as an independent regulatory antitrust agency. This essay examines the rationale behind the founding of the FTC, the problems it aimed to address, and the legal mechanisms at its disposal upon its inception in 1914. In pursuit of this objective, it analyzes both administrative issues and antitrust challenges faced by the United States in the early 20th century, with a focus on their legal dimension. Finally, it seeks to delineate how these pivotal choices influenced the Brazilian law, especially the present structure of the Administrative Council for Economic Defense (CADE), the Brazilian federal antitrust agency.

KEYWORDS: Regulatory Agency. Federal Trade Commission. Unfair Methods of Competition. Economic Law. Comparative Law. CADE.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DIREITO ANTITRUST NOS EUA. 2.1 Implicações políticas do debate antitrust nos EUA no início do século XX. 2.2. Administração pública e a Interstate Commerce Commission.

* Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Legum Magister (LL.M) in Comparative Law pela University of Florida. Professor na Faculdade de Direito da UFMG.
E-mail: gmdodavi@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3851-247X>.

3. ANTECEDENTES ANTITRUST À CRIAÇÃO DA FTC. 3.1. Questões legislativas antitrust subjacentes à criação da FTC. 4. A LEI DE CRIAÇÃO DA FTC. 4.1 Dos métodos injustos de competição comercial. 4.2. Procedimentos. 4.3 Inserção da FTC no sistema antitrust. 5. APROXIMAÇÃO DAS FORMAS INSTITUCIONAIS DA FTC E DO CADE. 6. CONCLUSÃO.

1 INTRODUÇÃO

O início do século XX nos Estados Unidos da América-EUA foi marcado por significativas mudanças econômicas e intensos conflitos sociais, chegando ao ponto de, em setembro de 1901, um operário desempregado, Leon Czolgosz, assassinar o então presidente William McKinley, ocasionando a sua substituição pelo vice-presidente Theodore Roosevelt. De modo a governar nesse turbulento período, o novo mandatário adotou medidas de intervenção da União na ordenação do país, assim buscando sobrepor-la às unidades federadas, movimento no qual ele também lutou para alargar o Poder Executivo federal. Alcançando relativo sucesso, Theodore Roosevelt conseguiu, até o final de seu segundo mandato, no ano de 1909, aprovar leis ampliando a presença da União na regulação da ordem econômica, em especial por meio da expansão da sua estrutura administrativa. Dentre suas realizações, consolidou-se o poder federal de inspecionar a fabricação e o comércio de alimentos, pela edição do *the Pure Food and Drug Act of 1906*, bem como promulgou-se legislação declarando inequívoca a competência da agência de fiscalização das ferrovias criada em 1887, a *Interstate Commerce Commission-ICC*, para regular preços cobrados pelos empresários naquela atividade, consoante o *the Hepburn Act of 1906*.

Entretanto, sem embargo de questões específicas a alimentos e ferrovias, naquele período se ampliava, nos EUA, um movimento de concentrações empresariais pelo qual várias empresas alcançaram posição dominante nas suas respectivas áreas de atuação. De modo amplo chamadas de *trusts*, estas organizações, ora mediante acordos (*combinations*), ora se institucionalizando como pessoas jurídicas (*corporations*), cada vez mais extrapolavam o âmbito territorial de um estado para assim operar em escala nacional, desse modo colocando tais questões sob a competência dos poderes federais.

A esse respeito, o principal instrumento jurídico até então instituído pela União para lidar com os *trusts*, a Lei Sherman de 1890, foi conformado de modo a resolver conflitos em juízo, a partir de ações oferecidas pela União ou por particulares contra grandes empresários. Nesse quadro, a atuação federal *antitrust* passou a depender, em sua maior parte, de o Poder Executivo processar em juízo os então chamados *trusts*. Embora filiado ao partido Republicano, Theodore Roosevelt não só estimulou o uso dessas ações judiciais, como também

ampliou a estrutura administrativa voltada a acompanhar o crescimento das empresas industriais, criando uma Secretaria Federal de Comércio e Trabalho (*United States Department of Commerce and Labor*) e nela, um órgão federal de estudos, o *Bureau of Corporations*, iniciativas que destoaram da então abordagem tradicional de seu partido.

Tais medidas, como antes assinalado, inseriram-se num quadro mais amplo da trajetória percorrida pelos EUA naquele período, caminho no qual, embora fosse notório o desenvolvimento trazido pela industrialização, esse crescimento econômico se mesclava com problemas sociais de natureza e alcance até então inéditos, pelo que se demandou maior participação estatal federal na regulação da atividade econômica. Assim, no início do século XX, os EUA, levando em conta as vantagens observadas nos Estados europeus com similar experiência no tema, reconheceram a necessidade de maior presença do poder público nas relações sociais e progressivamente expandiram a sua administração pública, tanto para prestar serviços à população como para fiscalizar e regular as atividades profissionais. Essa construção do que denominaram de *administrative state* acontecerá, porém, sem existir previsão constitucional expressa nesse sentido, potencializando as dificuldades jurídicas decorrentes, especialmente no plano federal.

Nesse contexto, a criação da *Federal Trade Commission-FTC*, em 1914, acompanhou o alargamento do poder do Estado federal nos EUA, particularmente no que concerne a sua dimensão administrativa, cuja ampliação exigiu mudanças relevantes no equilíbrio, tanto das atribuições da União e das unidades federadas, como dos poderes da União entre si e, por certo, da relação desta com particulares.

Por outro lado, a criação da FTC também se ligou aos debates *antitrust*, os quais ganharam grande relevância nesse período, não apenas em face da mobilização popular contra os *trusts*, mas também em razão da renhida competição em curso entre empresários, cuja distribuição heterogênea de interesses repercutia na atuação do Congresso dos EUA. Nessa época, ele era composto por deputados eleitos diretamente para a Câmara federal (*House of Representatives*) e por dois representantes para cada unidade federada, os quais então eram selecionados pelas legislaturas estaduais para integrar o Senado (*Senate*), o que só foi modificado com a ratificação da décima-sétima emenda à Constituição dos EUA, em abril de 1913.

A partir de tais condições, este ensaio estuda as razões que levaram à criação da FTC, os problemas que se almejava solucionar com a sua fundação, bem como os meios legais disponibilizados para tal propósito, de modo a contribuir para os estudos de direito comparado sobre o tema. Como posto acima, ele se propõe a analisar tanto as questões administrativas federais como as de combate *antitrust* que se colocavam aos EUA do início do século XX,

priorizando a sua dimensão jurídica. Procura, desse modo, compreender como a defesa da concorrência ultrapassou o modelo clássico liberal de exigibilidade de direitos mediante ações judiciais para também engajar a administração pública nessa tarefa.

Em razão de o direito *antitrust* ter sido desenvolvido pelo sistema jurídico dos EUA, a perspectiva adotada considerou que conhecer como os seus institutos foram elaborados mostra-se importante aos ordenamentos que neles se inspiraram quando também disciplinaram o tema. A pesquisa elaborada com esse escopo se concentrou na identificação das questões que levaram à criação da FTC, quando da passagem, nos EUA, dos compromissos políticos às resultantes normas jurídicas, o que se buscou demarcar dissociando-se aspectos estruturantes daqueles com feição mais circunstancial, a partir das informações e análises articuladas pela doutrina. Para tanto, selecionou-se um conjunto de obras acadêmicas dos EUA que trataram dos cenários político e jurídico de criação da FTC, inclusive as publicadas naquela época e aptas a esclarecer lacunas e discordâncias observadas nos textos mais recentes.

A narrativa resultante teve como principal fio condutor as insatisfações sobre a aplicação da Lei Sherman de 1890 e os esforços para torná-la mais efetiva, o que desencadeou a promulgação de outros dois estatutos em 1914, a Lei Clayton e a lei que instituiu a FTC, eventos que completaram o período formador do direito *antitrust* nos EUA.

Ao arrematá-la, percebeu-se a influência do Direito dos EUA na configuração de características centrais ao sistema de defesa da concorrência brasileiro, destacando-se a proximidade entre a FTC e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE, seja na composição dos particulares aspectos institucionais que distinguem este órgão administrativo, seja no seu modo específico de regular a concorrência. Tal permitiu comparar esses órgãos com vista a colaborar com o debate sobre as escolhas brasileiras, ponderando-se que, quanto mais ele for informado, menor será o risco de elas serem fragilizadas por eventual assimetria de informações a respeito de fatos acontecidos em país de singular tradição jurídica.

Espera-se, por tudo, que, conjugado com as demais considerações deste artigo, o contraste entre os referidos órgãos administrativos dos EUA e do Brasil subsidie futuras reflexões sobre o aperfeiçoamento do CADE, municiando as averiguações sobre se os motivos de sua instituição e da definição de seu *modus operandi* continuam presentes e relevantes, como também se o substancial paralelismo institucional aqui identificado permanece devidamente justificado, passados mais de cem anos desde a fundação da FTC.

2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DIREITO ANTITRUST NOS EUA

2.1 IMPLICAÇÕES POLÍTICAS DO DEBATE ANTITRUST NOS EUA NO INÍCIO DO SÉCULO XX

Ao findar o século XIX, os problemas que se acirravam nos EUA relativamente às concentrações industriais¹ foram sumarizados num relatório de investigação do Congresso², o qual, ponderando a respeito das vantagens e desvantagens trazidas pelos *trusts*, não recomendou a sua completa eliminação, mas a sua maior fiscalização e regulamentação pela União. O documento, ao lado de constatar que, em certa medida, a concentração empresarial trazia ganhos advindos de economia de escala e de escopo, permitindo melhor gerenciamento dos estabelecimentos e com isso maior volume de produtos a preços acessíveis, também apontava para a crescente capacidade de essas organizações empregarem métodos de competição que excluía seus concorrentes do mercado, manipulando preços em diferentes partes do país para construir posições de monopólio, por vezes também adotando outras práticas injustas (*unfair*) para alcançar esse fim³.

Ressalte-se ademais que, embora a inicial motivação para promulgar a Lei Sherman de 1890⁴ se relacionasse com o enorme poder econômico obtido pelas empresas ferroviárias, nos anos subsequentes esse acúmulo de poder decorrente de concentração empresarial se expandiu para outras atividades, desse modo afetando milhares de fazendeiros, comerciantes e pequenos empresários industriais por todo os EUA. Um dos polos que congregou a reação desses pequenos e médios empresários a essas concentrações foi o movimento *antitrust*, que era direcionado a limitar o tamanho e o poder do grande empresariado, para tanto demandando que a citada lei federal fosse usada para se alcançar tal resultado.

Nesse contexto, sem embargo de a Lei Sherman também prever o ingresso de ações judiciais por particulares para pedir indenizações, os processos judiciais para a sua aplicação envolviam, principalmente, tanto a propositura das respectivas ações por procuradores federais como o seu julgamento por juízes federais, inclusive da Suprema Corte, todos esses cargos preenchidos por nomeações feitas pelo Presidente da República e aprovadas pelo Senado. Essa posição estratégica da presidência para influenciar a aplicação e interpretação da Lei Sherman se evidenciou⁵, por exemplo, quando, no final do século XIX,

1 Cf., sobre esse processo de concentração industrial, LAMOREAUX, 1985.

2 UNITED STATES OF AMERICA. Congress. Preliminary Report, 1900.

3 Ibidem, p. 34. Nele citadas como práticas desleais (seguir concorrentes, subornar empregados).

4 Cf., sobre a Lei Sherman de 1890, DINIZ, 2018.

5 LETWIN, 1954.

um maior esforço do Procurador-Geral dos EUA⁶, recorrendo à Suprema Corte para reverter decisões de instâncias anteriores, ocasionou a edição de julgados⁷⁸ que revitalizaram a efetividade daquela norma federal *antitrust*.

Desse modo, a posição do chefe do Poder Executivo em relação aos *trusts* era, então, ponto importante para a obtenção de suporte político, esperando-se que um candidato com apoio do grande empresariado atuasse com menor intensidade na utilização daquela lei. Entretanto, a ascensão de Theodore Roosevelt à presidência foi por ele aproveitada para imprimir maior empenho do governo federal, empregando-se a abordagem de que se estaria diante de *trusts* justificáveis e *trusts* injustificáveis (*good and bad trusts*), e o governo precisaria de mais informações para fiscalizá-los. Assim, ele instituiu, no ano de 1903, um órgão administrativo federal (*Bureau of Corporations*)⁹ voltado a investigar e organizar informações sobre as grandes empresas, e no ano seguinte seu governo alcançou na Suprema Corte vitória judicial *antitrust* relevante¹⁰, a qual, conferindo-lhe referência publicitária como “destruidor de *trusts*” (*trustbuster*), colaborou decisivamente para sua reeleição no ano de 1904.

Nessa linha, as questões a respeito de concentrações empresariais ganhavam importância no cenário político nacional, ressaltando-se nesse debate a crescente capacidade de o Poder Executivo federal intervir no cotidiano das empresas que atuavam no comércio interestadual, inclusive em razão de questões *antitrust*. Com efeito, ao dispor sob o seu comando de um órgão técnico para estudar as corporações (*Bureau*) e outro (*Attorney-General*) para processá-las, somado ao poder constitucional de selecionar os juízes que ao final iriam aplicar a Lei Sherman, reconheceu-se na presidência relevância nesses conflitos¹¹.

Mais à frente, Theodore Roosevelt foi sucedido pelo seu Vice-Presidente, William H. Taft, também do partido Republicano, o qual, embora de perfil bem mais conservador, conseguiu se eleger presidente no ano de 1908. Durante o seu mandato, aproveitando uma sucessão de vacâncias na Suprema Corte, William Taft pôde nomear três ministros (*justices*) no ano de 1910, e outro no início de 1911, ano em que esse Tribunal, revertendo sua então recente jurisprudência anterior, retomou entendimento baseado no *common law*¹² e formou sólida maioria no sentido de que nem todo monopólio seria proibido na esfera federal, cabendo ao Poder Judiciário verificar essa questão caso a caso (*rule of reason*).

6 Attorney-General Judson Harmon, nomeado pelo Presidente Groover Cleveland.

7 *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 166 U.S. 290 (1897). O julgado foi relatado pelo Judge Rufus Wheeler Peckham, nomeado em 1895 pelo Presidente Groover Cleveland.

8 *United States v. Joint Traffic Association*, 171 U.S. 505 (1898).

9 JOHNSON, 1959.

10 *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197 (1904).

11 JOHNSON, 1959.

12 Cf. *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911) e *United States v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106 (1911).

Essa orientação suscitou grande descontentamento dos que lutavam pela efetivação da política *antitrust*, inclusive no seio do partido do então Presidente da República, agremiação que já se dividia a respeito de vários temas, com os seus parlamentares se alinhando em facções progressista e conservadora. Essa divisão interna no partido Republicano não foi completamente superada, e no ano de 1912, ao tempo que William Taft tentava a reeleição, Theodore Roosevelt lançou sua candidatura pelo recente partido Progressista, participando de sufrágio marcado por fortes debates¹³, na qual também concorreriam, além de Woodrow Wilson, pelo partido Democrata, o líder trabalhista Eugene V. Debs¹⁴, pelo partido Socialista.

Com a vitória de Woodrow Wilson, um conjunto de reformas no sentido de expandir a estrutura administrativa federal foi implementada, iniciando-se por uma reformulação do sistema bancário que criou o *Board of Governors of the Federal Reserve System*¹⁵. Sobre as questões *antitrust*, o campo vitorioso considerava-se diante de um Poder Judiciário cujo novo entendimento era tido como deliberadamente vago e favorável ao grande empresariado. Assim, a proposta governamental foi a de que se editassem normas capazes de limitar a ampla discricionariedade afirmada pela Suprema Corte em suas recentes decisões sobre a matéria.

A construção dessas leis, porém, enfrentou uma série de percalços, caminho legislativo no qual ganhou apoio crescente de parlamentares e empresários o projeto de submeter a disciplina do tema a uma agência reguladora independente, capaz de auxiliar a implantar a política *antitrust* com relativa autonomia e sem interferir nos instrumentos já disponíveis aos poderes Executivo e Judiciário, o que contribuiu decisivamente para a criação da FTC.

Em consonância com as mudanças desse período, aprofundou-se o debate sobre o serviço público a ser oferecido pela União. Até a segunda metade do século XIX, considerava-se adequado, na tradição político-administrativa do país, que a grande maioria dos servidores federais fosse nomeada ou destituída ao sabor das vitórias eleitorais (*spoils system*). Porém, o assassinato do Presidente James Garfield, em 1881, por eleitor com problemas mentais, Charles Guiteau, que almejava receber um cargo público, reforçou a necessidade de estabilidade e profissionalismo na condução dos serviços públicos, editando-se regras para

13 KOLASKY, 2011. Theodore Roosevelt chegou a ser baleado durante um comício em 1912, mas sobreviveu.

14 Que fora preso em 1894 durante uma greve contra as ferrovias (*pullman strike*) por ter desobedecido (*contempt of court*) ordens emitidas pela justiça federal contra os grevistas, exaradas com apoio nas já referidas leis de comércio interestadual e Lei Sherman. A prisão foi ratificada pela Suprema Corte. Cf. *In re Debs*, 158 U.S. 564 (1895).

15 Cf., sobre a criação do *Board of Governors of the Federal Reserve System*, DINIZ; NEVES, 2019.

a contratação impessoal de servidores, o que se revelou um passo inicial para implantar reformas administrativas mais amplas¹⁶.

Assim, ao lado de se instituir uma crescente gama de serviços públicos em nível federal, despontou o debate sobre em que medida estes serviços poderiam ser prestados de modo profissional e permanente, com abrangência nacional e certa autonomia em relação ao poder político, nos moldes de uma burocracia que já se fazia presente nos Estados europeus¹⁷. Essa mudança do papel do Estado e a necessidade de reformulação de suas estruturas é bem sintetizada pela doutrina¹⁸:

Os anos 1877-1920 se destacaram pela emergência de um mercado nacional, a ascensão das organizações laborais em igual grandeza, os mais violentos conflitos entre capital e trabalho na história dos EUA, o crescimento de *trusts* e oligopólios dotados de poder econômico nacional e desse modo conduzidos, bem como a inserção, nesse cenário, de conflitos entre facções empresariais que se alinhavam em torno dos capitais mercantil, financeiro e industrial. Tais condições alteraram de modo profundo as demandas postas ao Estado em face de seu papel de garantidor da totalidade do sistema econômico.¹⁹

É no bojo desse debate institucional²⁰ que, em 1887, surgirá a *Interstate Commerce Commission-ICC*.

2.2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A INTERSTATE COMMERCE COMMISSION

O imenso impacto causado pelo desenvolvimento das ferrovias, primeiro na Inglaterra e em seguida nos EUA, desencadeou a necessidade de um acompanhamento mais próximo dessa atividade pelo Estado²¹. Na Inglaterra, isso se concretizou pelo modo de o parlamento trabalhar mediante comissões, por vezes de natureza interpartidária, dessa maneira acomodando, pela escolha partidária dos respectivos participantes, o equilíbrio de forças em cada época.

16 Cf. *The Pendleton Act of 1883*.

17 Sobre esse tema, ressalte-se, pela importância do seu autor para a criação da FTC, um trabalho seminal publicado em 1887, *The Study of Administration*, cujo autor, Woodrow Wilson, então professor de Direito na faculdade *Bryn Mawr* (um dos primeiros *colleges* para mulheres nos EUA), posteriormente será eleito presidente dos EUA em 1912.

18 SKOWRONEK, 1982.

19 *Ibidem*, p. 11. No original: “*The years 1877-1920 are notable for the emergence of a nationally based market, the rise of organized labor to national prominence, the most violent struggles between capital and labor in American history, the growth of trusts and oligopolies with national orientations and national economic power, and the intrusion onto the national political scene of factional conflicts among merchant, finance, and industrial capital. Such conditions radically altered the demands on the American state in its role as guarantor of the economic system as a whole.*”

20 MASHAW, 2010.

21 Cf., na Inglaterra do séc. XIX, a progressiva concessão de poderes ao *Board of Trade* relativamente a ferrovias.

As assembleias legislativas, quando diante de matérias que demandassem especialização, mostravam-se capazes de estabelecer tais grupos de trabalho mesmo quando não fossem formados diretamente por parlamentares, assim preservando o fundamento de ação colegiada representativa.

Quanto aos EUA no século XIX, a regulação das ferrovias inicialmente se mostrou uma atribuição eminentemente estadual e parlamentar, com cada unidade decidindo a respeito de suas questões centrais, tais como, concessão de personalidade jurídica (*incorporation*), doação de terras, direito de passagem, a normatização especial dessa atividade, isenção de impostos e até a contingente concessão de direitos de exclusividade e ajuda financeira aos respectivos empresários. A partir desse quadro jurídico, os parlamentos estaduais criaram comissões para auxiliá-las a lidar com as ferrovias, fiscalizando-as e verificando o cumprimento das respectivas leis incidentes²². Em alguns casos, porém, concederam a esses órgãos poderes para que decidissem sobre o cumprimento das normas e obrigassem as empresas a cumprir as ordens decorrentes, assim permitindo a doutrina classificá-las em comissões de assessoramento (*advisory*) e comissões regulatórias (*regulative*)²³.

Esse poder regulador estadual exercido por legislaturas e respectivas comissões foi ratificado pela Suprema Corte em 1876²⁴. No entanto, diante da expansão da malha ferroviária nacional, esse tribunal decidiu, no ano de 1886, que, caracterizando-se comércio interestadual, a matéria seria de competência exclusiva da União²⁵. A combinação desses julgados permitiu se afirmar o poder federal de regular as ferrovias, tornando urgente que o Congresso estabelecesse sua disciplina normativa. Após longo embate entre as propostas da Câmara, no sentido de se editar lei regulando detalhadamente a matéria, e as do Senado, tratando de se instituir uma comissão nos moldes estaduais, este foi o modelo vitorioso, no qual foram inseridos, porém, detalhes do outro projeto sobre a regulação da atividade ferroviária, em tudo prevalecendo o consenso de que o órgão federal só atuaria quando se tratasse de comércio interestadual, como reforçado pela sua denominação (*Interstate Commerce Commission*).

22 NOLL; KANAZAWA, 1994.

23 Cf. ELLIS, 1893, p. 719-720. No original: “*Railroad commissions are then, generally speaking, of two kinds, those which are advisory, and those which are regulative. The first rely upon the inherent force and common sense of their suggestions for recognition and obedience on the part of the corporations, and a study of the reports of commissions of that class will show how seldom their recommendations are disregarded. Those on the other hand which are authorized to deal more peremptorily with the railroads, and were created for the purpose of enforcing State laws of a more oppressive character, are, if they attempt to any extent to carry out the object for which they exist, less apt from their very nature to accomplish that object without antagonizing the roads.*”

24 Cf. *Munn v. Illinois*, 94 U. S. 113 (1876).

25 Cf. *Wabash, St. Louis & Pacific Railway Company v. Illinois*, 118 U.S. 557 (1886).

A respectiva lei de criação da ICC²⁶ instituiu uma comissão formada por cinco membros, escolhidos pelo Presidente da República e confirmados pelo Senado, sendo que nela não mais que três deles poderiam ser indicados pelo mesmo partido político (...*Not more than three of the Commissioners shall be appointed from the same political party*). Seus principais poderes eram o de estudar e investigar as ferrovias, bem como, ao constatarem eventuais ilícitos, ordenarem sua cessação e a reparação de eventuais danos. No caso de inobservância dessas decisões, elas deveriam ser exigidas em juízo.

Vê-se que esse modo de legislar acabou por estabelecer diretrizes e proibições às ferrovias e encarregou a ICC de decidir se essas normas estariam sendo observadas pelos empresários, instituindo, assim, poder administrativo adjudicatório, mas deixando claro que a exigibilidade coercitiva das decisões, em caso de descumprimento, dependeria de se buscar o Poder Judiciário²⁷. A doutrina registra que, diante de um modelo no qual o Poder Legislativo estabeleceu normas gerais²⁸ e atribuiu a um órgão administrativo a tarefa de decidir sobre a sua observância em casos concretos, a Suprema Corte reagiu de modo defensivo, limitando de forma substancial os poderes reguladores da ICC²⁹, o que só foi revertido por novas leis expressamente tratando das competências dessa agência, editadas no início do século subsequente.

Assim, na primeira década do século XX, após a promulgação de três estatutos³⁰ relevantes ao tema, a ICC não só recebeu maiores poderes como também se instituiu uma justiça federal especializada (*commerce court*) para julgar recursos de suas decisões, ponto este que foi logo abandonado nos anos subsequentes. De todo modo, ao se anunciar a eleição presidencial de 1912, já estava presente na União um órgão administrativo permanente, com poderes reguladores expressamente estabelecidos em lei, a serem exercidos sem subordinação ao Poder Executivo, reunindo assim os elementos centrais a uma agência federal reguladora independente (*regulative agency*).

3. O COMBATE ANTITRUST ANTERIOR À CRIAÇÃO DA FTC

Uma vez estudadas, em linhas gerais, as balizas jurídicas relativas a agências reguladoras na época de criação da FTC, cabe analisar a criação

26 Cf. *Interstate Commerce Act of 1887*, ch. 104, 24 Stat. 379.

27 HOOGENBOOM; HOOGENBOOM, 1976.

28 Por exemplo, a lei estabelecia que as tarifas ferroviárias deveriam ser "(...)razoáveis e justas".

29 Cf. ELY JR. 2012, p.1134. No original: "*Clearly the federal courts were dubious about an administrative body that was an uncertain fit in the constitutional system as traditionally understood. The modern norm of a deferential attitude toward administrative bodies was not the prevailing judicial view in the late nineteenth century. Indeed, implicit in the Supreme Court decisions narrowly construing the authority of the ICC was the premise that Congress, not the Commission, was the proper policymaking body.*"

30 Cf. *The Elkins Act (1903)*, *The Hepburn Act (1906)* e *The Mann-Elkins Act (1910)*.

deste órgão em função dos movimentos *antitrust* daquele período, tema que então galvanizava forte mobilização política no país e que influenciou de modo substancial a eleição presidencial de 1912, na qual, com a vitória de Woodrow Wilson, o partido Democrata voltaria ao poder que havia perdido na eleição presidencial de 1896³¹.

3.1 QUESTÕES LEGISLATIVAS ANTITRUST SUBJACENTES À CRIAÇÃO DA FTC

Como visto, as bandeiras que lideraram a luta *antitrust* nos EUA do final do século XIX eram essencialmente as de se obstar monopólios privados, buscando impedir que grandes concentrações empresariais se desenvolvessem. O pensamento que se contrapôs a esse objetivo variava entre considerar tais concentrações como inevitáveis, por isso indevida a sua repressão, ou entender que elas deveriam ser acompanhadas e regulamentadas pelo poder público. No início do século seguinte, todas essas vertentes se enfrentariam em busca de uma solução jurídica permanente a esse embate.

A pauta antimonopólio era cara ao partido Democrata, cuja plataforma pregava a eliminação das grandes concentrações empresariais (*private monopolies*)³². Já os republicanos se dividiam entre uma maior ou menor regulamentação das concentrações empresariais. Adicione-se a isso que, interpretando a Lei Sherman, a Suprema Corte, após julgados contrários às concentrações, no ano de 1911 reverteu parcialmente sua posição antimonopolista, clarificando que elas não seriam necessariamente ilegais (*rule of reason*). Com a vitória eleitoral democrata em 1912, esperava-se a edição de normas que resgatassem o entendimento hermenêutico anterior. Isso foi tentado mediante quatro propostas de lei oferecidas na Câmara, posteriormente consolidadas num projeto sob a condução do deputado Henry Clayton, cujo inicial propósito era o de estabelecer sentido inequívoco à Lei Sherman, afirmando-a como absolutamente contrária a concentrações empresariais, pretendendo também reforçá-la pela criminalização de condutas empresariais que, no entender dos proponentes, levariam à formação de monopólios.

No entanto, essa abordagem recebeu duras críticas, especialmente daqueles pequenos e médios empresários que compunham a base de apoio do partido Democrata³³, e foi completamente reformulada, nela se proibindo poucas condutas, sem criminalizá-las, e tão-só vedadas quando se verificasse

31 Registre-se que a ICC foi criada e implantada no primeiro mandato do Presidente Groover Cleveland (1885-1889), eleito pelo partido Democrata.

32 Cf. the 1912 Democratic Party Platform. No original: “A *private monopoly is indefensible and intolerable (...)*We regret that the Sherman anti-trust law has received a judicial construction depriving it of much of its efficiency and we favor the enactment of legislation which will restore to the statute the strength of which it has been deprived by such interpretation.”

33 Cf., sobre essas dificuldades, WINERMAN, 2003.

que elas causavam redução substancial de competição, ou tendessem a criar um monopólio em qualquer ramo de atividade econômica (... *may be to substantially lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce*).

Conforme esse projeto cada vez mais se afastava de sua estrutura inicial, fortaleceu-se a proposta de que uma abordagem eficaz para evitar monopólios privados seria inibir as iniciativas de empresários com o objetivo de instituí-los e mantê-los. Uma linha de argumentação adotou o pressuposto de que tais monopólios, em última análise, seriam concentrações econômicas artificiais que só se firmavam mediante supressão da concorrência³⁴. Essa mudança de abordagem encontrou sua síntese na proposição de que se deveria regular a concorrência (*regulate competition*), ao invés de se disciplinar monopólios (*regulate monopolies*)³⁵, proposta que acabou se traduzindo juridicamente em proteger a concorrência, com posto na Lei Clayton, e em se declarar ilegais os métodos injustos de concorrência comercial, mediante disposição inserta na lei que criou a FTC.

De modo a permitir melhor consenso entre democratas e o grupo de republicanos progressistas, o projeto de lei que tratava de um órgão técnico foi alterado para se instituir nova agência reguladora independente, e com esse formato conseguiu aprovação nas duas casas do Congresso³⁶, sendo sancionado pelo Presidente Woodrow Wilson em 26 de setembro de 1914, semanas antes da Lei Clayton³⁷.

4. A LEI DE CRIAÇÃO DA FTC

A lei³⁸ que instituiu a FTC³⁹ originalmente foi promulgada com 11 capítulos (*sections*) que trataram de aspectos administrativos e medidas *antitrust*⁴⁰. Editada em uma época em que ainda não estavam presentes leis

34 Raciocínio que também permitia construir uma proposta capaz de unir democratas e republicanos progressistas.

35 Cf. BRANDEIS, 1912. No original: “*Shall we regulate competition, or shall we regulate monopoly? That means, of course, shall we legalize monopoly, and I take it that the position which is clearly drawn between the views of the new party and of others-and particularly the Democratic Party-is this: The new party claims that private monopoly in industry is in some branches desirable, or at all events is inevitable, and that the effort of the government should be confined to limiting the field of monopoly and preventing the abuses which ordinarily attend monopolies. The Democratic position, on the other hand, is that private monopoly in industry is never permissible; it is never desirable, and is not inevitable; competition can be reserved, and where it is suppressed, can be restored.*”

36 Cf., sobre detalhes dessa tramitação, STEVENS, 1914.

37 Cf., sobre a lei Clayton de 1914, DINIZ, 2019.

38 38 Stat. 717, September 26, 1914. *An Act to create a Federal Trade Commission, to define its powers and duties, and for other purposes.*

39 HARVEY; BRADFORD, 1916.

40 BUTLER; LINDE, 1915.

administrativas federais de caráter geral e ordenador⁴¹, ela tratou de atribuições e procedimentos administrativos em muito inspirados no modelo e na experiência regulatória da ICC, de modo a direcioná-los para a sua principal tarefa, que seria a de impedir a formação e a manutenção de concentrações empresariais construídas mediante atos ilícitos de concorrência.

Assim, ela foi composta por cinco comissários com mandatos não coincidentes, de até sete anos, escolhidos pelo Presidente da República com o consentimento do Senado, sendo que não mais que três deles poderiam ser membros do mesmo partido político (...*Not more than three of the commissioners shall be members of the same political party*), podendo o Presidente removê-los por incompetência, negligência ou cometimento de ilícitos no exercício do cargo. (*Any commissioner may be removed by the President for inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office*)⁴². Também nos moldes da ICC, a lei estabeleceu a relativa presunção de veracidade dos fatos encontrados pela Comissão em suas investigações (... *The findings of the Commission as to the facts, if supported by testimony, shall be conclusive.*)⁴³ e deslocou a jurisdição de exigibilidade e impugnação das decisões da FTC para a segunda instância (*Circuit Court of Appeals*).

Um aspecto relevante da lei foi o de que a FTC absorveu a estrutura e as funções do *Bureau of Corporations*, recebendo assim poderes amplos para estudar e investigar as empresas e estabelecer procedimentos para que elas prestassem informações, excetuados os bancos e as empresas de transporte de interesse público (*common carriers*), que permaneceram, respectivamente, sob as atribuições do *Federal Reserve* e da ICC. Esse poder de investigar foi reforçado com a possibilidade de a FTC requerer depoimentos, testemunhos e a apresentação de documentos, sob pena de multa e prisão em caso de desobediência. Destaque-se ainda que, a requerimento da Procuradoria dos EUA (*U.S. Attorney-General*), a FTC poderia investigar empresas e recomendar ajustes para que elas se adequassem à legislação *antitrust*, atuando, assim, de forma não litigiosa.

A missão maior atribuída à FTC, porém, foi a de, mediante o emprego de devido processo legal em que se verificasse a presença de interesse público (...*in respect thereof would be to the interest of the public*), decidir a respeito de condutas que caracterizassem o uso de métodos injustos de competição comercial e ordenar a sua cessação, podendo exigir o cumprimento desta ordem em juízo, caso desobedecida. Nessa perspectiva, a comissão poderia proibir

41 Como se verá no *Administrative Procedure Act-APA* de 1946.

42 MANNERS; MENAND, 2021.

43 Prevendo ainda que adicionais fatos poderiam ser levados a juízo, provando-se motivo adequado para não terem sido apresentados perante a FTC.

tais condutas também de forma preventiva, evitando que se formassem as concentrações ilícitas vedadas pela Lei Sherman⁴⁴.

4.1 DOS MÉTODOS INJUSTOS DE COMPETIÇÃO COMERCIAL

Um ponto inovador colocado na lei que criou a FTC se encontra na sua quinta seção, que declara ilegais os métodos injustos de competição comercial (*That unfair methods of competition in commerce are hereby declared unlawful*), dispositivo no qual a comissão fundamenta seu poder para ordenar a cessação das respectivas condutas ilícitas⁴⁵. Esse conceito, nesta lei formulado como uma diretriz geral (*standard*), não era tradicional ao *common law*, sendo sua aparição no sistema jurídico dos EUA um evento ocorrido na passagem do século XIX ao XX.

Sobre essa inserção, lembre-se o desenvolvimento, na França do século XIX, de ações de concorrência desleal fundadas na cláusula geral de responsabilidade posta no art. 1.382 do Código Civil francês de 1804⁴⁶. Tais ações buscavam reparação por danos advindos de comerciantes que competiam adotando conduta imoral ao ponto de ser considerada ilícita, geralmente pelo uso de fraude, simulação, suborno de empregados ou coação, desse modo ocasionando prejuízos a concorrentes. Essa classe de ações era mais conhecida no sistema anglo-americano pelo termo “*passing-off*”, utilizado principalmente nos casos de uso enganador de identificações e marcas de comércio e indústria.

Registre-se também que, no final do século XIX já se encontrava, na doutrina dos EUA⁴⁷ a utilização da expressão “*unfair competition*” em referência à locução “*concurrence déloyale*”, ou seja, a respeito de ações judiciais oferecidas por competidores com apoio no fato de que a conduta ilícita do concorrente causava danos a interesses patrimoniais mercantis, tais como reputação e aviamento objetivo (*goodwill*), por essa via ilegalmente reduzindo a capacidade de o lesado exercer a atividade empresarial e obter clientela. Ademais, o termo “*unfair competition*” ingressou expressamente no direito federal dos EUA com adesão deste, no ano de 1900, ao ato adicional que inseriu, na Convenção de Paris de 1883 sobre Propriedade Industrial, a proteção contra a concorrência desleal em seu art. 10-bis, na versão em inglês traduzida por *unfair competition*.

44 Cf. AVERITT, 1980. No original: “*Section 5 will also reach conduct that threatens an incipient violation of either of those statutes. The Commission is empowered to make expert business judgments about the probable consequences of certain activities, and to prohibit those likely to result in future antitrust violations*”

45 FTC Act, Section 5. No original: (...) *The Commission is hereby empowered and directed to prevent persons, partnerships, or corporations, except banks and common carriers, subject to the acts to regulate commerce, from using unfair methods of competition in commerce.*

46 Cf., sobre o desenvolvimento das ações de combate à concorrência desleal na França do século XIX, DINIZ, 2003.

47 MITCHELL, 1896. No mesmo sentido, uma década após, Cf. BARNETT, 1906.

O que se viu, em sequência, é que o emprego da expressão *unfair competition* nos debates *antitrust* não derivou diretamente da jurisprudência federal, mas foi uma iniciativa de órgãos do Executivo federal, como aparece no relatório anual feito no ano de 1904 pelo *Bureau of Corporations*⁴⁸, sendo um conceito sistematicamente utilizado nas ações *antitrust* promovidas pela União. Quando dos debates parlamentares a respeito de inseri-la na lei de criação da FTC, os legisladores, para evitar que o uso se limitasse ao sentido relacionado à propriedade industrial, ressaltaram a palavra “métodos” (*unfair methods of competition*)⁴⁹ para deixar claro que se tratava de noção mais ampla⁵⁰, apontando para o fato de que ela já estava presente no julgado da Suprema Corte a respeito da *Standard Oil*⁵¹.

Por essas balizas, os métodos injustos de competição que deveriam ser impedidos pela FTC seriam aqueles empregados de modo a violar as proibições das Leis Sherman e Clayton⁵², verificando-se, na jurisprudência *antitrust* da época, referências a condutas tais como manipulação de preços, discriminação em descontos, acordos de exclusividade, boicotes, falsas empresas competidoras, e até mesmo espionagem e coerção de concorrentes⁵³. Assim, a FTC foi considerada primordialmente como uma agência *antitrust*, só se adicionando as suas atribuições o combate geral às fraudes mercantis no ano de 1938, mediante expresse aditivo legal, o qual permitiu à FTC exercer seus poderes de regular,

48 Cf. UNITED STATES. GOVERNMENT. Annual Report of the Commissioner of Corporations, 1904, p. 40. No original: “*The second class of legislation, usually a part of “anti-trust” laws, but having no necessary connection with combinations or trusts, is that which prohibits rebates, discriminations, and unfair competition. This legislation is based on an entirely different principle and is fundamentally correct. It is aimed not at the restraint of combination as such, or the maintenance of competition, but at regulating the methods of competition.*”

49 RUBLEE, 1926.

50 WINERMAN, 2003.

51 *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, at 221. No original: “*Without attempting to follow the elaborate averments on these subjects spread over fifty-seven pages of the printed record, it suffices to say that such averments may properly be grouped under the following heads: rebates, preferences and other discriminatory practises in favor of the combination by railroad companies; restraint and monopolization by control of pipelines, and unfair practises against competing pipelines; contracts with competitors in restraint of trade; unfair methods of competition, such as local price-cutting at the points where necessary to suppress competition; espionage of the business of competitors, the operation of bogus independent companies, and payment of rebates on oil, with the like intent;*” (destacamos)

52 Cf. STEVENS, 1916, p. 52. No original: “*In order to obtain this desired and highly necessary result our new trust legislation has prohibited unfair methods of competition and given the trade commission jurisdiction to prevent them under an arrangement which is admirably adapted for this purpose. Now the contention can be forcibly advanced that all unfair methods of competition fall within the scope of either the “restraint of trade” or “monopoly” sections of the Sherman Anti-trust Act. In other words, all acts of unfair competition are either contracts, combinations or conspiracies in restraint of trade, or else constitute monopolization, attempts to monopolize, or combinations and conspiracies to monopolies.*”

53 *Ibidem*, p. 38.

fiscalizar e fazer cumprir as leis também para proteger os consumidores contra condutas comerciais injustas ou enganadoras⁵⁴.

4.2 PROCEDIMENTOS

Com apoio na experiência da ICC, a lei também tratou de procedimentos formais para o exercício dos poderes da FTC, bem como sua interação com ações judiciais. Para ela ordenar a cessação de condutas, autos completos (*records*) deveriam registrar o procedimento adotado, que iniciavam com a intimação da pessoa acusada por elenco expresso das acusações, concedendo-lhe prazo não inferior a trinta dias para se defender, também facultando que terceiros interessados participassem desse procedimento. Na hipótese de a Comissão concluir pela presença de método ilícito de competição, ela determinaria ao infrator a cessação da respectiva conduta (*to cease and desist from using such method of competition*).

Desobedecida tal determinação, a FTC poderia requerer seu cumprimento em juízo, ingressando diretamente na segunda instância (*circuit court of appeals of the United States*) onde deveria apresentar o completo registro documental dos procedimentos adotados. O tribunal poderia autorizar a produção de provas adicionais, caso aceita justa causa para a parte não as ter apresentado durante os procedimentos administrativos e, ao final, ele deveria decidir ratificando, modificando ou negando o pedido cominatório. Desse julgamento não caberia recurso, exceto o apelo à Suprema Corte nas hipóteses permitidas aos litígios em geral (*upon certiorari*).

4.3 INSERÇÃO DA FTC NO SISTEMA ANTITRUSTE

A criação da FTC mostrou-se uma relevante adição ao sistema estatal de combate às concentrações empresariais, o qual, no final do ano de 1914, estabilizou parte significativa de seus fundamentos, como se vê a seguir.

O eixo central da disciplina *antitrust* se localiza nas determinações da Lei Sherman de 1890, no sentido de que os acordos e combinações para restringir o comércio e as ações voltadas a monopolizar mercados constituem ilícitos civis e penais que podem ser combatidos diretamente pelo Estado, ou por particulares, mediante o oferecimento de ações judiciais. Essa abordagem, de regulação mediante ações judiciais, vai ser continuada pela Lei Clayton de 1914, a qual, sem prever sanções penais, estabeleceu expressamente a ilicitude das condutas que tendessem a lesar ou efetivamente lesassem de modo substancial a concorrência, adicionando a esse rol a previsão de que também seriam ilegais as fusões e aquisições que causassem tais resultados, em tudo reforçando a possibilidade de

54 Cf. the Wheeler-Lea Act of 1938, pelo qual o texto da quinta seção do Federal Trade Commission Act foi reformulado para “(..) *Unfair methods of competition in commerce, and unfair or deceptive acts or practices in commerce, are declared unlawful.*” (destacamos)

particulares ingressarem com ações judiciais para conseguir a cessação dessas ilegalidades e, em valor triplicado, as reparações decorrentes.

Já a FTC foi investida de poder administrativo e capacidade técnica para fiscalizar e ordenar a cessação de violações às referidas Leis Sherman e Clayton, sem prejuízo de ocorrer incidental revisão judicial de suas decisões, como também de necessária intervenção judicial para ela exigir obediência a seus comandos. Sua organização administrativa seguiu os parâmetros da ICC, pelos quais um órgão com autonomia administrativa e financeira, comandado por uma comissão independente nomeada pelo Presidente da República, mediante aprovação do Senado, exerce seus poderes decidindo sobre a presença ou não de ilícitos de forma colegiada, assim regulando por adjudicação, de maneira similar ao agir dos tribunais judiciais.

5. APROXIMAÇÃO DAS FORMAS INSTITUCIONAIS DA FTC E DO CADE

Ao se comparar os originais traços distintivos da FTC com os do atual Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE brasileiro, uma forte proximidade pode ser percebida. Em modo similar à FTC, o CADE é um órgão administrativo federal (autarquia federal) com a missão precípua de decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as respectivas penalidades administrativas, que se desdobram em multas e cominações⁵⁵. Na mesma linha, ele é comandado por uma diretoria colegiada (conselheiros) cujos integrantes são nomeados pelo Presidente da República com confirmação pelo Senado federal⁵⁶ e protegidos contra demissões arbitrárias⁵⁷.

No que concerne ao seu modo de atuação, o CADE dispõe de poderes de fiscalização que são exercidos com auxílio de um departamento de estudos econômicos, o qual deve apoiar técnica e cientificamente as decisões do órgão⁵⁸. Cabe ao CADE monitorar e acompanhar as práticas empresariais, podendo requisitar informações, documentos e tomar depoimentos⁵⁹, de modo a atuar de maneira preventiva ou repressiva contra infrações à ordem econômica⁶⁰. Principalmente, o seu poder regulador se expressa pela atribuição para declarar a presença ou não de ilícitos relativos à defesa da concorrência e estabelecer proibições e sanções administrativas decorrentes⁶¹. Não sendo obedecido, o CADE deverá pedir o cumprimento de suas determinações ao Poder Judiciário⁶².

55 Lei 12.529/11, art. 4º e art. 9º, II.

56 *Ibidem*, art. 6º.

57 *Ibidem*, art. 7º.

58 *Ibidem*, art. 17.

59 *Ibidem*, art. 13, VI.

60 *Ibidem*, art. 13, II e II.

61 *Ibidem*, art. 36 e art. 88, §5º.

62 *Ibidem*, art. 93.

Quanto ao seu modo de funcionamento, o CADE deverá zelar pela defesa da concorrência mediante decisões colegiadas sobre a ilegalidade de condutas aptas a causar significativos danos, potenciais ou já concretizados, à concorrência. Para tanto, os conselheiros são organizados num tribunal administrativo⁶³, nele decidindo sobre condutas empresariais singulares que podem afetar de modo ilícito a concorrência, o que lhes permite regular mediante adjudicação. Essas decisões não poderão ser alteradas por integrantes do Poder Executivo, inclusive pelo Presidente da República⁶⁴, desse modo se estabelecendo a autonomia do poder regulador do CADE ao aplicar a lei, mas sem olvidar que tais decisões são passíveis de revisão pelo Poder Judiciário.

Certa mitigação, porém, em face das prerrogativas da FTC, pode ser percebida quanto à autonomia administrativa do CADE, pois nos demais aspectos organizacionais ele se subordina às normas gerais sobre autarquias federais, devendo encaminhar sua proposta orçamentária ao Poder Executivo⁶⁵ e aplicar as leis gerais sobre servidores públicos e licitações, com também seguir as disposições federais sobre execução orçamentária⁶⁶. Do mesmo modo, os poderes para gerir seu trabalho jurídico de forma independente (*independent agency litigation*) foram abordados na lei de regência^{67,68}, mas eles devem ser harmonizados com a previsão de reserva de atribuições de representação judicial, consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo à Advocacia-Geral da União e seus órgãos vinculados, todas essas situações um pouco afastadas das linhas gerais de independência como atribuída à FTC⁶⁹.

Nesse quadro comparativo, observa-se que, sem embargo de a legislação brasileira sobre concorrência também receber influências de outros países, o modelo adotado na criação da FTC bem explica as feições atuais do CADE como hoje normativamente traçadas no Brasil

6. CONCLUSÃO

Uma referência política comum nos EUA, forte no período de criação da FTC, é o temor a respeito de poderes desmedidos concedidos a uma autoridade individual, em especial aos chefes do Poder Executivo, tanto em nível local como nacional. Assim, o incremento dos serviços administrativos federais pode redundar numa expansão do poder e autoridade do Presidente da República, o que suscitava ressalvas tanto dos estados como dos demais poderes da União.

63 Ibidem, art. 4°.

64 Ibidem, art. 9°, XIX, §2°.

65 Ibidem, art. 22 e art. 29.

66 Ibidem, art. 21, §1°.

67 Ibidem, art. 15.

68 BREGER; EDLES, 2015.

69 DATLA; REVERSZ, 2013.

Nesse quadro, a criação de órgãos administrativos independentes em relação à chefia do Poder Executivo facilitou os arranjos institucionais necessários à expansão do *administrative state* naquele país.

Relativamente a questões *antitrust*, a criação de um órgão regulador independente ajudou a equilibrar a ação dos poderes da União, aumentando a capacidade de intervenção do Congresso na matéria, em face tanto do Presidente da República como da Suprema Corte, particularmente, naquele contexto, por ela ter ampliado mediante escolhas hermenêuticas sua discricionariedade para permitir ou proibir concentrações empresariais. A criação da FTC também recebeu parcial apoio empresarial, uma vez que instituiu acesso mais rápido, próximo e técnico para os empresários dialogarem com a administração federal, cuja expansão já se mostrava indispensável à estabilidade da economia industrial.

É reconhecido que a estruturação da FTC se moldou largamente na experiência da ICC, reforçando a percepção de que as concentrações empresariais demandavam enfrentamento por órgãos estatais permanentes, capazes de decidir sobre temas de alta complexidade. Destaque-se, entretanto, que, no caso da FTC, imaginou-se uma especialização apta a lidar com um conceito largo – a concorrência – independente de setores econômicos específicos, pressupondo-se existir abordagem capaz de solucionar tais questões de modo homogêneo. A técnica adotada para viabilizar essa tarefa, orientada para alcançar objetivo tão amplo, foi a de legislar mediante diretrizes gerais (*standards*), assim se afastando a proposta de proibição literal de posições dominantes (*private monopolies*) para substituí-la pela ênfase na regulação da concorrência, quando reconhecido o interesse público em sua promoção. A proteção da concorrência econômica pelo Estado será, então, determinante para a aplicação da Lei Sherman, como complementada pela Lei Clayton, e assim também balizará as ações da FTC, a qual foi incumbida de efetivar essas leis combatendo e fazendo cessar métodos ilegais de competição empresarial.

Ao se decidir por tal arranjo, esperava-se que uma política econômica fundada na tríade propriedade, contrato e concorrência permitiria, enfim, a continuidade do exponencial crescimento econômico em curso sem que permanecessem a instabilidade e os abusos empresariais que abalavam os EUA, traçando-se limites definidos a respeito da necessária intervenção do Estado na ordem econômica. No entanto, ao serem finalizadas as referidas Leis Clayton e de criação da FTC, iniciou-se, a partir de agosto de 1914, a primeira guerra mundial. Nos mais de quatro anos subsequentes de confronto bélico, a intervenção estatal na atividade empresarial passou a ser regra geral, inclusive nos EUA, alterando-se de modo permanente as percepções sobre a necessidade e os eventuais benefícios e malefícios de o Estado regular a economia de modo mais incisivo.

No novo quadro econômico surgido após essa guerra, a qual se estendeu até o ano de 1918, a defesa da concorrência passou a ser apenas mais um instrumento disponível para o Estado estimular o desenvolvimento econômico, instrumento esse que foi sendo replicado por vários países à medida que a economia industrial se expandia, entre eles, o Brasil na segunda metade do século XX.

Cabe apontar, por fim, que os dois planos que se entrelaçam quando da criação da FTC, os quais envolvem, por sua vez, a instituição de um órgão administrativo e o modo como ele participa da defesa da concorrência, constituem-se por escolhas fundamentais dos EUA a respeito da organização de sua administração pública federal e sobre o que deve ser combatido para se proteger e estimular a concorrência, elementos esses que não se repetem integralmente na história institucional de outros países. Nesse sentido, ao se estruturar um órgão com composição e funcionamento similares à FTC em diferentes ordens nacionais, mostra-se razoável a necessidade de adaptação do ordenamento nelas preexistente.

Nessa perspectiva, analisando-se a atual constituição do CADE brasileiro conforme a legislação em vigor, é possível constatar que ela se inspirou em grande parte na organização da FTC. Entretanto, num país que por muitos anos estruturou a sua administração pública e a defesa da concorrência de modo diferente dos EUA, a inserção desse modelo no Brasil acarreta certa mitigação de relevantes aspectos da forma institucional original da FTC, como os que dizem respeito a sua independência orgânica em relação ao Poder Executivo, bem como os meios que lhe são oferecidos para exercer a sua missão institucional.

Espera-se, ao se finalizar o estudo com essa comparação, que a exposição das origens da FTC também colabore com a compreensão do modo como hoje se organiza e funciona o CADE, assim auxiliando, quanto à defesa da concorrência, reflexões sobre as escolhas nacionais, presentes e futuras, voltadas a promover desenvolvimento econômico capaz de melhorar as condições de vida da população brasileira.

REFERÊNCIAS

AVERITT, Neil. The Meaning of ‘Unfair Methods of Competition’ in Section 5 of the Federal Trade Commission Act. *Boston College Law Review*, vol. 21, no. 2, January 1980.

BARNETT, Otto. The Evolution of the Law on Unjust Trade and Unfair Competition. *Annual Report of the American Bar Association*, 29, 1906.

BRANDEIS, Louis. The Regulation of Competition Versus the Regulation of Monopoly by Louis D. Brandeis - An address to the Economic Club of New York on November 1, 1912; *Year Book of the Economic Club of New York*,

volume III - containing the addresses of the season 1912-1913. Disponível em: <https://www.econclubny.org/documents/10184/109144/YearBook1912-13.pdf>. Acesso em 01/04/2024.

BRASIL. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em 01/04/2024.

BREGER, Marshall; EDLES, Gary. **Independent Agencies in the United States: law, structure, and politics.** New York: Oxford University Press, 2015.

BUTLER, Rush; LYNDE, Cornelius. **The Federal Trade Commission.** Chicago: Callaghan and Company, 1915.

DATLA, Kirti; REVERSZ, Richard. Deconstructing Independent Agencies (and Executive Agencies). *Cornell Law Review*, vol. 98, no. 4, May 2013.

DINIZ, Davi. Complementar as leis existentes contra ilegais monopólios e restrições à atividade econômica: A Lei Clayton de 1914. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 75, pp. 155-180, jul./dez. 2019.

DINIZ, Davi. Contra ilegais monopólios e restrições à atividade econômica: a Lei Sherman de 1890. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 73, pp. 173-204, jul./dez. 2018.

DINIZ, Davi. **Propriedade industrial e segredo em comércio.** Belo Horizonte: Ed. DelRey, 2003.

DINIZ, Davi; NEVES, Rubia. Do controle público da moeda e do crédito: a criação do United States Federal Reserve System em 1913. In: SANTIAGO, Marcus; TOLEDO, Cláudia. (coord) **Transformações na ordem social e econômica e regulação.** Florianópolis: CONPEDI, 2019.

ELLIS, William. State Railroad Commissions. *University of Pennsylvania Law Review*, 41, 1893.

ELLIS, William. State Railroad Commissions (Continued). *University of Pennsylvania Law Review*, 41, 1893.

ELY JR., James. The Troubled Beginning of the Interstate Commerce Act. *Marquette Law Review*, vol. 95, no. 4, Summer 2012.

HARVEY, Richard; BRADFORD, Ernest. **A Manual of Federal Trade Commission.** Washington: John Byrne & Company, 1916

HOOGENBOOM, Ari; HOOGENBOOM, Olive. **A History of the ICC: From Panacea to Palliative.** New York: Norton, 1976.

JOHNSON, Arthur. Theodore Roosevelt and the Bureau of Corporations. *The Mississippi Valley Historical Review*, vol. 45, no. 4, March 1959.

KANAZAWA, Mark; NOLI, Roger. **The Origins of State Railroad Regulation: The Illinois Constitution.** In: GOLDIN, Claudia; LIBECAP, Gary. *A Historical Approach to Political Economy.* Chicago: University of Chicago Press, 1994.

KOLASKY, William. The Election of 1912: A Pivotal Moment in Antitrust History. *Antitrust*, vol. 25, no. 3, Summer 2011.

LAMOREAUX, Naomi. **The Great Merger Movement in American Business, 1895-1904.** Cambridge, CUP, 1985.

LETWIN, William. **Law and Economic Policy in America:** the evolution of the Sherman antitrust act. New York, Random House, 1954.

MANNERS, Jane; MENAND, Lev. The Three Permissions: Presidential Removal and the Statutory Limits of Agency. *Columbia Law Review*, vol. 121, no. 1, January 2021.

MASHAW, Jerry. Federal Administration and Administrative Law in the Gilded Age. *Yale Law Journal*, vol. 119, no. 7, May 2010.

MITCHELL, Oliver. Unfair Competition. *Harvard Law Review*, vol. 10, no. 5, 1896-1897.

RUBLEE, George. The Original Plan and Early History of the Federal Trade Commission. *Proceedings of the Academy of Political Science in the City of New York*, vol. 11, No. 4, Trade Associations and Business Combinations, January 1926.

SKOWRONEK, Stephen. **Building a New American State:** the expansion of national administrative capacities-1877-1920. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

STEVENS, William. The Trade Commission Act. *The American Economic Review*, vol. 4, no. 4, December 1914.

STEVENS, William. Unfair Methods of Competition and Their Prevention. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 63, 1916.

UNITED STATES OF AMERICA. Congress of United States. **Preliminary Report on Trusts and Industrial Combinations - Part.1, 2.** Washington: Government Printing Office, 1900. Disponível em: <https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.149774/page/n7/mode/2up>. Acesso em 01/04/2024.

UNITED STATES OF AMERICA. Government. **Annual Report of the Commissioner of Corporations, 1903-04.** Washington: Government Printing Office, 1900-1904. Disponível em: <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=hvd.32044105550016&seq=9>. Acesso em 01/04/2024.

UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. **United States v. American Tobacco Co., 221 U.S. 106 (1911).** Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/106/>. Acesso em 01/04/2024.

UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. **Standard Oil Co. of New Jersey v. United States**, 221 U.S. 1 (1911). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/>. Acesso em 01/04/2024.

UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. **Northern Securities Co. v. United States**, 193 U.S. 197 (1904). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/193/197/>. Acesso em 01/04/2024.

UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. **United States v. Joint Traffic Association**, 171 U.S. 505 (1898). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/171/505/>. Acesso em 01/04/2024.

UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. **United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n**, 166 U.S. 290 (1897). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/166/290/>. Acesso em 01/04/2024.

UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. **In re Debs**, 158 U.S. 564 (1885). Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/158/564/>. Acesso em 01/04/2024.

UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. **Munn v. Illinois**, 94 U.S. 113 (1876). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/94/113/>. Acesso em 01/04/2024.

UNITED STATES OF AMERICA. United States Supreme Court. **Wabash, St. Louis & Pacific Railway Company v. Illinois**, 118 U.S. 557 (1886). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/118/557/>. Acesso em 01/04/2024.

UNIVERSITY OF CALIFORNIA - SANTA BARBARA. **1912 Democratic Party Platform**. Disponível em: <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/1912-democratic-party-platform>. Acesso em 01/04/2024.

WILSON, Woodrow. **The Study of Administration**. Political Science Quarterly, vol. 2, no. 2, June 1887.

WINERMAN, Marc. The Origins of the FTC: Concentration, Cooperation, Control, and Competition. **Antitrust Law Journal**, vol. 71, no. 1, 2003.

Recebido em: 10/04/2024

Aprovado em: 16/07/2024

TRANSFERÊNCIA DE EXECUÇÃO DA PENA NO DIREITO BRASILEIRO: OBJETIVOS, REQUISITOS E PROCEDIMENTOS

TRANSFER OF THE ENFORCEMENT OF JUDGMENTS IN BRAZILIAN LAW: PURPOSES, REQUIREMENTS AND PROCEDURES

ELY CAETANO XAVIER JUNIOR*

RESUMO

Nas últimas duas décadas, o Brasil intensificou esforços para consolidar sua cooperação jurídica internacional, o que se refletiu em um aumento nos pedidos de cooperação jurídica tramitados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública. Em matéria penal, essa cooperação engloba, entre outros instrumentos, a transferência de execução da pena. Esse instituto permite que um Estado solicite a execução de uma pena por outro Estado, especialmente quando o condenado tem residência habitual ou é nacional deste último. A Lei de Migração trouxe sistematização sobre esse tema, com o objetivo essencial de combater a impunidade, especialmente quando nacionais são condenados no exterior e retornam ao Brasil. Sustenta-se que a transferência de execução da pena é plenamente aplicável a nacionais brasileiros, sem conflitar com a proteção constitucional em casos de extradição. O exame da legislação e dos precedentes judiciais indica que a execução da pena depende de uma avaliação dos requisitos legais pelo Ministério da Justiça, seguida da homologação da sentença penal estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça. Em conclusão, a transferência de execução da pena representa um instrumento moderno que amplia as capacidades de persecução criminal, complementando o aparato de cooperação jurídica internacional existente no Brasil. Seu correto entendimento e aplicação fortalecem a cooperação jurídica internacional em matéria penal, assegurando eficácia das sentenças penais nos casos em que a extradição não é possível.

ABSTRACT

Over the past two decades, Brazil has intensified its efforts to solidify its international legal cooperation, which has resulted in an increase in legal cooperation requests processed by the Ministry of Justice and Public Security. In criminal matters, cooperation includes, among other instruments, the transfer of the enforcement of judgments. This mechanism allows one State to request another State to enforce a judgment rendered by the courts of the former, especially when the convicted has habitual residence in or is a national of the latter. The Migration Law introduced a systematization on this matter, primarily aiming at reducing impunity, specifically when nationals are convicted abroad and return to Brazil. This paper argues that the transfer of the enforcement of judgments is fully applicable to Brazilian nationals, without conflicting with the constitutional protection existing in cases of extradition. Examining the legislation and court precedents suggests that the transfer of the enforcement of judgments entails an assessment of the legal requirements by the Ministry of Justice, followed by the recognition of the foreign criminal judgment by the Superior Court of Justice. In conclusion, the transfer of the enforcement of judgments emerges as a modern instrument that broadens the capabilities of criminal prosecution, complementing the existing international legal cooperation system in Brazil. Accurately understanding and applying the transfer of the enforcement of judgments

* Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Doutor em Direito pela Universidade de Genebra. Professor de Direito Internacional da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. E-mail: exavier@ufrj.br. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-6995-4297>.

PALAVRAS-CHAVE: Transferência de execução da pena. Cooperação jurídica internacional. Lei de Migração. Homologação de sentença penal estrangeira.

strengthen international legal cooperation in criminal matters, ensuring the effectiveness of criminal judgments in cases where extradition is not feasible.

KEYWORDS: *Transfer of the enforcement of judgments. International legal cooperation. Migration Law. Recognition of foreign criminal judgments.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Objetivo essencial da transferência de execução da pena. 2. Aplicabilidade da transferência de pessoas condenadas aos nacionais. 3. Procedimentos e requisitos da transferência de execução da pena na Lei de Migração. 4. Homologação das sentenças penais estrangeiras. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Nas últimas duas décadas, o Brasil procurou estruturar e aprofundar as redes e os instrumentos de cooperação jurídica internacional, um esforço para atender tanto ao princípio constitucional da cooperação entre os povos nas relações internacionais,¹ quanto à imperativa necessidade de fazer circular atos jurídicos em uma realidade de intensa movimentação transnacional de pessoas e coisas. Os resultados concretos desse esforço se fazem sentir na tendência de aumento geral dos pedidos de cooperação jurídica internacional, identificada pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública em seus registros estatísticos.²

Em matéria penal, a cooperação jurídica internacional abrange, além dos pedidos de concessão de *exequatur* às cartas rogatórias e de auxílio direto, os esforços de recuperação de ativos e a investigação conjunta. Somam-se a esses instrumentos, os pedidos de extradição – com histórico mais longo no ordenamento jurídico brasileiro – transferência de pessoas condenadas e transferência da execução da pena.³ Em relação a esses três institutos, a Lei de Migração (Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017) procurou atualizar e sistematizar as regras e procedimentos dos pedidos recebidos e enviados pelo Brasil.⁴ Nesse particular, a principal inovação legislativa foi regular a

1 É o que determina o inciso IX do Artigo 4º da Constituição. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988, p. 1.

2 Os pedidos de cooperação jurídica internacional aumentaram de 2.892 em 2004 para 6.396 em 2021, com um pico de 7.012 em 2019. BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Indicadores DRCI/SENAJUS/MJSP – 2021: cooperação jurídica internacional*. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/cooperacao-internacional/estatisticas/>>. Acesso em: 23 set. 2023.

3 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Manual de Cooperação Jurídica Internacional: matéria penal e recuperação de ativos*. 4ª ed. Brasília: MJSP, 2019.

4 O tema é objeto do capítulo VIII da Lei de Migração, que compreende os Artigos 81 a 105.

transferência de execução da pena no âmbito do ordenamento jurídico interno, embora tratados anteriores de que o Brasil faz parte já cuidassem do tema em circunstâncias específicas.

O instituto da transferência de execução da pena corresponde ao instrumento de cooperação jurídica internacional em matéria penal, por meio do qual um Estado pode solicitar que uma pena por ele imposta seja executada por outro Estado, nos casos em que a pessoa sobre a qual recai a condenação penal se encontra neste outro Estado porque, por exemplo, é nacional deste Estado ou neste tem sua residência habitual. Em razão de sua regulação mais recente, a transferência de execução da pena tem sido ainda pouco utilizada,⁵ o que contribui para uma relativa indefinição de seus contornos, objetivos e âmbito de aplicação. Em paralelo, os debates enérgicos em casos de repercussão social contribuem para que a compreensão do instituto seja contaminada pela defesa de teses específicas de interesse desses mesmos casos.⁶ Neste artigo, propõe-se, portanto, uma análise detalhada da transferência de execução da pena e de seu papel para a cooperação jurídica internacional em matéria penal no Brasil.

Em primeiro lugar, os elementos da história legislativa da Lei de Migração e da aprovação dos tratados que cuidam da transferência de execução da pena serão resgatados para demonstrar que o objetivo essencial do instituto é combater a impunidade, especialmente nos casos de nacionais condenados no exterior que logram retornar aos seus Estados de nacionalidade. Na segunda seção, defende-se a aplicabilidade do instituto da transferência da execução da pena aos nacionais, afastando o questionamento de eventual inconstitucionalidade em razão da proteção constitucional conferida aos nacionais nos casos de extradição, mas não nos casos de transferência de execução da pena. Na terceira seção, os requisitos e os procedimentos da transferência de execução da pena são analisados para identificar as competências precisas dos órgãos envolvidos e a compatibilidade dos requisitos com o ordenamento jurídico brasileiro. Na quarta seção, debruça-se especificamente sobre a etapa de reconhecimento da sentença penal para argumentar que a Lei de Migração quis introduzir nova hipótese de homologação da sentença penal estrangeira no ordenamento jurídico brasileiro. Espera-se, desse modo, que o artigo contribua para o debate

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017 [Lei de Migração]. *Diário Oficial da União*, 25 mai. 2017, p. 1

5 De acordo com os dados do Ministério da Justiça e Segurança Pública, os pedidos de transferência de execução da pena correspondiam a apenas 1% dos pedidos em matéria penal tramitados pelo órgão ao longo de 2021. BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Indicadores DRCI/SENAJUS/MJSP – 2021: cooperação jurídica internacional*. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/cooperacao-internacional/estatisticas/>>. Acesso em: 23 set. 2023.

6 O julgamento da Homologação de Decisão Estrangeira nº 7.986 pelo Superior Tribunal de Justiça, no que ficou conhecido como “caso Robinho”.

sobre a transferência de execução da pena e, em consequência, para o progresso da cooperação jurídica internacional no Brasil.

1. OBJETIVO ESSENCIAL DA TRANSFERÊNCIA DE EXECUÇÃO DA PENA

Na proposição originária que deu origem à Lei de Migração, o tema da cooperação jurídica internacional não foi objeto de preocupação, pois se pretendia manter em vigor as disposições do Estatuto do Estrangeiro que regulavam a extradição. Nesse particular, a justificativa do projeto de lei revela que, na opinião do parlamentar proponente, a extradição deveria ser regulada em projeto de lei específico sobre cooperação jurídica internacional.⁷ Entretanto, na Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, à qual competia a análise terminativa do projeto no âmbito do Senado Federal, o relator apresentou substitutivo ao projeto de lei para, entre outros aspectos, nele reinserir a regulação da cooperação jurídica internacional com dispositivos específicos sobre três institutos: extradição, transferência de execução da pena e transferência de pessoas condenadas. Esse processo legislativo serve para explicar, desde logo, por qual razão a Lei de Migração, assim denominada, incorpora assuntos que não têm relação estreita com política migratória.

É importante compreender que a Lei de Migração não é uma lei que cuida apenas de migração, nem é uma lei que se pretenda aplicar exclusivamente a estrangeiros. Em primeiro lugar, o fenômeno da migração é amplo, tanto que o inciso I do § 1º do Artigo 1º, vetado pela Presidência da República, definia migrante amplamente como a “pessoa que se desloca de país ou região geográfica ao território de outro país ou região geográfica” e fazia referência expressa ao emigrante, este definido no inciso III do §1º do Artigo 1º, como “brasileiro que se estabelece temporária ou definitivamente no exterior”. Observa-se que, embora o veto em questão tenha pretendido se fundamentar na amplitude da definição, as razões do veto esclarecem que a real preocupação com o dispositivo era a extensão ao estrangeiro com residência em país fronteiriço da igualdade com os nacionais brasileiros. Em segundo lugar, independentemente de sua denominação, a norma regula diversos aspectos que dizem respeito aos nacionais brasileiros,⁸ de modo que não se pode pretender afastar sua aplicação tão sim-

7 BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 288, de 2013. Brasília, *Diário do Senado Federal*, nº 110, 12 jul. 2023, p. 46372. Na justificação que acompanha o projeto de lei, de autoria do Senador Aloysio Nunes Ferreira, verifica-se: “revoga-se o Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980), excetuando-se o Título IX (Arts. 75 a 94), que versa sobre a extradição, matéria que reputamos adequada a ser tratada em projeto de cooperação, e não de migração, como é o caso do presente”.

8 Entre outros temas, a Lei de Migração cuida dos documentos de viagem – como o passaporte – também aplicáveis a brasileiros (Artigo 5º), da opção pela nacionalidade brasileira (Artigo 63), da perda da nacionalidade brasileira (Artigo 75), da reaquisição da nacionalidade brasileira (Artigo 76) e do emigrante brasileiro (Artigos 77 a 80). BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio

plesmente em razão de sua denominação e da eventual titularidade da nacionalidade brasileira pelos destinatários dos dispositivos nela presentes.⁹

Em relação à transferência de execução da pena, a primeira versão da emenda substitutiva previa sucintamente que: “[n]as hipóteses de impossibilidade ou inadmissibilidade de extradição, poderá ser solicitada à autoridade judicial competente a persecução penal ou a transferência da execução da pena”, condicionando-se essa solicitação à preservação do princípio do *non bis in idem* e às disposições presentes em regulamentação posterior do tema.¹⁰ Parece evidente, embora o parecer que encaminhou a emenda não precise as razões específicas dessa proposta, que o legislador pretendia prever duas possibilidades adicionais de cooperação jurídica internacional para os casos em que fosse impossível ou inadmissível a extradição. Nesses casos, a proposta permitiria tanto a solicitação de exercício da persecução penal pela autoridade brasileira quanto a transferência da execução da pena.

No que tange ao exercício da pretensão punitiva no Brasil, a proposta parece se reportar à hipótese de exercício da jurisdição penal prevista na alínea “b” do inciso II do Artigo 7º do Código Penal, quando presentes as condições estipuladas no § 2º do mesmo dispositivo.¹¹ Seria possível debater se eventual

de 2017 [Lei de Migração]. *Diário Oficial da União*, 25 mai. 2017, p. 1.

- 9 Mesmo os dispositivos sobre extradição têm aplicação sobre brasileiros, para protegê-los de eventual pedido realizado por Estado estrangeiro. Feita a solicitação, o Supremo Tribunal Federal aplicará a Lei de Migração para negar o pedido de extradição.
- 10 Em sua primeira versão, o substitutivo previa: “Artigo 88. Nas hipóteses de impossibilidade ou inadmissibilidade de extradição, poderá ser solicitada à autoridade judicial competente a persecução penal ou a transferência da execução da pena, desde que preservado o princípio do *non bis in idem*. § 1º. As condições e modalidades de execução da transferência de execução da pena serão reguladas em conformidade com as regras legais e tratados negociados na matéria”. BRASIL. Senado Federal. Minuta do Parecer (Senador Ricardo Ferraço) no Projeto de Lei do Senado nº 218 de 2013. Brasília, 16 dez. 2014, Art. 88. Disponível em: <www.senado.leg.br>. Acesso em: 23 set. 2023.
- 11 Nesse sentido, o Artigo 7º do Código Penal determina que: “Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: [...] II - os crimes: [...] b) praticados por brasileiro; [...] § 2º Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições: a) entrar o agente no território nacional; b) ser o fato punível também no país em que foi praticado; c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição; d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena; e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável”. BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 [Código Penal]. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 1940, p. 23911. É também com fundamento nesse dispositivo que Aras afasta o questionamento sobre irretroatividade da Lei de Migração, já que não são seus dispositivos que “fazem surgir ou amplificam o dever de punir do Estado brasileiro por fatos extraterritoriais. Para brasileiros que cometam crimes no exterior, esse dever de persecução e punição existirá desde, pelo menos, a entrada em vigor” do Código Penal. O dever de punir existiria, portanto, desde o momento em que se cometeu o delito, ainda que tal tenha ocorrido antes da entrada em vigor da Lei de Migração. ARAS, Vladimir. O reconhecimento de sentenças penais estrangeiras no Brasil: os casos Robinho, Falco e Narbondo. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, v. 1, n. 93, p. 161-194, 2023, p. 178.

persecução penal no Brasil, quando já existe condenação no exterior, representaria violação ao princípio do *non bis in idem*. Bem, as condições estabelecidas no § 2º do Artigo 7º do Código Penal afastam o dever de exercer jurisdição quando o agente foi absolvido no estrangeiro ou quando lá cumpriu pena. Não há, em outros termos, afastamento da incidência na norma quando existe apenas a condenação, sem o efetivo cumprimento da pena. E, havendo cumprimento parcial da pena no estrangeiro, o Artigo 8º do Código Penal parece autorizar a compensação do tempo da pena cumprida no exterior se houver condenação no Brasil pelo mesmo crime. Em qualquer desses casos, no entanto, a realização de persecução penal no Brasil representaria transgressão ao princípio do *non bis in idem*, já tendo o Supremo Tribunal Federal, em controle de convencionalidade, decidido que o Artigo 8º do Código Penal “deve ser lido em conformidade com os preceitos convencionais e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, vedando-se a dupla persecução penal por idênticos fatos”.¹² O exercício da jurisdição penal brasileira na hipótese da alínea “b” do inciso II do Artigo 7º do Código Penal poderia, desse modo, ser vislumbrado para os casos em que o agente brasileiro tenha retornado ao Brasil antes de iniciada a persecução penal no exterior, e nunca para os casos de existência de condenação no exterior.

Na segunda versão apresentada pelo relator, a emenda substitutiva abandonou a solicitação de persecução penal no Brasil e se concentrou exclusivamente na transferência de execução da pena, prevendo que: “[n]as hipóteses em que couber solicitação de extradição executória, a autoridade competente poderá solicitar ou autorizar a transferência de execução da pena, desde que preservado o princípio do *non bis in idem*”.¹³ Essa redação foi mantida no texto final do projeto aprovado pelo Senado Federal e não sofreu alterações durante a tramitação na Câmara dos Deputados, de modo que corresponde ao *caput* do Artigo 100 da Lei de Migração.

O dispositivo representa uma previsão geral, no ordenamento jurídico brasileiro, da transferência de execução da pena, tanto no sentido ativo (“solicitar”) quanto no sentido passivo (“autorizar”). Desse modo, o Estado brasileiro pode tanto solicitar que uma condenação penal oriunda do Brasil seja executada no exterior quanto autorizar que uma condenação penal oriunda do exterior seja executada no Brasil. No *caput* do Artigo 100 da Lei de Migração,

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 171118. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 12 nov. 2019. *DJe*, 17 ago. 2020.

13 O trecho foi objeto de uma proposta de emenda, segundo a qual se pretendia prever a possibilidade de “cumprimento de sentença penal estrangeira no Brasil, na modalidade de transferência da execução penal, após homologação perante o Superior Tribunal de Justiça, a pedido do Procurador-Geral da República”. BRASIL. Senado Federal. Emenda nº 22 ao Substitutivo do Projeto de Lei do Senado nº 218 de 2013. 1 jul. 2015. Disponível em: <www.senado.leg.br>. Acesso em: 23 set. 2023. Entretanto, a emenda foi rejeitada.

o legislador determinou, ainda, que a transferência de execução da pena observe o princípio do *non bis in idem*. Nesse particular, a própria existência da transferência de execução da pena é um instrumento de garantia do princípio, já que a possibilidade de executar num Estado a pena imposta noutra “é uma norma mais favorável ao condenado porque barra a dupla persecução penal, fazendo valer [...] o direito processual de não ser processado duas vezes pelos mesmos fatos”.¹⁴

O legislador instituiu a transferência de execução da pena como um instrumento de cooperação jurídica internacional independente e alternativo (“nas hipóteses em que couber”) à solicitação de extradição executória. Explica-se a menção à extradição executória, pois apenas nessa modalidade existe uma pena passível de execução e, portanto, de transferência para outro Estado. Na extradição instrutória, em regra, pretende-se que uma pessoa seja entregue para que responda ao processo penal instaurado no Estado solicitante, não havendo pena aplicada, razão pela qual tampouco haveria sentido em mencionar tal hipótese no dispositivo em que se regula a transferência da *execução* da pena.

O legislador condicionou a transferência de execução da pena aos casos é que é possível a *solicitação* da extradição executória. O possível indeferimento posterior da extradição executória é questão a ser debatida à luz das circunstâncias do caso e dos requisitos legais específicos e, por essa razão, não deve interferir no pedido de transferência de execução da pena. Desse modo, quando existe uma pena aplicada a um indivíduo em um Estado e, portanto, esse mesmo Estado pretende que esse indivíduo lhe seja entregue para a execução da pena, uma *solicitação* de extradição executória é cabível e, nos exatos termos do *caput* do Artigo 100 da Lei de Migração, um pedido de transferência de execução da pena é igualmente cabível.

Mesmo antes da edição da Lei de Migração, a transferência de execução da pena já havia sido introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por meio dos tratados. Em três ajustes multilaterais em matéria penal, que entraram em vigor para o Brasil entre 1991 e 2006, prevê-se que um Estado-parte deve considerar a possibilidade de dar execução à pena que foi aplicada no estrangeiro ou ao que dessa pena faltar cumprir, quando a extradição executória for recusada porque a pessoa sobre quem recai a medida é seu nacional. Nesses tratados, entretanto, estabelece-se que a medida será implementada pelo Estado-parte “se o seu direito interno o permitir, em conformidade com as prescrições deste direito e a pedido do Estado-parte requerente”.¹⁵ Considerando que não havia

14 ARAS, Vladimir. O reconhecimento de sentenças penais estrangeiras no Brasil: os casos Robinho, Falco e Narbondo. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, v. 1, n. 93, p. 161-194, 2023, p. 189.

15 Nesse sentido, o parágrafo 10 do Artigo 6 da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas de 1988 prevê: “Se a extradição solicitada com o propó-

previsão da medida na legislação interna, a qual se concretizou apenas com a edição da Lei de Migração, não há registro de aplicação desses dispositivos. De todo modo, fica evidente que a transferência da execução da pena é desenhada para se aplicar aos especificamente à situação das pessoas que não podem ser extraditadas para o Estado de condenação em razão da nacionalidade.

Em 2009, foi assinado o Tratado de Transferência de Pessoas Condenadas e Execução de Penas Impostas por Julgamentos entre a República Federativa do Brasil e o Reino dos Países Baixos, cujo Artigo 14 prevê a transferência de execução da pena, “quando um nacional do Estado de execução que estiver sujeito a uma pena imposta por um julgamento no território do Estado de condenação houver fugido ou de qualquer outra forma retornado para o Estado de execução”.¹⁶

sito de fazer cumprir uma condenação, for denegada, porque o indivíduo objeto da solicitação é nacional da Parte requerida, esta, se sua legislação assim o permitir, e de acordo com as determinações da legislação em questão, e a pedido da parte requerente, considerará a possibilidade de fazer cumprir a pena imposta, ou o que resta da pena ainda a cumprir, de acordo com a legislação da Parte requerente”. BRASIL. Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991. *Diário Oficial da União*, 27 jun. 1991, p. 12481. O parágrafo 13 do Artigo 44 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003 (Convenção de Mérida) tem redação semelhante, dispondo que: “Se a extradição solicitada com o propósito de que se cumpra uma pena é negada pelo fato de que a pessoa procurada é cidadã do Estado Parte requerido, este, se sua legislação interna autoriza e em conformidade com os requisitos da mencionada legislação, considerará, ante solicitação do Estado Parte requerente, a possibilidade de fazer cumprir a pena imposta ou o resto pendente de tal pena de acordo com a legislação interna do Estado Parte requerente”. BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. *Diário Oficial da União*, 1 fev. 2006, p. 1. Do mesmo modo, o parágrafo 12 do Artigo 16 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional de 2000 (Convenção de Palermo) determina que: “Se a extradição, pedida para efeitos de execução de uma pena, for recusada porque a pessoa que é objeto deste pedido é um cidadão do Estado Parte requerido, este, se o seu direito interno o permitir, em conformidade com as prescrições deste direito e a pedido do Estado Parte requerente, considerará a possibilidade de dar execução à pena que foi aplicada em conformidade com o direito do Estado Parte requerente ou ao que dessa pena faltar cumprir”. BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. *Diário Oficial da União*, 15 mar. 2004, p. 1.

- 16 Nos termos do Artigo 14, “1. Os Estados poderão concordar, caso a caso, que, quando um nacional do Estado de execução que estiver sujeito a uma pena imposta por um julgamento no território do Estado de condenação houver fugido ou de qualquer outra forma retornado para o Estado de execução, para eximir-se de responder aos processos criminais pendentes contra si no Estado de condenação, ou após o julgamento, a fim de evitar a execução ou uma execução adicional da pena no Estado de condenação, o Estado de condenação poderá solicitar que o Estado de execução assumira a execução da pena. 2. À transferência da execução da pena imposta por um julgamento, contemplada pelo parágrafo 1, as disposições deste Tratado aplicar-se-ão *mutatis mutandis*. Todavia, o consentimento da pessoa condenada, referido no Artigo 3, parágrafo 1, item e, não será exigido. 3. Se exigido pela legislação interna do Estado de execução, a transferência da execução da pena imposta por um julgamento poderá estar sujeita ao reconhecimento do julgamento pelo seu tribunal competente, previamente à anuência do Estado de execução à transferência da execução da pena [...]”. BRASIL. Decreto nº 7.906, de 4 de fevereiro de 2013. Brasília, *Diário Oficial da União*, 05 fev. 2013, p. 9.

Quando da submissão do tratado à aprovação do Congresso Nacional, a exposição de motivos formulada pelo Ministério das Relações Exteriores fazia menção específica à transferência de execução da pena, esclarecendo que o dispositivo tencionava permitir que, “em caso de fuga de uma pessoa condenada para seu Estado de origem”, pudesse ele executar a pena transferida do Estado de condenação. Nesse sentido, a exposição de motivos esclarecia que a transferência de execução da pena “confere maior eficácia à cooperação jurídica em matéria criminal, já que alcança, respeitando os direitos básicos da pessoa condenada, casos em que não seja possível a extradição”.¹⁷

Durante a tramitação na Câmara dos Deputados, os pareceres da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional e da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania ratificam os motivos expostos pelo Ministério das Relações Exteriores. O parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania sinalizava, em particular, que os dispositivos do tratado apontavam “no sentido de evitar que a distância territorial torne-se fator de impunidade ou de benefícios aos agentes criminosos”.¹⁸ Na tramitação no Senado Federal, o parecer da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional também se pronunciou especificamente sobre o dispositivo que cuida da transferência de execução da pena, ratificando os termos da exposição de motivos original.¹⁹

Essa evolução legislativa mostra a disposição do legislador brasileiro não apenas de aprofundar a cooperação jurídica em matéria penal com Estados estrangeiros, mas também de reduzir os casos de impunidade decorrentes da circulação transnacional de pessoas. Desde o princípio, o objetivo da transferência de execução da pena é de reduzir os casos de impunidade, especialmente – mas não apenas – quando ela decorre da impossibilidade de extradição de um nacional de um Estado condenado em outro Estado.²⁰

17 O quarto parágrafo da exposição de motivos esclarece: “Ademais, o Tratado, em seu Artigo 14, prescreve moderno instituto que amplia os horizontes da persecução criminal. Intitulado Transferência da Execução da Pena, o referido dispositivo permite, em especial, que, em caso de fuga de uma pessoa condenada para seu Estado de origem, possa o Estado sentenciador transferir àquele a execução da pena. A inovação confere maior eficácia à cooperação jurídica em matéria criminal, já que alcança, respeitando os direitos básicos da pessoa condenada, casos em que não seja possível a extradição”. BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Exposição de Motivos nº 249 MRE – JUST-BRAS-HOLA*. Brasília, 10 jul. 2009. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br>>. Acesso em: 23 set. 2023.

18 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Decreto Legislativo nº 2.843, de 2010 [Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania]. Brasília, 5 abr. 2010. *Diário da Câmara dos Deputados*, 15 abr. 2010, p. 18181.

19 BRASIL. Senado Federal. Parecer nº 384, de 2011, da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional. Brasília, 2 jun. 2011. *Diário do Senado Federal*, 7 jun. 2011, p. 21512.

20 A transferência de execução da pena é “um instituto desenhado primordialmente para viabilizar a punição de nacionais, e, eventualmente, a de estrangeiros que sejam residentes regulares e habituais no Estado requerido”. ARAS, Vladimir. O reconhecimento de sentenças penais estrangeiras no Brasil: os casos Robinho, Falco e Narbondo. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, v. 1, n. 93, p. 161-194, 2023, p. 172.

Esse objetivo deve nortear a interpretação do instituto, pois seguramente terá também sido determinante para a incorporação do instituto da transferência de execução da pena na Lei de Migração.

2. APLICABILIDADE DA TRANSFERÊNCIA DE PESSOAS CONDENADAS AOS NACIONAIS

Embora se possa concluir, em razão dos objetivos da transferência de execução da pena, por sua aplicabilidade aos titulares da nacionalidade de um Estado, a questão tem sido objeto de controvérsias e merece, portanto, uma análise específica. Nesse particular, a alegada impossibilidade de se aplicar a transferência da execução da pena aos brasileiros natos tem sido sustentada com fundamento na proibição da extradição desses nacionais.²¹ De fato, o inciso I do Artigo 82 determina peremptoriamente que: “[n]ão se concederá a extradição quando [...] o indivíduo cuja extradição é solicitada ao Brasil for brasileiro nato”.²² Não poderia ser diferente, à luz da garantia de que “nenhum brasileiro será extraditado”, expressamente prevista no inciso LI do Artigo 5º da Constituição Federal,²³ que comporta exceções apenas no caso de brasileiros naturalizados nas circunstâncias autorizadas especificamente também pela Constituição Federal. Sempre que se tratar de brasileiro nato e, em regra, também quando se tratar de brasileiro naturalizado, a extradição é inadmissível por força da garantia constitucional.

Em face dessa proibição de extradição, argumenta-se que “se não cabe extradição de brasileiro nato, a conclusão é a de que não cabe *executatur* para permitir no Brasil, execução de pena privativa de liberdade imposta no exterior”.²⁴

21 O tema tem atraído especial interesse em razão do julgamento da Homologação de Decisão Estrangeira nº 7.968 pelo Superior Tribunal de Justiça, no que ficou conhecido como “caso Robinho”.

22 BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017 [Lei de Migração]. *Diário Oficial da União*, 25 mai. 2017, p. 1. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. Extradicação de nacional no Direito brasileiro: o pioneirismo do caso Cláudia Hoerig. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 69, p. 769-795, 2016.

23 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988, p. 1.

24 CAPEZ, Fernando. O caso Robinho e os artigos 100 e 102 da Lei de Migração. *Consultor Jurídico*, 6 abr. 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-abr-06/controversias-juridicas-caso-robinho-artigos-lei-migracao>>. Acesso em: 23 set. 2023. No mesmo sentido, MACHADO, Lorena. Transferência de pena entre Itália e Brasil: a cooperação jurídica internacional. *Consultor Jurídico*, 3 abr. 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-abr-03/lorena-machado-execucao-pena-transitada-julgado-italia>>. Acesso em: 23 set. 2023; CHAVES JUNIOR, Aírto; PÁDUA, Thiago Aguiar. Necessárias reflexões sobre o pedido de extradição no caso Robinho. *Consultor Jurídico*, 23 mar. 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-mar-23/chaves-jr-padua-necessarias-reflexoes-robinho2>>. Acesso em: 23 set. 2023. TRAD, José Belga Assis. Execução de sentença estrangeira em território nacional: o ‘caso Robinho’. *Consultor Jurídico*, 23 jan. 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jan-23/trada-execucao-sentenca-estrangeira-territorio-nacional>>. Acesso em: 23 set.

Desse modo, o Artigo 100 da Lei de Migração “não se aplica[ria] aos brasileiros natos, pois há impeditivo constitucional para que sejam extraditados”.²⁵ Nesse ponto, as posições contrárias à aplicação da transferência da execução da pena aos brasileiros natos parecem convergir para uma leitura de que o legislador quis condicionar essa medida à possibilidade concreta da extradição, quando – na verdade – o legislador apenas definiu que a transferência da execução da pena pode ser solicitada quando também couber a *solicitação* da extradição, ou seja, quando existe sentença penal condenatória com pena imposta à pessoa sobre a qual recairá a medida. Tanto é assim que há mais de um precedente do Superior Tribunal de Justiça no sentido de admitir a homologação de sentenças penais estrangeiras para fins de transferência de execução da pena de nacionais brasileiros.²⁶

Em sede de ação rescisória proposta contra um *decisum* que homologou sentença penal oriunda de Portugal, o nacional brasileiro condenado argumenta, entre outros pontos, que “se vedada a extradição de brasileiro nato, também estaria vedada a transferência de execução de condenação penal”. No entanto, na decisão de tutela de urgência, a tese não foi acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo-se ponderado que o argumento é uma “interpretação promovida pela parte requerente”, sem fundamento no Artigo 100 da Lei de Migração, pois “se de fato fosse intenção do legislador estabelecer restrição adicional à transferência da execução penal, haveria disposição explícita nesse sentido”.²⁷

Na Lei de Migração, o legislador não restringiu a transferência de execução da pena no caso de brasileiros condenados no exterior. Muito pelo contrário, a transferência de execução da pena, de acordo com os requisitos previstos na norma, é passível de autorização quando “o condenado em território estrangeiro for *nacional* ou tiver residência habitual ou vínculo pessoal no Brasil”.²⁸ É

2023.

- 25 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Robinho: por que a transferência de execução da pena não se aplica ao caso? *Jota*, 24 jan. 2022. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/robinho-por-que-a-transferencia-de-execucao-da-pena-nao-se-aplica-24012022>>. Acesso em: 23 set. 2023. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Transferência da execução da pena a brasileiros natos: o “caso Robinho” e as relações de cooperação judiciária penal entre Brasil e Itália. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 91, p. 299-309, 2022.
- 26 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Homologação de Sentença Estrangeira nº 8.131. Relatora: Ministra Presidente Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 16 ago. 2023. *DJe*, 17 ago. 2023. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Homologação de Sentença Estrangeira nº 7.618. Relatora: Ministra Presidente Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 21 mar. 2023. *DJe*, 28 mar. 2023. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Homologação de Sentença Estrangeira nº 5.175. Relator: Ministro Presidente Humberto Martins. Brasília, 19 abr. 2021. *DJe*, 22 abr. 2021. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Homologação de Sentença Estrangeira nº 4.035. Relator: Ministro Presidente João Otávio de Noronha. Brasília, 18 jun. 2020. *DJe*, 22 jun. 2020.
- 27 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Rescisória nº 7.287. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 5 set. 2022. *DJe*, 9 set. 2022.
- 28 BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017 [Lei de Migração]. *Diário Oficial da União*,

evidente que o legislador quis expressamente estender a transferência da execução da pena para o *nacional* brasileiro – nato ou naturalizado, na ausência de distinção na lei – para além dos casos de estrangeiros que tenham residência habitual ou vínculo pessoal no Brasil.²⁹

Essa interpretação se impõe também por outras razões. Em primeiro lugar, ela se harmoniza com o objetivo, tanto da lei brasileira quanto dos tratados de que o Brasil faz parte, de reduzir a impunibilidade de nacionais que tenham escapado da condenação penal no Estado em que foram condenadas e fugido para seu Estado de nacionalidade. Em segundo lugar, ela materializa o princípio *non bis in idem* ao garantir que a persecução penal concluída em um Estado não se repita em outro, permitindo-se apenas a transferência da fase de execução da condenação de um Estado a outro. Em terceiro lugar, ela protege o nacional brasileiro, que “permanecerá em solo nacional e cumprirá a pena de acordo com as regras de execução penal brasileiras. Permite-se, assim, dar efetividade ao comando estrangeiro, sem violar a regra da não extraditabilidade”.³⁰

Entender diversamente significa atribuir à entrega de uma pessoa à autoridade estrangeira para cumprimento de pena, finalidade específica da extradição executória, o mesmo peso de permitir a essa pessoa o cumprimento da pena *no Brasil* à luz das regras brasileiras. O constituinte quis proteger o brasileiro nato de ser retirado de Estado de nacionalidade e entregue a um Estado estrangeiro para que lá fosse submetido à execução da condenação. Embora outros ordenamentos jurídicos não ofereçam a mesma proteção a seus nacionais, essa foi a escolha do constituinte. Entretanto, tal proteção não impede que o brasileiro nato regularmente condenado no estrangeiro cumpra a pena que lhe é imposta no Brasil, do mesmo modo que qualquer outro brasileiro nato deve cumprir quando é apenado. Não há, na Constituição Federal, tampouco uma proibição de que uma sentença penal estrangeira produza efeitos penais típicos no Brasil, de modo que não se pode pretender sustentar qualquer inconstitucionalidade, nesse aspecto, da transferência de execução da pena.

25 mai. 2017, p. 1. Atente-se para a conclusão de Aras no sentido de que “na interpretação [do dispositivo] tampouco pode ser ignorado o sentido da palavra nacional, substantivo que abrange os brasileiros natos e naturalizados”. ARAS, Vladimir. O reconhecimento de sentenças penais estrangeiras no Brasil: os casos Robinho, Falco e Narbondo. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, v. 1, n. 93, p. 161-194, 2023, p. 189.

29 Há, por exemplo, precedente do Superior Tribunal de Justiça em que se autoriza a transferência de execução da pena aplicada em Portugal para nacional guineense residente no Brasil. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Homologação de Decisão Estrangeira nº 7.158. Relator: Ministro Presidente Humberto Martins. Brasília, 24 ago. 2022. *DJe*, 25 ago. 2022.

30 BADARÓ, Gustavo Henrique; TORRES, Paula Ritzmann. Robinho: homologação de sentença penal condenatória na marca do pênalti. *Consultor Jurídico*, 21 mar. 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-mar-21/badaro-torres-sentenca-condenatoria-robinho-marca-cal>>. Acesso em: 23 set. 2023.

Fosse a proteção constitucional relativa à extradição ampliada também para a transferência da execução da pena, o intérprete estaria gerando uma situação de absoluta imunidade do nacional brasileiro homiziado no Brasil às condenações a ele impostas no exterior, cenário de impunidade que a transferência de execução da pena tem justamente o objetivo de eliminar. Mantida essa posição equivocada em face de outros Estados, o resultado no longo prazo poderia ser, em razão da reciprocidade, a falta de reconhecimento dos julgamentos de tribunais brasileiros em matéria penal no exterior, tornando ineficaz o exercício da jurisdição brasileira sobre crimes aqui cometidos, sempre que o agente lograr retornar a seu Estado de nacionalidade.³¹

É importante assinalar que a Lei de Migração também cuidou da transferência da pessoa condenada e, nesse caso específico, estabeleceu, no § 2º do Artigo 105, que “[n]ão se procederá à transferência quando inadmitida a extradição”.³² O dispositivo se justifica pela natureza do instituto: na transferência da pessoa condenada, o indivíduo que está cumprindo pena no mesmo Estado em que foi condenado é transferido – portanto, entregue – juntamente com a pena para o Estado do qual é nacional ou no qual tem residência habitual ou vínculo pessoal, desde que expresse interesse nesse sentido.³³ Nesse cenário, seria possível vislumbrar a hipótese em que um brasileiro aqui condenado e em cumprimento de pena solicitasse, por ter vínculos pessoais no Estado estrangeiro ou por ter também a nacionalidade desse outro Estado, sua transferência para o estrangeiro. Em tal caso, sendo impossível a entrega do brasileiro em sede de extradição, tampouco seria possível a entrega desse mesmo brasileiro em sede de transferência de pessoa condenada. É evidente, portanto, que a

31 Nesse sentido, recorde-se o caso de transferência de execução da pena solicitado pelo Brasil no caso Marcelo Bauer, brasileiro e alemão, condenado pelo tribunal do júri de Brasília como autor do homicídio de sua namorada, que teve sua extradição negada pela Alemanha, por ser também nacional daquele Estado. ARAS, Vladimir. O reconhecimento de sentenças penais estrangeiras no Brasil: os casos Robinho, Falco e Narbondo. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, v. 1, n. 93, p. 161-194, 2023, p. 178.

32 BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017 [Lei de Migração]. *Diário Oficial da União*, 25 mai. 2017, p. 1.

33 É o que prevê nitidamente o § 1º do Artigo 103 da Lei de Migração: “O condenado no território nacional poderá ser transferido para seu país de nacionalidade ou país em que tiver residência habitual ou vínculo pessoal, desde que expresse interesse nesse sentido, a fim de cumprir pena a ele imposta pelo Estado brasileiro por sentença transitada em julgado”. BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017 [Lei de Migração]. *Diário Oficial da União*, 25 mai. 2017, p. 1. Nessa hipótese, embora a necessidade de concordância do indivíduo parece ter norteado a decisão do legislador de dispensar a homologação de sentença estrangeira, gerando tratamento díspar para situações próximas, pois se terá – também quando consumada a transferência de pessoa condenada – o indivíduo cumprindo pena em um Estado por sentença oriunda de outro. CASTRO, Emília Lana de Freitas; XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. Reconhecimento e homologação de sentenças penais estrangeiras no Brasil: impossibilidade de aplicação do Direito público estrangeiro e inconsistências da Lei de Migração. In: MENEZES, Wagner (org.). *Direito Internacional em expansão*, v. 16. Belo Horizonte: Arraes, p. 272-287, 2019.

transferência de execução da pena contempla realidade totalmente diversa, em que o brasileiro permanece no Brasil, razão pela qual o legislador deu tratamento diverso à questão.

Esclarecido o ponto da possibilidade de transferência de execução da pena em casos de brasileiros e afastado qualquer temor de inconstitucionalidade do dispositivo quanto à proteção constitucional oferecida a brasileiros natos e, em regra, naturalizados, é necessário aprofundar a análise dos procedimentos e requisitos legais da transferência de execução da pena.

3. PROCEDIMENTOS E REQUISITOS DA TRANSFERÊNCIA DE EXECUÇÃO DA PENA NA LEI DE MIGRAÇÃO

O pedido de transferência de execução da pena pode ser formulado pelo Estado estrangeiro, nos termos do Artigo 101 da Lei de Migração, por meio dos canais diplomáticos ou por meio das autoridades centrais.³⁴ Seguindo a prática geral do Brasil em matéria de cooperação, o regulamento da Lei de Migração estabelece que o papel de autoridade central será exercido pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública.³⁵

Em um primeiro momento, o órgão encarrega-se do exame da presença dos pressupostos formais de admissibilidade do pedido. Em particular, o Ministério da Justiça e Segurança Pública exige, entre outros documentos julgados necessários, (a) cópia da decisão condenatória, (b) certidão de trânsito em julgado da sentença; (c) certidão da duração da condenação a cumprir ou que restar para cumprir; (d) cópia ou transcrição autêntica dos textos legais que tipificam e sancionam o delito, identificando a pena aplicável e as regras sobre prescrição; e (e) todos os dados pessoais disponíveis para identificação

34 Embora os tratados em matéria de cooperação jurídica internacional tenham recorrido com frequência à figura das autoridades centrais, em parte em razão do *confidence building* e da especialização que essa decisão pode produzir, os canais diplomáticos previamente estabelecidos entre os Estados permanecem à disposição, sobretudo quando inexistente tratado específico entre eles, para a tramitação dos pedidos. Sobre os canais de transmissão dos pedidos de cooperação, refere-se a discussão de RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direito Internacional Privado*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 506-513.

35 O Artigo 281 do Decreto nº 9.199/2017 estabelece, a esse respeito, que: “Nas hipóteses em que couber solicitação de extradição executória, o Ministério da Justiça e Segurança Pública exercerá a função de autoridade central e realizará o exame da presença dos pressupostos formais de admissibilidade exigidos na legislação brasileira ou em tratado de que o País faça parte, a fim de que o pedido de transferência de execução da pena possa ser processado perante as autoridades brasileiras competentes, desde que observado o princípio do *non bis in idem*”. BRASIL. Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017. *Diário Oficial da União*, 21 nov. 2017, p. 1. O papel de autoridade central tem sido desempenhado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública em diversos âmbitos da cooperação internacional, tendo essa função sido genericamente atribuída ao órgão pelo § 4º do Artigo 26 do Código de Processo Civil. BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015 [Código de Processo Civil]. *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015, p. 1.

do condenado.³⁶ Do mesmo modo, o Ministério da Justiça e Segurança Pública analisa os requisitos legais específicos da transferência de execução da pena.³⁷

Se os requisitos legais não estiverem preenchidos, o § 2º do Artigo 101 da Lei de Migração determina que o Ministério da Justiça e Segurança Pública realize o arquivamento do pedido, podendo o Estado estrangeiro, desde que sanadas as deficiências documentais, reapresentá-lo posteriormente.³⁸ Por outro lado, preenchidos os requisitos legais, a Lei de Migração determina, no § 1º do Artigo 101, que o pedido seja encaminhado ao Superior Tribunal de Justiça para homologação da sentença penal estrangeira.³⁹ Uma vez homologada a sentença penal estrangeira, a execução da pena é de competência da Justiça Federal, na forma do parágrafo único do Artigo 102 da Lei de Migração.⁴⁰

Em relação aos pedidos de transferência de execução da pena solicitados pelo Brasil, o regramento está previsto na Portaria nº 605, de 21 de junho de 2019, do Ministério da Justiça e Segurança Pública.⁴¹ Em linhas gerais, o pedido ativo de transferência de execução da pena deverá ser encaminhado pelo órgão do Poder Judiciário diretamente ao Ministério, que procederá à análise dos documentos exigidos e dos requisitos da Lei de Migração antes de transmitir a solicitação ao Estado requerido.⁴²

36 Na estrutura do Ministério da Justiça e Segurança Pública, o processamento dos pedidos é realizado pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional que, de acordo com § 1º do Artigo 5º da Portaria nº 605/2019, “poderá requerer documentação complementar ao Estado requerente para fins de instrução do pedido”. BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Portaria nº 605, de 21 de junho de 2019. *Diário Oficial da União*, 24 jun. 2019, p. 35.

37 Os requisitos da Lei de Migração são, nesse particular, reproduzidos no Artigo 6º da Portaria nº 605/2019. BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Portaria nº 605, de 21 de junho de 2019. *Diário Oficial da União*, 24 jun. 2019, p. 35.

38 O arquivamento está igualmente previsto no § 1º do Artigo 6º da Portaria nº 605/2019. BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Portaria nº 605, de 21 de junho de 2019. *Diário Oficial da União*, 24 jun. 2019, p. 35.

39 Reproduz-se a exigência de homologação da sentença penal estrangeira no Artigo 283 do regulamento da Lei de Migração e no § 2º do Artigo 6º da Portaria nº 605/2019. BRASIL. Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017. *Diário Oficial da União*, 21 nov. 2017, p. 1. BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Portaria nº 605, de 21 de junho de 2019. *Diário Oficial da União*, 24 jun. 2019, p. 35.

40 BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017 [Lei de Migração]. *Diário Oficial da União*, 25 mai. 2017, p. 1.

41 O *caput* do Artigo 102 da Lei de Migração limitou-se a submeter a definição da matéria ao regulamento. BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017 [Lei de Migração]. *Diário Oficial da União*, 25 mai. 2017, p. 1. Por sua vez, o Artigo 284 do regulamento da Lei de Migração transferiu a definição do tema para ato do Ministério da Justiça e Segurança Pública. BRASIL. Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017. *Diário Oficial da União*, 21 nov. 2017, p. 1.

42 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Portaria nº 605, de 21 de junho de 2019. *Diário Oficial da União*, 24 jun. 2019, p. 35.

Para que se autorize a transferência da execução da pena, os incisos do parágrafo único do Artigo 100 da Lei de Migração impõem cinco requisitos.⁴³ O legislador nitidamente se concentrou, ao redigir os referidos incisos, nos pedidos passivos de transferência da execução da pena, pois será nessa circunstância que caberá ao Brasil analisar sua procedência.

O primeiro requisito diz respeito à conexão do condenado no estrangeiro com o Brasil, admitindo-se três tipos de conexão: a nacionalidade brasileira, a residência habitual ou o vínculo pessoal com o Brasil. Esse requisito claramente inclui, em atendimento ao objetivo do instituto, os nacionais brasileiros entre os destinatários da transferência de execução da pena. Em paralelo, os não-brasileiros que tenham residência ou outros vínculos pessoais – por exemplo, familiares – com o Brasil podem ter suas respectivas penas para aqui transferidas. Nesse ponto, o instituto parece aproximar-se da transferência de pessoas condenadas, que contempla precisamente aqueles casos em que o condenado pretende cumprir sua pena no local em que tem residência ou em que se encontra sua família.⁴⁴ Diferenciando os dois institutos, no entanto, está a exigência de interesse do condenado na transferência, requisito da transferência de pessoas condenadas, em seu espírito humanitário, mas que é desnecessário nos casos de transferência de execução da pena, em que a solicitação é realizada pelo Estado em que se proferiu a sentença penal condenatória.

O segundo requisito da transferência de execução da pena é a necessidade de trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Trata-se de requisito que se harmoniza tanto com a presunção de inocência no inciso LVII do Artigo 5º da Constituição Federal,⁴⁵ quanto com a exigência de trânsito em julgado para a homologação de sentenças estrangeiras.⁴⁶

O terceiro requisito compreende uma escolha legislativa de limitar os pedidos de transferência de execução da pena aos casos em que o tempo de condenação a cumprir for de, pelo menos, um ano, na data da apresentação do pedido pelo Estado de condenação. Na redação originária do substitutivo do

43 Os requisitos foram reproduzidos no Artigo 282 do Decreto nº 9.199/2017, que regulamenta a Lei de Migração. BRASIL. Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017. *Diário Oficial da União*, 21 nov. 2017, p. 1.

44 Nesse sentido, é a previsão do § 1º do Artigo 103 da Lei de Migração: “O condenado no território nacional poderá ser transferido para seu país de nacionalidade ou país em que tiver residência habitual ou vínculo pessoal, desde que expresse interesse nesse sentido, a fim de cumprir pena a ele imposta pelo Estado brasileiro por sentença transitada em julgado”. BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017 [Lei de Migração]. *Diário Oficial da União*, 25 mai. 2017, p. 1.

45 Nos termos do referido inciso, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988, p. 1.

46 O respeito à coisa julgada é imposto pelo Artigo 963, IV, do Código de Processo Civil. BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015 [Código de Processo Civil]. *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015, p. 1.

Senado Federal, o prazo estabelecido pelo legislador era de seis meses, depois aumentado para um ano durante a tramitação pela Câmara dos Deputados. Muito possivelmente, orientou-se o legislador pelo intuito de economizar os dispêndios de recursos materiais e humanos associados à movimentação das instâncias administrativas e judiciais do Estado brasileiro naqueles casos em que o tempo de pena a ser cumprido for, no juízo do legislador, muito reduzido.

O quarto requisito corresponde à exigência de dupla tipicidade, já conhecido do ordenamento jurídico brasileiro, em particular, nos pedidos de extradição.⁴⁷ No que tange à homologação das sentenças penais estrangeiras, o requisito parece se aproximar do que dispõem o *caput* do artigo 9º do Código Penal e o *caput* do artigo 788 do Código de Processo Penal sobre a possibilidade de homologação “quando a aplicação da lei brasileira produzir na espécie as mesmas consequências”.⁴⁸ O dispositivo afasta, assim, a esdrúxula situação em que uma pessoa pudesse permanecer presa no Brasil em razão de condenação por fato que aqui não é tipificado.

O quinto requisito presente na Lei de Migração contempla a necessidade de tratado ou de promessa de reciprocidade dispendo sobre a transferência de execução da pena. O requisito, que não constava da redação original do substitutivo aprovado no Senado Federal, passou a constar do texto durante sua tramitação na Câmara dos Deputados.⁴⁹ Nesse âmbito, o legislador manteve coerência com os requisitos dos outros instrumentos de cooperação jurídica em matéria penal previstos na Lei de Migração.⁵⁰ Na hipótese de inexistir tratado com previsão da transferência de execução da pena entre o Brasil e o outro Estado, será possível conceder a medida quando presente promessa de reciprocidade.⁵¹

47 Nos termos do inciso II do Artigo 82 da Lei de Migração, a extradição não será concedida quando “o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente”. BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017 [Lei de Migração]. *Diário Oficial da União*, 25 mai. 2017, p. 1.

48 VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*, v. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p. 274.

49 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2516/2015 [redação final]. *Diário da Câmara dos Deputados*, 7 dez. 2016, p. 139.

50 Em matéria de extradição, além das décadas de precedentes e de práticas nesse sentido, o § 2º do Artigo 84 determina que o pedido de prisão cautelar associado à seja encaminhado ao Brasil, “em caso de ausência de tratado, com a promessa de reciprocidade recebida por via diplomática”. No que se refere à transferência de pessoas condenadas, o Artigo 103 estabelece que a medida somente “poderá ser concedida quando o pedido se fundamentar em tratado ou houver promessa de reciprocidade”. BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017 [Lei de Migração]. *Diário Oficial da União*, 25 mai. 2017, p. 1.

51 PORTO, Valéria. A aplicação do princípio da reciprocidade no Direito Internacional Público: do bilateralismo à supranacionalidade. *Revista de Defensoria Pública da União*, n. 26, p. 86-103, 2009. Em matéria de extradição, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento pacífico de que “[a]lém dos tratados bilaterais, que atuam como *leges speciales*, a promessa de reciprocidade constitui fundamento jurídico suficiente para legitimar pedido

Em relação a essa promessa, reconhece-se a competência do Poder Executivo para, em sua função típica de manter as relações com os Estados estrangeiros, aceitar ou não a reciprocidade prometida,⁵² mantendo sempre o Poder Judiciário a faculdade de verificar a legalidade da promessa em face da legislação estrangeira e sua real possibilidade de cumprimento pelo Estado estrangeiro.⁵³ Nas hipóteses em que o Brasil é o Estado requerente da transferência de execução da pena, compete ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, nos termos do Artigo 14 de sua Portaria nº 605, de 21 de junho de 2019, a apresentação ao Estado estrangeiro da promessa de reciprocidade de tratamento.⁵⁴

Em mais de uma oportunidade, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a análise do cumprimento dos requisitos legais compete ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça, em momento posterior, analisar os requisitos da homologação da sentença

de extradição passiva”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição nº 1.148. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 20 out. 2009. *DJe*, 5 mar. 2010. Do mesmo modo, “[a] falta de tratado bilateral de extradição entre o Brasil e o país requerente não impede a formulação e o eventual atendimento do pedido extradicional, desde que o Estado requerente, como na espécie, prometa reciprocidade de tratamento ao Brasil, mediante expediente – nota verbal – formalmente transmitido por via diplomática”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição nº 1.187. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 16 dez. 2010. *DJe*, 29 mar. 2011.

- 52 O Supremo Tribunal Federal, em análise de pedido extradicional, já entendeu pela “possibilidade de controle a ser exercido pelo Poder Executivo, inclusive quanto à promessa de reciprocidade, no sentido de aceitar ou não esta promessa e o pedido de extradição, restando ao Poder Judiciário, apenas, o pronunciamento sobre a legalidade e a procedência do pedido. Nesses casos, infere-se que “o pedido encaminhado pelo Ministro da Justiça contém em si a presunção de que a promessa de reciprocidade foi aceita pelo Poder Executivo”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição nº 646. Relator: Ministro Maurício Correa. Brasília, 21 jun. 1995. *DJ*, 18 ago. 1995, p. 24894.
- 53 Em mais de uma oportunidade, o Supremo Tribunal Federal instou Estados estrangeiros requerentes de extradição a oferecer esclarecimentos sobre a efetiva possibilidade de cumprimento da promessa de reciprocidade. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição nº 443. Relator: Ministro Rafael Mayer. Brasília, 19 nov. 1986. *DJ*, 19 dez. 1986, p. 25336. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem em Prisão Preventiva para Extradição nº 623. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 1 jul. 2010. *DJe*, 3 set. 2010. Nesses casos, na ausência do esclarecimento determinado, o Supremo Tribunal Federal já indeferiu o pedido extradicional: “Extradição fundada na promessa de reciprocidade, ante a inexistência de tratado entre o Brasil e o Líbano. Incerteza, quanto ao cumprimento da promessa, gerada pelo texto do artigo 30 do Código Penal Libanês, segundo o qual “[n]inguém pode ser entregue a um Estado estrangeiro fora dos casos estabelecidos pelas disposições do presente código, se não é por aplicação de um tratado tendo força de lei”. 2. Hipótese em que a Missão Diplomática Libanesa, instada a esclarecer o alcance do preceito, permaneceu inerte. 3. Sendo a extradição instrumento de cooperação internacional no combate ao crime, cumpre ao País requerente desincumbir-se, no prazo legal, do ônus que lhe cabe, pena de indeferimento do pleito extradicional. Extradição indeferida. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição nº 1.047. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 10 out. 2007. *DJe*, 14 nov. 2007.
- 54 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Portaria nº 605, de 21 de junho de 2019. *Diário Oficial da União*, 24 jun. 2019, p. 35.

estrangeira.⁵⁵ Os requisitos e as particularidades da homologação de sentenças penais estrangeiras merecem alguns comentários específicos.

4. HOMOLOGAÇÃO DAS SENTENÇAS PENAIS ESTRANGEIRAS

O tema do reconhecimento de sentenças estrangeiras é objeto típico do Direito Internacional Privado, processado – no Direito brasileiro – pela via da ação de homologação de sentença estrangeira, cujo objetivo é atribuir eficácia a pronunciamento judicial estrangeiro no Brasil.⁵⁶ Trata-se, é bom que se repita, de atribuição de efeitos – portanto, no plano da eficácia – a uma decisão estrangeira no território nacional por meio da autorização pela autoridade aqui competente.⁵⁷

Na redação original de 1988 da Constituição Federal, estabeleceu-se a competência do Supremo Tribunal Federal para a homologação das sentenças estrangeiras. O texto constitucional foi posteriormente modificado pela Emenda à Constituição n° 45 de 2004 que transferiu para o Superior Tribunal de Justiça a competência para a homologação, nos termos da alínea “i” do inciso I do Artigo 105 da Constituição Federal. Nesse contexto, a natureza jurídica da

55 Sobre esse aspecto, entende o Superior Tribunal de Justiça que “[d]iferentemente do que ocorre no processo de extradição, em que o Ministério da Justiça examina somente a documentação indispensável à instrução do procedimento (art. 7° da Portaria MJ n. 217/2018), na transferência de execução da pena, o legislador previu incumbir àquele órgão o exame quanto ao atendimento dos pressupostos formais de admissibilidade exigidos na legislação brasileira ou em tratado de que o Brasil faça parte (arts. 101, § 1°, da Lei n. 13.445/2017 e 281 do Decreto n. 9.199/2017). Dessa forma, fica evidente a competência do aludido órgão para o exame dos pressupostos necessários ao deferimento da transferência. Por conseguinte, ao Superior Tribunal de Justiça resta somente a análise dos requisitos relativos à homologação da sentença estrangeira”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Homologação de Sentença Estrangeira n° 8.131. Relatora: Ministra Presidente Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 16 ago. 2023. *DJe*, 17 ago. 2023. No mesmo sentido, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Homologação de Sentença Estrangeira n° 8.161. Relatora: Ministra Presidente Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 4 ago. 2023. *DJe*, 7 ago. 2023. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Homologação de Sentença Estrangeira n° 7.618. Relatora: Ministra Presidente Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 21 mar. 2023. *DJe*, 28 mar. 2023. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Homologação de Sentença Estrangeira n° 2.093. Relator: Ministro Presidente João Otávio de Noronha. Brasília, 18 jun. 2019. *DJe*, 22 jun. 2020. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Homologação de Sentença Estrangeira n° 2.093. Relator: Ministro Presidente João Otávio de Noronha. Brasília, 17 mai. 2019. *DJe*, 21 mai. 2019. E, ainda, “verifica-se que a jurisdição do Superior Tribunal de Justiça esgotou-se com a homologação das sentenças estrangeiras, cabendo ao Ministério da Justiça os demais procedimentos em relação ao referido instituto”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Homologação de Sentença Estrangeira n° 2.093. Relator: Ministro Presidente João Otávio de Noronha. Brasília, 10 jun. 2019. *DJe*, 12 jun. 2019.

56 ROCHA, Osiris. Eficácia de sentença estrangeira. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 21, p. 61-71, 1979. LOULA, Maria Rosa. Anotações sobre homologação de sentença estrangeira no Brasil. In: TIBURCIO, Carmen; VASCONCELOS, Raphael; MENEZES, Wagner. *Panorama do Direito Internacional Privado atual e outros temas contemporâneos*. Belo Horizonte: Arraes, p. 195-204, 2015, p. 198.

57 PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. Dos casos em que é desnecessário homologar uma sentença estrangeira. *Revista de Informação Legislativa*, v. 46, n. 184, p. 47-54, 2009, p. 51.

ação de homologação de sentença estrangeira corresponde a uma “ação judicial constitutiva, pela qual se dá eficácia interna a comando estrangeiro, sendo feita uma análise de contenciosidade limitada no Superior Tribunal de Justiça”.⁵⁸

Em matéria penal, a homologação de sentenças estrangeiras sempre encontrou limites bastante determinados. Nesse sentido, os Artigos 789 e 790 do Código de Processo Penal restringem as possibilidades de homologação de decisão penal estrangeira àquelas hipóteses previstas no Artigo 9º do Código Penal, quais sejam: (a) aos efeitos civis *ex delicto*, como reparações e restituições de danos a pedido da parte interessada, também tratada no Artigo 790 do Código de Processo Penal;⁵⁹ e (b) a imposição de medidas de segurança com base em tratado ou a pedido do Ministério da Justiça, também tratada no Artigo 789 do Código de Processo Penal.

Em ambos os casos, exige-se que os efeitos pretendidos com o reconhecimento da sentença penal estrangeira sejam também produzidos pela lei penal brasileira, em razão do que dispõem o *caput* do Artigo 9º do Código Penal e o *caput* do Artigo 788 do Código de Processo Penal ao mencionar a possibilidade de homologação “quando a aplicação da lei brasileira produzir na espécie as mesmas consequências”.⁶⁰ Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça homologou sentença penal da Finlândia em que se determinava a perda de bens oriundos de crimes de lavagem de dinheiro, “pois também a lei brasileira prevê a possibilidade de perda, em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé, do produto do crime, como um dos efeitos da condenação”.⁶¹

58 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direito Internacional Privado*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 475.

59 Nessas hipóteses, o Superior Tribunal de Justiça já deferiu a homologação de sentença penal estrangeira para determinar a perda de bens imóveis do executado, situados no Brasil, pois haviam sido objeto do crime de lavagem de dinheiro. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira Contestada nº 10.612. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 2 mar. 2016. *DJe*, 28 jun. 2016. No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal também deferiu homologação a sentença penal estrangeira para sequestrar a pedido da vítima valores ilicitamente obtidos pelo réu condenado no exterior e depositados por ele em bancos brasileiros. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sentença Estrangeira nº 2.290. Relator: Ministro Thompson Flores. Brasília, 17 nov. 1976. *RTJ*, v. 82, n. 1, p. 57, 1977.

60 O artigo 9º do Código Penal apresenta a seguinte redação: “A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para: I – obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis; II – sujeitá-lo a medida de segurança. Parágrafo único. A homologação depende: a) para os efeitos previstos no inciso I, de pedido da parte interessada; b) para os outros efeitos, da existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça”. BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 [Código Penal]. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 1940, p. 23911.

61 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira Contestada nº 10.612. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 2 mar. 2016. *DJe*, 28 jun. 2016. No mesmo sentido, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno na Sentença Estrangeira Contestada nº 10.250. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 15 mai. 2019. *DJe*, 23 mai. 2019.

Sempre foi bastante restrita a homologação de sentenças estrangeiras em matéria penal, tendo o legislador optado por minimizar os gastos com a execução de pena de interesse de Estado estrangeiro. Em paralelo a esse argumento de cariz econômico, a limitação da homologação de sentenças estrangeiras em matéria penal encontrava fundamento em teoria difundida no Direito Internacional Privado de impossibilidade de aplicação do direito público estrangeiro no foro.⁶² O denominado “*public law taboo*”,⁶³ que abria espaço para a visão restritiva do artigo 9º do Código Penal, encontra previsão também nos artigos 436 e 437 do Código Bustamante.⁶⁴

No entanto, essa visão restritiva não encontra lugar em uma realidade de circulação transnacional de pessoas, inclusive para a prática delitiva. É por essa razão que os tratados em matéria penal procuram estruturar novos instrumentos de cooperação internacional, os quais têm contribuído para a atualização do panorama legislativo nacional. Nesse sentido, a transferência de execução da pena importa em *nova* hipótese de homologação de sentença penal estrangeira. O parágrafo único no Artigo 100 da Lei de Migração estabeleceu, por isso, os

62 Na Inglaterra, desde o final do século XVIII, as cortes reconhecem “*the general principal that the penal law of one country cannot be taken notice of in another*” (caso Ogden vs. Folliot, King’s Bench, 1790). No mesmo sentido, a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu, no século XIX, que “*the courts of no country execute the penal laws of another*” (caso Antelope, US Supreme Court, 1825). Nos Estados Unidos, também o Restatement of Conflict of Laws Second de 1971 estabelece, no § 89, que “*no action will be entertained on a foreign penal cause of action*”.

63 O debate sobre a impossibilidade da aplicação do direito público estrangeiro é assaz controverso. Na sessão de Wiesbaden de 1975, o *Institut de Droit International* adotou resolução segundo a qual “*Le prétendu principe de l’inapplicabilité a priori du droit public étranger, comme celui de son absolue territorialité, principe invoqué, sinon appliqué, par la jurisprudence et la doctrine de certains pays [...] n’est fondé sur aucune raison théorique ou pratique valable*”. INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. *L’application du droit public étranger* (Session de Wiesbaden). 1975. Disponível em: <<https://www.idi-iil.org/fr/publications-par-categorie/resolutions/>>. Acesso em: 23 set. 2023. Em 1977, entretanto, na sessão de Oslo, o *Institut de Droit International* retomou o debate e, fazendo expressa referência à resolução anterior, adotou nova resolução no sentido de que “*les demandes en justice d’une autorité étrangère ou d’un organisme public étranger, fondées sur des dispositions de son droit public, devraient en principe être considérées comme irrecevables*”. INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. *Les demandes fondées par une autorité étrangère ou par un organisme public étranger sur des dispositions de son droit public* (Session de Oslo). 1977. Disponível em: <<https://www.idi-iil.org/fr/publications-par-categorie/resolutions/>>. Acesso em: 23 set. 2023.

64 O artigo 436 do Código Bustamante determina que: “nenhum Estado contratante executará as sentenças proferidas em qualquer dos outros em matéria penal, relativamente às sanções dessa natureza que elas imponham”. Em complemento, o artigo 437 dispõe: “Poderão, entretanto, executar-se as ditas sentenças, no que toca à responsabilidade civil e a seus efeitos sobre os bens do condenado, se forem proferidas pelo juiz ou tribunal competente, segundo este Código, e com audiência do interessado e se se cumprirem as demais condições formais e processuais que o capítulo primeiro deste título estabelece”. BRASIL. Decreto nº 18.871 de 13 de agosto de 1929 [Código Bustamante]. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/norma/435904>>. Acesso em: 23 set. 2023. O teor do Código Bustamante também pode ser consultado em: DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado: vade-mécum*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 167-214.

requisitos legais para a transferência de execução da pena, “sem prejuízo do disposto no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)”. Introduzida no texto durante a tramitação na Câmara dos Deputados,⁶⁵ a referência ao Código Penal originalmente admitia a transferência de execução da pena “além das hipóteses previstas” no Código Penal, tendo a redação final sido fixada já na reapreciação das alterações pelo Senado Federal.⁶⁶

Em todo caso, o legislador procura, nesse trecho, esclarecer que a homologação será possível, no âmbito de solicitação de transferência de pessoa condenada, para a produção dos efeitos penais típicos em complemento às outras hipóteses já incluídas no Artigo 9º do Código Penal. Também esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça ao reconhecer que a Lei de Migração estabeleceu “uma terceira situação de reconhecimento de sentença penal estrangeira no Brasil, a saber, o instituto da transferência de execução da pena a fim de que a sentença condenatória a pena privativa de liberdade seja cumprida contra pessoas que estão fora das fronteiras do Estado que as condenou”.⁶⁷

No âmbito da transferência de execução da pena, a etapa de homologação da sentença penal estrangeira se prende exclusivamente à análise dos requisitos legais específicos da homologação, em juízo meramente delibatório do Superior Tribunal de Justiça.⁶⁸ Desse modo, sua Corte Especial, em análise de sentença penal oriunda de Portugal, decidiu que “questões referentes ao reconhecimento da prescrição e à progressão do regime ou substituição da pena encerra matérias de mérito que devem ser suscitadas no momento processual oportuno, não devendo esta Corte delas conhecer”.⁶⁹

Embora o Artigo 788 do Código de Processo Penal estabeleça os requisitos para a homologação da sentença penal estrangeira,⁷⁰ os precedentes do Superior

65 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2516/2015 [redação final]. *Diário da Câmara dos Deputados*, 7 dez. 2016, p. 139.

66 BRASIL. Senado Federal. Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 7/2016 [redação final]. *Diário do Senado Federal*, 23 mai. 2017, p. 71.

67 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Homologação de Decisão Estrangeira nº 2.259. Relator: Ministro Presidente João Otávio de Noronha. Brasília, 5 set. 2019. *DJe*, 11 set. 2019. Também reconhecendo a Lei de Migração como fundamento autônomo para a homologação de sentença penal estrangeira: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Homologação de Decisão Estrangeira nº 6.851. Relatora: Ministra Presidente Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 29 mai. 2023. *DJe*, 31 mai. 2023.

68 ARAUJO, Nádia; MARQUES, Frederico. Os requisitos para a homologação de sentença estrangeira: análise dos julgados do STF. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAUJO, Nádia. *O novo Direito Internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 219-240, 2005, p. 221.

69 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Homologação de Decisão Estrangeira nº 2.891. Relator: Ministro Francisco Falcão. Brasília, 15 mar. 2023. *DJe*, 21 mar. 2023.

70 BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 [Código de Processo Penal]. *Diário Oficial da União*, 13 out. 1941, p. 19699.

Tribunal de Justiça têm recorrido mais frequentemente à redação do Artigo 963 do Código de Processo Civil e dos Artigos 216-C, 216-D e 216-F do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.⁷¹ Os dispositivos apresentam pequenas diferenças de redação que não alteram o sentido, de tal modo que os requisitos são essencialmente: (a) ter sido a decisão proferida por autoridade estrangeira competente;⁷² (b) ter sido a decisão precedida de regular citação ou verificação da revelia;⁷³ (c) ter a decisão transitado em julgado ou ser eficaz no país em que foi proferida;⁷⁴ (d) estar revestida das formalidades necessárias, legalizada e traduzida;⁷⁵ (e) não apresentar ofensa manifesta à ordem pública brasileira;⁷⁶ e (f) não violar a coisa julgada brasileira.⁷⁷

Sempre que verificados esses requisitos, a sentença penal estrangeira deve ser homologada e, estando apta a produzir seus efeitos no território nacional, servirá de base para que se inicie a execução da pena no Brasil. Os procedimentos de efetivação da prisão e de sua execução competem, nos termos do parágrafo único do Artigo 102 da Lei de Migração, à Justiça Federal.⁷⁸ É imperioso concluir que o legislador não pretendeu dar às autoridades brasileiras cognição ampla sobre a sentença penal estrangeira, o que desfiguraria o tradicional sistema de contenciosidade limitada que sempre orientou o Direito brasileiro no que tange à atribuição de efeitos a julgamentos estrangeiros no Brasil.⁷⁹

71 BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015 [Código de Processo Civil]. *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015, p. 1. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Regimento Interno* [do Superior Tribunal de Justiça]. Brasília: STJ, 2023.

72 O requisito consta do Artigo 788, II, do Código de Processo Penal, também presente no Artigo 963, I, do Código de Processo Civil e no Artigo 216-D, I, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

73 O requisito consta igualmente do Artigo 788, II, do Código de Processo Penal, estando também mencionado no Artigo 963, II, do Código de Processo Civil e no Artigo 216-D, II, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

74 O requisito consta do Artigo 788, III, do Código de Processo Penal (“passada em julgado”), e do Artigo 216-D, III, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, que recorrem à noção de trânsito em julgado, ao passo que Artigo 963, III, do Código de Processo Civil também inclui a noção da eficácia no país em que a decisão foi proferida, uma vez que nem todos os ordenamentos jurídicos podem conhecer o trânsito em julgado.

75 Essas formalidades são referidas nos incisos I, IV e V do Artigo 788 do Código de Processo Penal, sendo também mencionadas no Artigo 963, V, do Código de Processo Civil – quanto à tradução – e no Artigo 216-C do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

76 O requisito da não-violação da ordem pública está previsto no Artigo 781 do Código de Processo Penal, no Artigo 963, VI, do Código de Processo Civil e no Artigo 216-F do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

77 O respeito à coisa julgada é imposto pelo Artigo 963, IV, do Código de Processo Civil.

78 Nesse particular, o legislador parecer ter procurado manter a coerência com as competências constitucionais da Justiça Federal, em particular com o que dispõe o inciso X do Artigo 109 da Constituição. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988, p. 1.

79 Quando estipula a homologação, a alínea “i” do inciso I do Artigo 105 da Constituição sinaliza a opção brasileira pelo exercício de um juízo de delibação para reconhecimento das decisões estrangeiras. Nesse sentido, “a eficácia das sentenças estrangeiras é fenômeno que decorre da

CONCLUSÃO

O resgate da história legislativa da Lei de Migração e a apreciação dos tratados anteriores em matéria de cooperação jurídica internacional permitem concluir que o objetivo principal do instituto da transferência de execução da pena é reduzir a impunidade nos casos em que um indivíduo condenado em um Estado consegue deslocar-se para outro Estado e, especialmente em razão de sua nacionalidade, não pode ser extraditado. Esse é o espírito que precede a elaboração da Lei de Migração e que deve, portanto, orientar sua interpretação. Do mesmo modo, o desenvolvimento do processo legislativo da Lei de Migração explica por que, embora tenha conservado essa denominação, ela não é uma lei apenas sobre política migratória, de modo que não se pode pretender afastar sua incidência – no que couber – aos nacionais brasileiros, apenas em razão de sua denominação inspirada pela ideia original do projeto de lei, posteriormente modificado durante a tramitação no Congresso Nacional.

O exame detalhado da Lei de Migração também impõe a conclusão de que a transferência da execução da pena é aplicável aos nacionais brasileiros, afastando-se qualquer questionamento decorrente da proteção constitucional conferida aos nacionais nos casos de extradição, mas não nos casos de transferência de execução da pena. É fundamental reconhecer que entregar alguém para que cumpra pena no Estado estrangeiro de acordo com as normas estrangeiras e sob a responsabilidade das instituições locais é substancialmente diferente de permitir que alguém, uma vez condenado por crime que cometeu no estrangeiro, cumpra a pena aplicada no Brasil, à luz das normas e garantias de execução penal brasileiras. No primeiro caso, quis o constituinte proteger os nacionais, impedindo sua extradição; no segundo caso, não.

O legislador apenas regulou, na Lei de Migração, os requisitos e procedimentos da transferência de execução da pena, inclusive em benefício dos destinatários da medida. Nesse particular, a análise demonstrou que, pela interpretação da norma e pelos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, o procedimento de autorização realizado pelo Brasil decorre de uma fase de análise dos requisitos previstos na Lei de Migração pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública e de uma fase de homologação da sentença penal estrangeira de competência do Superior Tribunal de Justiça. Mesmo na ausência de tratado específico, a Lei de Migração admite a realização do procedimento com base em promessa de reciprocidade, que já serviu tanto para pedidos efetuados pelo Brasil quanto para os pedidos recebidos pelo Brasil.

existência de jurisdições autônomas, mas que, ao mesmo tempo, tem de levar ao entendimento de que a sua revalidação local não pode exigir senão um reexame exterior de sua apresentação como resultado de manifestação legítima de um Poder Judiciário devidamente organizado”. ROCHA, Osiris. Eficácia de sentença estrangeira. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 21, p. 61-71, 1979.

Na repartição das competências, a Lei de Migração introduziu nova hipótese de homologação da sentença penal estrangeira no ordenamento jurídico brasileiro, em paralelo àquelas já admitidas pelo Código Penal. O procedimento de homologação decorre de sistema de contenciosidade limitada, que não tem o condão de revisitar as razões do julgamento estrangeiro, mas apenas de analisar os requisitos legais exigidos para que se atribua eficácia ao provimento estrangeiro no território nacional. É garantia bastante, e aceita há décadas no Brasil, de que o julgamento tenha respeitado os critérios mínimos essenciais que ordenamento jurídico nacional exige para conceder-lhe eficácia, sem submetê-lo à revisão pelos tribunais pátrios.

Em síntese, há que se reconhecer – nos termos do que fizeram o Ministério das Relações Exteriores e o Congresso Nacional – que a transferência de execução da pena é “moderno instituto que amplia os horizontes da persecução criminal”⁸⁰ e que “confere maior eficácia à cooperação jurídica em matéria criminal, já que alcança, respeitando os direitos básicos da pessoa condenada, casos em que não seja possível a extradição”.⁸¹ O entendimento preciso, que se procurou sistematizar neste artigo, dos objetivos, requisitos e procedimentos da transferência de execução da pena contribui para refinar a teoria e a prática da cooperação jurídica internacional em matéria penal no Brasil.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. O reconhecimento de sentenças penais estrangeiras no Brasil: os casos Robinho, Falco e Narbondo. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, v. 1, n. 93, p. 161-194, 2023.

ARAUJO, Nádia; MARQUES, Frederico. Os requisitos para a homologação de sentença estrangeira: análise dos julgados do STF. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAUJO, Nadia. *O novo Direito Internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 219-240, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique; TORRES, Paula Ritzmann. Robinho: homologação de sentença penal condenatória na marca do pênalti. *Consultor Jurídico*, 21 mar. 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-mar-21/badaro-torres-sentenca-condenatoria-robinho-marca-cal>>. Acesso em: 23 set. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Decreto Legislativo nº 2.843, de 2010 [Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania]. Brasília, 5 abr. 2010. *Diário da Câmara dos Deputados*, 15 abr. 2010, p. 18181.

80 BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Exposição de Motivos nº 249 MRE – JUST-BRAS-HOLA*. Brasília, 10 jul. 2009. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br>>. Acesso em: 23 set. 2023.

81 BRASIL. Senado Federal. Parecer nº 384, de 2011, da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional. Brasília, 2 jun. 2011. *Diário do Senado Federal*, 7 jun. 2011, p. 21512.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2516/2015 [redação final]. **Diário da Câmara dos Deputados**, 7 dez. 2016, p. 139.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, 5 out. 1988, p. 1.

BRASIL. Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991. **Diário Oficial da União**, 27 jun. 1991, p. 12481.

BRASIL. **Decreto nº 18.871 de 13 de agosto de 1929** [Código Bustamante]. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/norma/435904>>. Acesso em: 23 set. 2023.

BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. **Diário Oficial da União**, 15 mar. 2004, p. 1.

BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. **Diário Oficial da União**, 1 fev. 2006, p. 1.

BRASIL. Decreto nº 7.906, de 4 de fevereiro de 2013. **Diário Oficial da União**, 05 fev. 2013, p. 9.

BRASIL. Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017. **Diário Oficial da União**, 21 nov. 2017, p. 1.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 [Código Penal]. **Diário Oficial da União**, 31 dez. 1940, p. 23911

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 [Código de Processo Penal]. **Diário Oficial da União**, 13 out. 1941, p. 19699.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015 [Código de Processo Civil]. **Diário Oficial da União**, 17 mar. 2015, p. 1.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017 [Lei de Migração]. **Diário Oficial da União**, 25 mai. 2017, p. 1

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Indicadores DRCI/SENAJUS/MJSP – 2021: cooperação jurídica internacional**. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/cooperacao-internacional/estatisticas/>>. Acesso em: 23 set. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Manual de Cooperação Jurídica Internacional: matéria penal e recuperação de ativos**. 4ª ed. Brasília: MJSP, 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Portaria nº 605, de 21 de junho de 2019. **Diário Oficial da União**, 24 jun. 2019, p. 35.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Exposição de Motivos nº 249 MRE – JUST-BRAS-HOLA**. Brasília, 10 jul. 2009. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br>>. Acesso em: 23 set. 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Emenda nº 22 ao Substitutivo do Projeto de Lei do Senado nº 218 de 2013**. 1 jul. 2015. Disponível em: <www.senado.leg.br>. Acesso em: 23 set. 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Minuta do Parecer (Senador Ricardo Ferraço) no Projeto de Lei do Senado nº 218 de 2013**. Brasília, 16 dez. 2014. Disponível em: <www.senado.leg.br>. Acesso em: 23 set. 2023.

BRASIL. Senado Federal. Parecer nº 384, de 2011, da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional. Brasília, 2 jun. 2011. **Diário do Senado Federal**, 7 jun. 2011, p. 21512.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 288, de 2013. **Diário do Senado Federal**, nº 110, 12 jul. 2023, p. 46372.

BRASIL. Senado Federal. Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 7/2016 [redação final]. **Diário do Senado Federal**, 23 mai. 2017, p. 71

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Rescisória nº 7.287. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 5 set. 2022. **DJe**, 9 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno na Sentença Estrangeira Contestada nº 10.250. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 15 mai. 2019. **DJe**, 23 mai. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Homologação de Decisão Estrangeira nº 7.158. Relator: Ministro Presidente Humberto Martins. Brasília, 24 ago. 2022. **DJe**, 25 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Homologação de Decisão Estrangeira nº 2.259. Relator: Ministro Presidente João Otávio de Noronha. Brasília, 5 set. 2019. **DJe**, 11 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Homologação de Decisão Estrangeira nº 6.851. Relatora: Ministra Presidente Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 29 mai. 2023. **DJe**, 31 mai. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Homologação de Decisão Estrangeira nº 2.891. Relator: Ministro Francisco Falcão. Brasília, 15 mar. 2023. **DJe**, 21 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Homologação de Sentença Estrangeira nº 8.131. Relatora: Ministra Presidente Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 16 ago. 2023. **DJe**, 17 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Homologação de Sentença Estrangeira nº 7.618. Relatora: Ministra Presidente Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 21 mar. 2023. **DJe**, 28 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Homologação de Sentença Estrangeira nº 5.175. Relator: Ministro Presidente Humberto Martins. Brasília, 19 abr. 2021. **DJe**, 22 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Homologação de Sentença Estrangeira nº 4.035. Relator: Ministro Presidente João Otávio de Noronha. Brasília, 18 jun. 2020. **DJe**, 22 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Homologação de Sentença Estrangeira nº 8.131. Relatora: Ministra Presidente Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 16 ago. 2023. **DJe**, 17 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Homologação de Sentença Estrangeira nº 8.161. Relatora: Ministra Presidente Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 4 ago. 2023. **DJe**, 7 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Homologação de Sentença Estrangeira nº 7.618. Relatora: Ministra Presidente Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 21 mar. 2023. **DJe**, 28 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Homologação de Sentença Estrangeira nº 2.093. Relator: Ministro Presidente João Otávio de Noronha. Brasília, 17 mai. 2019. **DJe**, 21 mai. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira Contestada nº 10.612. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 2 mar. 2016. **DJe**, 28 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 1.047. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 10 out. 2007. **DJe**, 14 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 1.187. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 16 dez. 2010. **DJe**, 29 mar. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 443. Relator: Ministro Rafael Mayer. Brasília, 19 nov. 1986. **DJ**, 19 dez. 1986, p. 25336.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 646. Relator: Ministro Maurício Correa. Brasília, 21 jun. 1995. **DJ**, 18 ago. 1995, p. 24894.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 171118. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 12 nov. 2019. **DJe**, 17 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem em Prisão Preventiva para Extradicação nº 623. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 1 jul. 2010. **DJe**, 3 set. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sentença Estrangeira nº 2.290. Relator: Ministro Thompson Flores. Brasília, 17 nov. 1976. **RTJ**, v. 82, n. 1, p. 57, 1977.

CAPEZ, Fernando. O caso Robinho e os artigos 100 e 102 da Lei de Migração. **Consultor Jurídico**, 6 abr. 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-abr-06/controversias-juridicas-caso-robinho-artigos-lei-migracao>>. Acesso em: 23 set. 2023.

CASTRO, Emília Lana de Freitas; XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. Reconhecimento e homologação de sentenças penais estrangeiras no Brasil: impossibilidade de aplicação do Direito público estrangeiro e inconsistências da Lei de Migração. In: MENEZES, Wagner (org.). **Direito Internacional em expansão**, v. 16. Belo Horizonte: Arraes, p. 272-287, 2019.

CHAVES JUNIOR, Airto; PÁDUA, Thiago Aguiar. Necessárias reflexões sobre o pedido de extradição no caso Robinho. **Consultor Jurídico**, 23 mar. 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-mar-23/chaves-jr-padua-necessarias-reflexoes-robinho2>>. Acesso em: 23 set. 2023.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. Extradição de nacional no Direito brasileiro: o pioneirismo do caso Cláudia Hoerig. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 69, p. 769-795, 2016.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado: vade-mécum**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 167-214.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. **L'application du droit public étranger** (Session de Wiesbaden). 1975. Disponível em: <<https://www.idi-iil.org/fr/publications-par-categorie/resolutions/>>. Acesso em: 23 set. 2023.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. **Les demandes fondées par une autorité étrangère ou par um organisme public étranger sur des dispositions de son droit public** (Session de Oslo). 1977. Disponível em: <<https://www.idi-iil.org/fr/publications-par-categorie/resolutions/>>. Acesso em: 23 set. 2023.

LOULA, Maria Rosa. Anotações sobre homologação de sentença estrangeira no Brasil. In: TIBURCIO, Carmen; VASCONCELOS, Raphael; MENEZES, Wagner. **Panorama do Direito Internacional Privado atual e outros temas contemporâneos**. Belo Horizonte: Arraes, p. 195-204, 2015.

MACHADO, Lorena. Transferência de pena entre Itália e Brasil: a cooperação jurídica internacional. **Consultor Jurídico**, 3 abr. 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-abr-03/lorena-machado-execucao-pena-transitada-julgado-italia>>. Acesso em: 23 set. 2023.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Robinho: por que a transferência de execução da pena não se aplica ao caso? **Jota**, 24 jan. 2022. Disponível em: <<https://>

www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/robinho-por-que-a-transferencia-de-execucao-da-pena-nao-se-aplica-24012022>. Acesso em: 23 set. 2023.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Transferência da execução da pena a brasileiros natos: o “caso Robinho” e as relações de cooperação judiciária penal entre Brasil e Itália. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 91, p. 299-309, 2022.

PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. Dos casos em que é desnecessário homologar uma sentença estrangeira. *Revista de Informação Legislativa*, v. 46, n. 184, p. 47-54, 2009.

PORTO, Valéria. A aplicação do princípio da reciprocidade no Direito Internacional Público: do bilateralismo à supranacionalidade. *Revista de Defensoria Pública da União*, n. 26, p. 86-103, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direito Internacional Privado*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 506-513.

ROCHA, Osiris. Eficácia de sentença estrangeira. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 21, p. 61-71, 1979.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Regimento Interno [do Superior Tribunal de Justiça]*. Brasília: STJ, 2023.

TRAD, José Belga Assis. Execução de sentença estrangeira em território nacional: o ‘caso Robinho’. *Consultor Jurídico*, 23 jan. 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jan-23/trada-execucao-sentenca-estrangeira-territorio-nacional>>. Acesso em: 23 set. 2023.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*, v. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p. 274.

Recebido em: 27/09/2023

Aprovado em: 04/07/2024

L'EMPIETEMENT DE FONCTION ET SES DIFFERENTES PERI- PETIES DANS LA GESTION DES PROVINCES EN RDC : CAS DE L'INTERIM DU GOUVERNEUR DE PROVINCE

THE ENCROACHMENT OF FUNCTION AND ITS DIFFERENT PERIPETIES IN THE MANAGEMENT OF PROVINCES IN THE DRC: CASE OF THE AD INTERIM GOVERNOR OF PROVINCE

GERMAIN NGOIE TSHIBAMBE*

JANVIER LEMERE KIYOMBO MAKONGA**

RÉSUMÉ

Cette étude se propose de démontrer qu'à chaque autorité correspond une compétence définie par les textes en fonction d'une spécialité déterminée. Et donc une autorité administrative ne peut agir que dans une matière pour laquelle elle est investie. Quelle que soit par ailleurs la liberté dont elle peut disposer dans l'appréciation des faits, l'Administration ne peut ignorer les conditions juridiques que les textes établissent pour qu'elle exerce son pouvoir. Lorsqu'un acte administratif unilatéral, tel qu'un arrêté individuel, est élaboré en violation de cette règle, la notion d'incompétence s'invite promptement. L'intérim, bien qu'étant une exception à l'incompétence résultant de l'empiètement de fonction, comme la délégation de compétence ou la suppléance, constitue un danger contre l'Etat de droit lorsqu'il ne se conforme pas aux règles qui l'organisent, et tous les actes qu'il génère tombent sous le coup de l'empiètement de fonction, par conséquent inconstitutionnels ou illégaux, susceptibles d'annulation devant un juge compétent.

MOTS CLÉS: Province. Gouverneur. Intérim. Incompétence. Empiètement. Annulation.

ABSTRACT

The Constitution of February 18, 2006, which proclaims the united and indivisible character of the DRC, established two levels of state power: the central power and the province within which exist decentralized territorial entities and other administrative entities. This Constitution thus clearly distributed powers between the central power and the provinces. The distribution of power exercise unfolds three modes of exercising state power: i) the exclusive jurisdiction of the central power, ii) the concurrent jurisdiction of the central power and the provinces, and iii) the exclusive jurisdiction of the province. However, in practice the provinces are increasingly under the pressures of the central level of power which leads to the proliferation of crises, including those linked to the encroachment of functions.

This study aims at understanding the specific case of ad interim Governor, resulting mainly from the interference of the central power which puts aside the Governor so as to show its preeminence over the second level of power. Many provinces have been administrated by ad interim governors. This exceptional case seemed to have become the particular way of doing things in the DRC. We want to let scholars in the constitutionalism be aware of this deviation induced by this practice which

* Professeur titulaire au Département des Relations Internationales de la Faculté de Sciences sociales, politiques et administratives de l'Université de Lubumbashi (DRC).
E-mail: gngoie2013@gmail.com.

** Assistant à la Faculté de droit de l'Université de Lubumbashi (DRC).
E-mail: janvierlemere.88@gmail.com.

constitutes surreptitiously in DRC the rampant crisis of the rule of the law. The long road to a matured liberal regime is full of pitfalls stemming from the greed and grievances between the top level of power and the bottom level.

KEYWORDS: *Province. Ad interim governor. Encroachment. State power. Annulation. Rule of law.*

INTRODUCTION

8 ans après l'installation des 26 nouvelles provinces de la République démocratique du Congo¹, contre 11, initialement, il se dégage que leur gouvernance constitue encore une véritable hantise dans l'évolution politique et constitutionnelle de la République démocratique du Congo. Car au lieu que les provinces soient des centres de rayonnement pour une administration de proximité chargée de promouvoir le développement à la base, leur gouvernance s'est illustrée par la prolifération des tensions et des conflits qui déroutent les attentes de la population, alors que cette dernière a pourtant fondé assez d'espoir sur cette réorganisation territoriale et administrative.

Ces tensions et conflits ayant comme conséquence l'instabilité des institutions politiques provinciales, ont été alimentés par une série des destitutions et démissions de gouverneurs, une crise de confiance entre députés provinciaux et présidents de leurs assemblées, le pouvoir de contrôle des assemblées provinciales sur les gouverneurs ainsi que sur les ministres provinciaux a rapidement tourné au chantage puis au racket systématique, etc.

Dans la foulée de ces tensions et conflits, va émerger une autre forme de crise, c'est celle découlant de la gestion des intérim des gouverneurs déchus par leurs assemblées provinciales. Le dernier cas en date est celui de la province du Lualaba, où l'on a assisté à un remaniement du gouvernement provincial par le vice-gouverneur assurant l'intérim du gouverneur empêché, mais n'étant frappé d'aucune sanction. Ce remaniement intervenu le 25 mai 2022 a été réalisé avec le concours du Vice-premier ministre et Ministre de l'Intérieur, Sécurité, Décentralisation et Affaires coutumières.

Plusieurs voix s'étaient opposées à cette pratique désobligeante, devenue courante, celle qui fait de gouverneurs intérimaires des principaux acteurs de remaniement de gouvernements provinciaux. Quant à nous, nos préoccupations sont d'ordre juridique et concernent principalement l'étendue du pouvoir d'intérim, dans le cas d'espèce, l'intérim assumé par le vice-gouverneur de province d'une part, et d'autre part, l'étendue de l'autorité du Ministre de l'intérieur au regard du rôle joué par ce dernier dans la gestion de ces intérim.

1 Loi de programmation n°15/004 du 28 février 2015 déterminant les modalités d'installation de nouvelles provinces.

Dans la poursuite de l'idéal de l'Etat de droit, notre étude se charge de démontrer que la loi attache à chaque autorité une compétence définie par les textes en fonction du secteur d'activité bien défini. Et le principe de la compétence voudrait qu'aucune autorité administrative n'agisse en dehors du cadre circonscrit par loi, c'est-à-dire agir en dehors de la matière pour laquelle elle est investie². La liberté dont dispose une autorité administrative dans l'appréciation des faits, ne peut la conduire à méconnaître les conditions juridiques établies par les textes pour l'exercice de son pouvoir³, pour ne pas tomber dans le cas d'incompétence.

L'incompétence est définie comme un défaut de pouvoir, matériellement ou territorialement, qui conduit à l'annulation de l'acte posé par un agent public⁴. L'intérim est cependant une exception à l'incompétence résultant de l'empiètement de fonction⁵, comme la délégation de compétence⁶ ou la suppléance. Mais lorsque l'intérim ne se conforme pas aux règles qui l'organisent, il tombe sous le coup de l'empiètement de fonction, et tous les actes qui en résultent sont susceptibles d'annulation devant un juge compétent.

Accompagnée d'une approche comparative, cette étude est structurée en trois sections : la première va s'atteler sur la notion d'intérim, il sera question

-
- 2 Même dans l'hypothèse où cette autorité agirait dans les matières pour lesquelles elle est investie, Michel Rousset et Olivier Rousset font observer que l'autorité administrative légalement investie ne peut disposer de sa compétence à sa guise ; elle doit l'exercer conformément à la réglementation qui s'impose à elle ; elle ne peut y renoncer, ni accepter de quelque manière que ce soit, de subordonner son exercice à des conditions (...). ROUSSET Michel et ROUSSET Olivier, *Droit administratif I, l'action administrative*, Presses universitaires de Grenoble, Grenoble, 2004, p. 145.
 - 3 DUPUIS Georges, GUEDON Marie-José, CHRETIEN Patrice, *Droit administratif*, 10^e éd., Dalloz, Paris, 2007, p. 477.
 - 4 GUINCHARD S., DEBARD T., *Lexiques des Termes juridiques*, 25^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2017-2018, p. 1002.
 - 5 L'empiètement de fonction est la situation dans laquelle une autorité administrative agit dans un domaine relevant d'une autre autorité administrative. C'est dans cette hypothèse d'empiètement de fonctions que s'applique effectivement la règle suivant laquelle « la compétence est d'attribution ». VUNDUAWE TE PEMAKO F., MBOKO DJ'ANDIMA J-M., *Traité de droit administratif de la République démocratique du Congo*, 2^e éd., Bruylant, Bruxelles, 2020, pp. 764-765.
 - 6 On parle de la délégation de compétence, lorsqu'une autorité administrative (appelée « délégante ») est fréquemment conduite à déléguer une partie de ses tâches à un subordonné (dit « délégataire »), car elle ne peut exercer dans leur plénitude la totalité de ses attributions. Tantôt elle délègue l'exercice de certains de ses pouvoirs (délégation de compétence), tantôt elle ne délègue que le pouvoir de signer sous son contrôle (délégation de signature). RICCI Jean-Claude, *Droit administratif*, 4^e éd., Hachette, Paris, 2004, p. 63. Si la délégation de compétence et la délégation de signature ont des points communs (l'existence d'un texte qui les prévoit), Martine Lombard et Gilles Dumont soulignent que la délégation de compétence se démarque de celle de signature en ce sens qu'elle entraîne le dessaisissement de l'autorité qui l'attribue, la seule solution pour qu'elle retrouve sa compétence consistant à révoquer la délégation accordée. Tandis que dans la délégation de signature, l'autorité délégante conserve pleinement sa compétence. LOMBARD Martine, DUMONT Gilles, *Droit administratif*, 8^e éd., Dalloz, Paris, 2009, p. 237.

dans cette partie de définir l'intérim, de relever son objectif et ses différentes caractéristiques. La deuxième section va traiter de l'étendue du pouvoir d'intérim du Vice-gouverneur de province, dans les 2 cas qui sont les suivants : le cas d'absence ou empêchement temporaire du gouverneur de province (maladie, mission de service etc.) et le cas d'empêchement définitif du gouverneur (décès, démission ou destitution). La troisième section, qui est la dernière, aborde la question de l'autorité du Ministre de l'intérieur. Il va s'agir dans cette partie de confronter les attributions de ce dernier aux prérogatives de provinces, découlant, soit de la Constitution, soit de la loi susvisée portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des provinces. Mais bien avant d'évaluer l'autorité du Ministre de l'intérieur, l'on va s'intéresser d'abord au statut juridique des provinces.

SECTION I. NOTION DE L'INTERIM

1. **Définition** : l'intérim est une situation dans laquelle une autorité administrative subalterne exerce pour une période donnée les fonctions et les tâches d'une autorité administrative supérieure en vertu d'une décision d'intérim ayant pour fondement soit un texte légal ou réglementaire, soit le principe de la continuité et de la régularité des services publics⁷.
2. **Objectif** : assurer la continuité du service public⁸ en cas d'absence. « La création du service public procède d'un besoin permanent ; une fois en place, il doit fonctionner sans défaillance »⁹. Le principe de continuité a donc vocation à garantir un fonctionnement régulier du service public.
3. **Caractéristiques**
 - a) **L'intérim peut ne pas être prévu par un texte, car il s'opère en vertu du principe de continuité du service public.** Le professeur Jean-Claude Ricci souligne que l'intérim, dans la plupart de cas, ne s'opère guère en vertu d'un texte, l'intérimaire est souvent choisi afin d'exercer les prérogatives de celui qu'il remplace¹⁰.

7 VUNDUAWE TE PEMAKO F., MBOKO DJ'ANDIMA J.-M., *Op.cit.*, p. 769.

8 La notion de service public est, à la fois, l'une des plus importantes et l'une des plus controversées du droit administratif. Notion importante, car, ayant à rendre compte de ce que sont les services publics, elle contient l'idée de finalité sociale, de satisfaction des besoins collectifs et peut donc être appréhendée comme « pivot du rôle de l'Etat ». DUPUIS Georges, GUEDON Marie-José, CHRETIEN Patrice, *Op.cit.*, p. 521.

9 MAURIN André, *Droit administratif*, 11^e éd., Dalloz, Paris, 2018, p. 135.

10 RICCI Jean-Claude, *Op.cit.*, p. 64.

- b) **L'intérimaire n'est pas nécessairement désigné par l'autorité hiérarchique directe qui est momentanément remplacée. IL peut être désigné par une autorité hiérarchique plus élevée¹¹.** (Ici on répond à la question de savoir qui désigne l'intérimaire).

(Il y a lieu d'illustrer cela par le débat qui a opposé, en juin 2014, le député national Henry Thomas Lokondo, d'heureuse mémoire, à Richard Muyej, Ministre de l'intérieur. Après l'évacuation du Gouverneur de la province de l'Equateur Louis Alphonse Koyagialo pour des soins médicaux à l'extérieur du pays, dans sa note du 19 juin 2014, le Ministre de l'intérieur Richard Muyej avait confié le plein intérim du Gouverneur empêché, au Vice-gouverneur Sébastien Impeto. En réaction à cette lettre, le Député national Henry Thomas Lokondo a estimé que l'intérim qu'exerce un Vice-gouverneur de province suite à un empêchement du Gouverneur « est de droit ». Pour lui, un Vice-gouverneur de province n'a pas besoin d'une lettre du Ministre de l'intérieur ou du pouvoir central pour exercer ce droit)¹².

Dans cet exemple, la posture du Ministre de l'intérieur est celle d'une autorité hiérarchique plus élevée, qui pense disposer des compétences nécessaires lui permettant de désigner le Vice-gouverneur comme devant assumer l'intérim du Gouverneur provisoirement empêché. C'est d'ailleurs la question à laquelle nous allons répondre dans la troisième section, de savoir si cette autorité est-elle hiérarchique, qui permet d'orienter l'exercice des compétences des subordonnés par le moyen des circulaires, directives et autres notes de service ou tout simplement un pouvoir d'encadrement.

- c) **Sur le plan du contentieux, l'intérimaire répond de ses actes aussi devra-t-il toujours signer avec la mention « ad intérim » ou « ai » pour que les tiers le sachent.**

L'autorité hiérarchique directe qui est momentanément remplacée ne peut en aucun cas répondre des actes de son intérimaire. C'est d'ailleurs pour cette raison que les « décisions des autorités administratives doivent comporter, outre la signature, la mention, en caractères lisibles, du prénom, du nom et de la qualité de l'auteur »¹³.

Vunduawe Te Pemako souligne que dans l'élaboration de l'acte administratif unilatéral, sont nombreuses les formes et les formalités à suivre. Des conséquences juridiques s'attachent à la motivation et aux formes substantielles de l'acte. Suivant la réglementation sur les sceaux officiels (décret n°04/035 du 26 avril 2004, qui est en réalité la reprise de l'ordonnance n°90-177 du 24 août 1990 portant

11 VUNDUAWE TE PEMAKO F., MBOKO DJ'ANDIMA J-M., *Op.cit.*, p. 770.

12 <https://www.mediacongo.net/article-actualite-2258.html>

13 DUPUIS Georges, GUEDON Marie-José, CHRETIEN Patrice, *Op.cit.*, p. 476.

réglementation des sceaux officiels de la République du Zaïre), aucun acte ou document officiel n'est valable s'il n'est revêtu, entre autre, d'un sceau officiel et de la signature de l'autorité compétente. La **signature** désigne l'auteur ou matérialise la compétence de l'auteur, la **date** indique le **moment**, précédé du **lieu** de l'acte, la **numérotation** renvoie à la **référence** de l'acte dans la série et le **cachet** certifie que l'acte est **authentique**, mieux **officiel**. Le sceau officiel a, en effet, pour objet d'assurer la **validité formelle** de l'acte signé¹⁴.

L'arrêté provincial du Vice-gouverneur du Lualaba n°2022/GOUV/P.LBA/026 du 25/05/2022 portant réaménagement du Gouvernement provincial du Lualaba a alimenté le débat notamment en ce qu'il porte deux qualités. D'une part, la qualité de Vice-gouverneur à l'entête, et d'autre part, la qualité de Gouverneur à travers le sceau. Or, l'auteur de l'acte n'est pas le Gouverneur, c'est le Vice-gouverneur assumant l'intérim de celui-ci ; encore que le Vice-gouverneur n'a pas signé pour le Gouverneur ou « PO ». Il ne peut donc en aucun cas porter la qualité de Gouverneur, car il doit répondre de ses actes comme intérimaire, c'est pourquoi il doit signer avec la mention « ad intérim » ou « ai »¹⁵.

Dès lors que le Gouverneur intérimaire signe un arrêté sans cette mention, pire encore, il signe ledit arrêté en portant le titre de Gouverneur à travers le sceau, la validité formelle de cet arrêté est sans doute remise en cause. Un intérimaire ne peut, en aucun cas, porter le titre du titulaire du poste. C'est ce qui ressort des termes de l'article 24, al. 5 de l'ordonnance n°20/016 portant organisation et fonctionnement du Gouvernement, modalités de collaboration entre le Président de la République et le Gouvernement ainsi qu'entre les membres du Gouvernement, du 27 mars 2020, « Le Vice-ministre ou tout autre membre du Gouvernement assumant un intérim exerce les fonctions du Ministre concerné sans porter le titre de celui-ci ».

- 4) **La durée de l'intérim** : le cas d'empêchement temporaire ne pose pas tellement de problème s'agissant de la durée de l'intérim. L'intérim dure tant que dure l'absence de l'autorité temporairement remplacée. Dans le cadre du Statut général de la fonction publique nationale,

14 VUNDUAWE TE PEMAKO F., MBOKO DJ'ANDIMA J-M., *Op.cit.*, pp. 776-777.

15 Les diverses règles relatives à la forme des actes ont une importance inégale. Ce qui est essentiel c'est le fond et non les formes, qui n'en sont que l'expression. Toutefois le régime juridique relatif à la forme est loin d'être négligeable : il est évident qu'une bonne compréhension du contenu au fond des décisions n'est possible que si la présentation claire, précise et rigoureuse. A l'époque contemporaine, un certain formalisme tend de plus en plus à être imposé par le législateur, dans un souci de protection des droits des administrés. DUPUIS Georges, GUEDON Marie-José, CHRETIEN Patrice, *Op.cit.*, p.472

Vunduawe Te Pemako souligne que la durée de l'intérim, en cas de vacance, ne peut dépasser 12 mois¹⁶.

Mais en cas d'empêchement définitif, le modèle par excellence de la durée de l'intérim est celui dégagé par la Constitution de la République démocratique du Congo du 18 février 2006. Il s'agit de l'article 76, al. 3 et 4. Lorsque la vacance ou l'empêchement à la présidence de la République est déclaré définitif par la Cour constitutionnelle, le délai donné par la Constitution est de **soixante** jours (2 mois) au moins et **quatre-vingt-dix** jours (3 mois) au plus. Après ce délai, l'élection du nouveau Président de la République a lieu sur convocation de la Commission électorale nationale indépendante. C'est seulement en cas de force majeure que ce délai peut être prorogé à **cent vingt** jours au plus (4 mois). L'intérim du Président de la République, dans ce cas, ne peut donc dépasser **cent vingt** jours.

Au niveau de la province, pour revenir à notre cas d'espèce, la réponse sur le délai de l'intérim du Gouverneur de province est donnée par l'article 160 de la loi électorale¹⁷. En cas de décès, de démission, d'empêchement définitif ou de mise en accusation du Gouverneur de province, un nouveau scrutin est organisé dans les **quinze jours** par la Commission électorale nationale indépendante. Il s'agit donc de l'intérim le plus court jamais imaginé dans l'histoire de l'organisation et du fonctionnement des institutions politiques en République démocratique du Congo. Mais la raison est simple, le Gouverneur et le Vice-gouverneur sont élus au suffrage indirect qui n'est pas trop exigeant pour la CENI en terme des moyens logistiques et financiers comme le suffrage universel direct pour le Président de la République.

La rigueur qui entoure le délai de l'intérim vaut son pesant d'or surtout en démocratie, lorsqu'on sait très bien que l'autorité intérimaire peut ne pas disposer de légitimité nécessaire lui permettant d'exercer toutes les prérogatives de l'autorité hiérarchiquement remplacées. Le délai ne peut donc qu'être suffisamment court de peur que l'intérimaire ne s'habitue avec les nouvelles fonctions et en abuse.

Après avoir cerné les contours de la notion de l'intérim, place à présent à l'analyse de l'étendue du pouvoir de l'intérimaire qui, dans le cas d'espèce se trouve être le Vice-gouverneur de province, assumant l'intérim du Gouverneur de province.

16 VUNDUAWE TE PEMAKO F, MBOKO DJ'ANDIMA J-M., *Op.cit.*, p. 770.

17 Loi n°06/006 du 09 mars 2006 portant organisation des élections présidentielle, législatives, provinciales, urbaines, municipales et locales, telle modifiée et complétée par la loi n°11/003 du 25 juin 2011, la loi n°15/001 du 12 février 2015, la loi n°17/013 du 24 décembre 2017 et la loi n°22/029 du 29 juin 2022.

SECTION II. L'ETENDUE DU POUVOIR DE L'INTERIMAIRE (CAS DU VICE-GOUVERNEUR DE PROVINCE)

1. LE CAS D'ABSENCE OU D'EMPÊCHEMENT PROVISOIRE DU GOUVERNEUR DE PROVINCE

Aux termes de l'article 23 de la loi n°08/012 du 31 juillet 2008 portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des provinces, Le Gouverneur et le Vice-gouverneur sont élus pour un mandat de 5 ans renouvelables une seule fois par les députés provinciaux au sein ou en dehors de l'assemblée provinciale. Ils sont investis par l'ordonnance du Président de la République.

Le Décret-Loi n°081 du 02 juillet 1998 portant organisation territoriale et administrative de la République démocratique du Congo tel que modifié et complété par le Décret-Loi n°18/2001 du 28 septembre 2001, contrairement à la loi de 2008 relative à la libre administration des provinces, avait prévu des matières bien définies pour le Vice-gouverneur. En effet, le Gouverneur de province était, sous ce Décret-Loi, assisté de deux Vice-gouverneurs de province chargés respectivement des questions politiques et administratives et des questions économiques, financières et de développement¹⁸.

Le Vice-gouverneur en charge des questions politiques et administratives assurait l'encadrement civique de la population et le suivi des activités politiques et administratives dans la province sous la direction du Gouverneur de province, et le Vice-gouverneur chargé des questions économiques, financières et de développement était gestionnaire des crédits. Il s'occupait des problèmes économiques, de la gestion financière de la province ainsi que du suivi d'exécution des projets de développement sous la direction du Gouverneur de province¹⁹.

En cas d'absence ou d'empêchement, le Gouverneur de province était remplacé dans ses fonctions par le Vice-gouverneur chargé des questions politiques et administratives. En cas d'absence ou d'empêchement de deux précités, ceux-ci sont remplacés par le Vice-gouverneur chargé des questions économiques, financières et de développement. En cas d'absence ou d'empêchement de l'un des Vice-gouverneurs de province, l'autre Vice-gouverneur de province assure son intérim²⁰.

Il faut donc souligner que sous le Décret-Loi susvisé, il n'y avait pas de ministres provinciaux, mais seulement le Gouverneur de province, assisté de deux Vice-gouverneurs de province, nommés et relevés de leurs fonctions par le Président de la République, sur proposition du Ministre ayant les Affaires

18 Article 9 : (modifié et complété par l'article 1^{er} du Décret-Loi n°018 du 28 septembre 2001).

19 Article 12 : (modifié et complété par l'article 1^{er} du Décret-Loi n°018 du 28 septembre 2001).

20 Article 16 : (modifié et complété par l'article 1^{er} du Décret-Loi n°018 du 28 septembre 2001).

Intérieures dans ses attributions. Cependant, la loi de 2008 portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des provinces, calquée sur l'esprit et la lettre de la Constitution congolaise du 18 février 2006, est venue casser la structure à deux Vice-gouverneurs, en prévoyant un Gouverneur élu pour un mandat de 5 ans, assisté d'un seul Vice-gouverneur, lui aussi élu sur la même liste que le Gouverneur de province, et d'une équipe gouvernementale composée de dix ministres provinciaux nommés par le Gouverneur de province. Et donc les différents secteurs de la vie au niveau provincial sont éclatés et repartis à travers les ministères provinciaux.

Au regard donc de la nouvelle loi susvisée de 2008, le Vice-gouverneur n'a pas d'attribution précise. Il est comme le Vice-président des Etats-Unis que certains comparaient à la Reine d'Angleterre. Il assiste donc le Gouverneur de province dans l'exercice de ses fonctions. Il s'occupe des tâches spécifiques qui lui sont confiées par ce dernier. Il le remplace en cas d'absence ou d'empêchement.

A cet effet, les fonctions de l'intérimaire sont en principe déterminées dans la notification de l'intérim. Cela veut dire que l'autorité (titulaire du pouvoir) qui se déplace ou s'absente momentanément, définit les contours de l'intérim, il détermine de quelle façon son intérimaire doit se comporter pendant son absence. Ce dernier ne peut donc outrepasser les fonctions qui lui sont confiées dans le cadre de l'intérim. Mais la situation n'est pas la même en cas d'empêchement définitif.

2. LE CAS D'EMPÊCHEMENT DÉFINITIF DU GOUVERNEUR DE PROVINCE

En cas de rupture du mandat de Gouverneur de province (pour cause de décès, démission, empêchement définitif, mise en accusation ou révocation du Gouverneur par le Président de la République)²¹, le Gouvernement provincial est réputé démissionnaire. Dans ce cas, le Gouvernement provincial expédie les affaires courantes sous la direction du Vice-gouverneur, qui devient le Gouverneur intérimaire en attendant l'organisation d'un nouveau scrutin²².

Les affaires courantes, selon Francis Delpérée, renvoient aux affaires habituelles, ordinaires ou banales, c'est-à-dire les affaires qui relèvent de la gestion quotidienne des affaires publiques n'engageant pas les politiques publiques à venir²³.

21 Arts. 198 Const., art. 63 de la loi portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des provinces, 80 et 87 de la loi portant procédure devant la Cour de cassation.

22 Article 160 de la loi électorale. Lire aussi l'article 31 de la loi portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des provinces.

23 F. DELPEREE, « Gouverner sans gouvernement ? », *Bulletins de l'Académie Royale de Belgique*, n°23, 2012, pp. 121-134.

Le Vice-gouverneur de province est élu comme le Vice-président des Etats-Unis, sur la même liste que son titulaire. Il est le colistier du candidat Gouverneur. Mais à la différence du Vice-président des Etats-Unis²⁴, le Vice-gouverneur de province n'achève pas le mandat du Gouverneur en cas d'empêchement définitif de celui-ci. L'empêchement définitif²⁵ du Gouverneur pour toutes les causes sus évoquées entraîne la rupture du mandat²⁶. Il n'y a pas d'autres voies légales possibles à part l'organisation d'un nouveau scrutin.

Raison pour laquelle le Gouverneur intérimaire à la tête d'un Gouvernement démissionnaire ne peut poser des actes engageant des politiques publiques à venir²⁷, il se limiterait aux actes d'administration et ne peut donc poser des actes juridiques tels que la révocation d'un membre du Gouvernement provincial ou le remaniement du Gouvernement provincial.

(Après la déchéance du Gouverneur du Maniema Auguy Musafiri en décembre 2020, le Gouverneur intérimaire Jean-Pierre Amadi Lubenga, à la grande surprise de tous, a pris l'initiative de remanier le Gouvernement provincial pourtant démissionnaire, et dans la soirée du 25 décembre 2020, il va présenter une nouvelle équipe gouvernementale de 10 membres dont 9 nouvelles figures. Dans un message officiel daté du dimanche 27 décembre 2020, c'est-à-dire 48h après, Le VPM Gilbert Kankonde, a demandé au Gouverneur intérimaire du Maniema d'annuler ses arrêtés portant remaniement du Gouvernement provincial. Ce dernier a souligné que le Gouverneur ad intérim n'est pas compétent pour procéder au remaniement et ses arrêtés sont anti-constitutionnels)²⁸.

24 Aux termes du 25^{ème} amendement de la Constitution des Etats-Unis d'Amérique, le Vice-président, qui est élu sur la même liste que le Président, c'est-à-dire son colistier, devient Président par intérim en cas d'empêchement temporaire du Président. Mais en cas décès ou de démission du Président des Etats-Unis, le Vice-président deviendra Président. Il achèvera le mandat du Président, et il aura la plénitude de pouvoir, y compris engager le pays en guerre. (Illustration : la grave responsabilité du largage de la bombe atomique sur Hiroshima et Nagasaki a été prise par le Vice-président Truman surnommé Président de hasard, Roosevelt étant mort avant la fin de la guerre.

25 La doctrine voit dans l'empêchement définitif un « obstacle qui ne permet pas au titulaire d'une fonction publique de l'exercer normalement ». D'autres auteurs, se fondant sur un critère plutôt organique et objectif, voient dans l'empêchement définitif « l'impossibilité officiellement constatée par un gouvernement d'exercer ses fonctions ». MAMPUYA KANUNK'a-TSHIABO Auguste, KALUBA DIBWA Dieudonné, BOTAKILE BATANGA Noël, *La vacance des institutions politiques sous la Constitution du 18 février 2006*, Editions Eucalyptus, Kinshasa, 2016, p. 39. Lire aussi AVRIL Pierre et GICQUEL Jean, *Lexique de droit constitutionnel*, 7^e éd., PUF, Paris, 1998, p. 54.

26 Article 160 de la loi électorale.

27 Le Gouvernement provincial qui sera issu du nouveau scrutin est le seul compétent pour engager les politiques publiques à venir, il faut entendre par là, notamment la présentation à l'Assemblée provinciale du programme du Gouvernement. Lorsque le Vice-gouverneur ou le Gouverneur intérimaire remanie le Gouvernement provincial, c'est pour réaliser quel programme, parce que le programme initial tombe avec la chute de son initiateur, le Gouverneur déchu.

28 <https://www.radiookapi.net>

Il s'agit donc d'une sphère de compétence à laquelle l'intérimaire n'a pas accès. Il est question ici de faire respecter un principe général de parallélisme des compétences qui veut que ce soit l'autorité qui a pris la décision initiale qui seule soit compétente pour la modifier ou pour l'abroger. Compte tenu de cette répartition, on peut comprendre pourquoi l'autorité inférieure ne peut pas s'immiscer dans la compétence de l'autorité supérieure.

Aux termes de l'article 28, al. 7 de la loi °08/012 du 31 juillet 2008 portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des provinces, le Gouverneur de province, en tant qu'autorité administrative, agit par voie d'arrêté provincial délibéré en Conseil des ministres. L'arrêté est contresigné par le ministre provincial chargé de son exécution.

L'arrêté provincial est donc un acte administratif unilatéral²⁹. Sa portée peut être variable. Il peut être réglementaire, lorsqu'il pose des règles générales et impersonnelles (ex : arrêté provincial instaurant le couvre-feu sur l'étendue de la province), ou individuel, c'est-à-dire des actes désignant nommément leurs destinataires³⁰ (ex : nomination d'un fonctionnaire).

La loi susvisée relative à la libre administration des provinces, notamment en ses articles 27 et suivants, sur l'organisation et le fonctionnement du Gouvernement provincial, n'a pas livré des détails sur la question de l'intérim du Gouverneur de province, déjà qu'elle parle à peine du Vice-gouverneur de province. Dans ce cas, l'intérim du Gouverneur de province ne peut qu'obéir aux règles générales sur l'organisation et le fonctionnement des institutions politiques centrales en République démocratique du Congo.

L'arrêté provincial est le mode d'expression juridique d'un Gouverneur et non de son intérimaire, tant que le Gouverneur intérimaire n'est pas légalement (élection) investi de la compétence de Gouverneur, il ne peut l'exercer ; de même il ne peut l'exercer lorsqu'il en est privé ; « l'incompétence est un vice qui ne peut faire l'objet d'une ratification postérieure »³¹.

Il en est de même du décret pour le Premier ministre³², de l'arrêté pour le Vice-premier ministre, le Ministre d'Etat, le Ministre ou le Ministre délégué³³.

29 L'acte administratif est défini, sur le plan organique, comme celui qui émane d'une autorité investie par l'Etat du pouvoir de prendre des décisions administratives, et qui bénéficie du privilège de la puissance publique. On parle donc d'un acte administratif unilatéral lorsque l'acte émane de la seule volonté d'une autorité administrative et qui intervient dans l'exercice d'une fonction administrative en vue de modifier l'ordonnement juridique d'une matière ou la condition juridique d'une personne. Cette définition englobe les actes réglementaires aussi bien qu'individuels et particuliers. YUMA BIALA Louis, *Manuel de droit administratif général*, Editions CEDI, Kinshasa, pp. 108, 110.

30 LOMBARD Martine, DUMONT Gilles, *Op.cit.*, p. 233.

31 ROUSSET Michel et ROUSSET Olivier, *Op.cit.*, p. 145.

32 Art. 92 Const.

33 Art. 93 Const.

Par ex : le Vice-premier ministre ou le Vice-ministre assurent, selon le cas, l'intérim du Premier ministre ou du Ministre, sauf que le Vice-premier ministre ou le Vice-ministre n'ont pas, selon le cas, le pouvoir de signer des décrets ou des arrêtés.

Aux termes de l'article 24, al. 4 et 5 de l'ordonnance sus évoqué sur l'organisation et fonctionnement du Gouvernement, modalités de collaboration entre le Président de la République et le Gouvernement ainsi qu'entre les membres du Gouvernement, du 27 mars 2020, « le membre du Gouvernement assumant l'intérim ne peut procéder au remaniement du cabinet ou à l'affectation des agents du Ministère, sauf autorisation préalable du Premier ministre ».

Le Vice-ministre ou tout autre membre du Gouvernement assumant un intérim exerce les fonctions du Ministre concerné sans porter le titre de celui-ci».

A la Présidence de la République, par exemple, en cas d'absence ou d'empêchement provisoire du Président de la République, le constituant du 18 février 2006 a préféré parler de la délégation plutôt que de l'intérim. Le Président de la République délègue au Premier ministre le pouvoir de présider le Conseil des ministres³⁴. C'est uniquement dans ce seul cas et sur un ordre du jour précis (art. 79 Const., art. 48 Ordonnance susvisée). Dans ce cas, le Premier ministre agit comme un délégataire, les actes qu'il pose l'engagent. Une situation similaire à celle de la France (art. 21 Const.) où la suppléance du Président de la République par le Premier ministre pour présider le Conseil des ministres et les comités de la défense nationale ne peut se faire qu'en vertu d'une délégation expresse, valable pour un Conseil et pour un ordre du jour bien déterminé. En aucun cas, les autres pouvoirs du Président de la République ne peuvent faire l'objet d'une délégation³⁵.

Mais en cas de vacance pour cause de décès, de démission ou pour toute autre cause d'empêchement définitif, les fonctions du Président de la République sont provisoirement exercées par le Président du Sénat (art. 75 Const.). Le rôle du Président intérimaire est donc d'assurer la continuité de l'Etat dans l'objectif principal de l'organisation d'un nouveau scrutin présidentiel. Le Président de la

34 Au Gabon, la Constitution du 26 mars 1991 a été modifiée par la Cour constitutionnelle pour pallier l'absence du Président de la République (Ali BONGO). Alors que l'article 13 de cette Constitution n'avait pas prévu l'intérim du Président de la République pour empêchement temporaire, La Cour constitutionnelle a tout simplement réécrit la Constitution, en ajoutant un alinéa à l'article 13. Cet alinéa est ainsi libellé : « en cas d'indisponibilité temporaire du Président de la République, certaines fonctions dévolues à ce dernier peuvent être exercée soit par le Vice-président soit par le Premier ministre sur autorisation spéciale de la Cour constitutionnelle, saisi par le Premier ministre ou un dixième des députés, des membres du Gouvernement chaque fois que nécessaire ».

35 HAMON Francis, TROPER Michel, Droit constitutionnel, 35^e éd., LGDJ, Paris, 2014, p. 524.

République par intérim exerce donc les fonctions du Président de la République à l'exception de celles mentionnés aux articles 78, 81 et 82 Const³⁶.

Après l'analyse de l'étendue du pouvoir d'intérim, dans le cas d'espèce de l'intérim du Vice-gouverneur, l'étude de l'étendue de l'autorité du Ministre de l'intérieur aussi s'impose, dans la mesure où le rôle joué par ce dernier ou mieux le degré de son implication dans la gestion des crises résultant de l'intérim des Gouverneurs de province est non négligeable. Mais avant cela, il serait souhaitable de réfléchir d'abord sur le statut juridique des provinces ainsi que leurs prérogatives, qui nous permettront d'évaluer le type de rapport qu'entreprendraient les Gouverneurs de province et le Ministre de l'intérieur, le faiseur des Gouverneurs intérimaires.

SECTION III. L'AUTORITE DU MINISTRE DE L'INTERIEUR VIS-A-VIS DES GOUVERNEURS DE PROVINCE

1. LE STATUT JURIDIQUE DES PROVINCES ET LEURS PRÉROGATIVES

Le constituant du 18 février 2006 proclame le caractère uni et indivisible de la RDC, en instituant deux échelons d'exercice du pouvoir d'Etat : le pouvoir central et la province à l'intérieur de laquelle se meuvent des entités territoriales décentralisées et d'autres circonscriptions administratives³⁷.

Le statut, l'organisation et le fonctionnement de la province procèdent des dispositions constitutionnelles qui instituent le régionalisme politique en RDC³⁸.

La province se présente donc comme une composante politique et administrative du territoire de la République, dotée de la personnalité juridique, jouissant de l'autonomie de gestion de ses ressources humaines, économiques, financières et techniques, et gérée par les organes locaux³⁹.

De cette définition, nous pouvons tirer 3 conséquences :

- a) **La province n'est ni une entité territoriale décentralisée (ville, commune, secteur et chefferie), encore moins une entité territoriale déconcentrée (territoire, quartier, groupement et village)⁴⁰.**

36 Lire aussi MAMPUYA KANUNK'a-TSHIABO Auguste, KALUBA DIBWA Dieudonné, BOTAKILE BATANGA Noël, *Op.cit.*, pp. 44-45.

37 1^{er} paragraphe de l'exposé des motifs de la loi n°08/012 du 31 juillet 2008 portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des provinces.

38 3^e paragraphe, *idem*.

39 Art. 2 *idem*.

40 Art. 5 *idem*.

- b) **La province est une entité territoriale régionalisée.** La régionalisation politique suppose une dualité des sources normatives par l'existence d'un côté, d'un pouvoir législatif national et, de l'autre, d'un pouvoir législatif régional ou provincial. En droit positif congolais, la base juridique de la compétence législative locale au profit des provinces peut être retrouvée dans les dispositions des articles 197, al. 1 et 2, et 205 de la Constitution. En effet, l'Assemblée provinciale est l'organe délibérant de la province. Elle légifère par voie d'édit. Le régionalisme politique congolais n'est pas à confondre avec le régionalisme administratif français. En France, l'organe délibérant d'une entité décentralisée et régionalisée administrativement n'a pas de pouvoir législatif local, car tous ses actes sont des simples actes administratifs, susceptibles d'être objet de recours en annulation pour excès de pouvoir devant le juge administratif⁴¹.
- c) En vertu du principe de la libre administration des provinces, **la province est gérée par les organes locaux.** Il en est de même des entités territoriales décentralisées. Le Gouverneur de province, le Maire de la ville, le Bourgmestre de commune, le chef de secteur sont élus par leurs organes délibérants devant lesquels ils sont redevables. A ce titre, le rôle du Gouvernement central vis-à-vis du Gouverneur, de celui du Gouverneur vis-à-vis des autorités locales élues est plus celui d'encadrement que de sanction. C'est pour cela qu'en cas de manquement à ses obligations, l'autorité locale encourt les sanctions suivantes : **sanction politique** : motion de censure par l'organe délibérant, **sanction pénale** : en cas de mise en accusation par l'organe délibérant devant les juridictions compétentes.

2. LES ATTRIBUTIONS DU MINISTRE DE L'INTÉRIEUR

Le Vice-gouverneur de la province du Lualaba, dans son arrêté provincial susvisé⁴² portant réaménagement du Gouvernement provincial du Lualaba, dans la partie consacrée aux visas, s'est référée à la lettre n°25/CAB/VPM/MININTERSEDECAC/AOK/340/2022 du 11 mars 2022 du Vice Premier Ministre, Ministre de l'Intérieur, Sécurité, Décentralisation et Affaires Coutumières, relative à l'autorisation de réaménagement du Gouvernement provincial du Lualaba.

Si donc, l'autorisation de réaménager le Gouvernement provincial du Lualaba est venue du VPM de l'Intérieur, la question est de savoir en vertu

41 VUNDUAWTE PEMAKO F., MBOKO DJ'ANDIMA J-M., *Op.cit.*, p. 476. Lire aussi FAVOREU Louis, et. Ali., *Droit constitutionnel*, 21^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2019, p. 505.

42 Arrêté provincial du Vice-gouverneur du Lualaba n°2022/GOUV/P.LBA/026 du 25/05/2022 portant réaménagement du Gouvernement provincial du Lualaba.

de quelle autorité et sur quelle base constitutionnelle ou légale repose cette autorisation, alors que ni la Constitution, ni la loi relative à la libre administration des provinces n'envisage le remaniement d'un Gouvernement provincial par un Vice-gouverneur⁴³.

Dans l'actuel Gouvernement de la RDC, le Ministre de l'Intérieur, Sécurité, Décentralisation et Affaires Coutumières est en même temps Vice Premier Ministre.

L'ordonnance n°20/017 du 27 mars 2020 fixant les attributions des Ministères (art. 1^{er} B.1) lui attribuent, entre autre, la politique d'administration du territoire, le maintien de l'ordre public, la sécurité des personnes et de leurs biens, d'où son pouvoir hiérarchique sur la police nationale et les services de sécurité etc. Au-delà de cela, le Vice-premier ministre et Ministre de l'intérieur, sécurité et affaires coutumières s'est vu également attribuer la coordination des rapports entre les membres du Gouvernement et les Gouverneurs de provinces en collaboration avec le Ministre en charge de la décentralisation.

De ces différentes attributions, nulle part il est indiqué que le VPM de l'intérieur exerce un pouvoir hiérarchique sur les Gouverneurs de province, mais l'ensemble de ses attributions le place dans une posture d'autorité vis-à-vis de ces derniers, surtout lorsqu'il s'agit de la politique d'administration du territoire et le maintien de l'ordre public.

(C'est en vertu de ses prérogatives que l'ex-VPM de l'Intérieur, Sécurité, Décentralisation et Affaires Coutumières Gilbert KANKONDE avait, en septembre 2019, exigé des Gouverneurs d'annuler l'intégralité de leurs décisions portant sur les mouvements de personnel au sein de leur administration territoriale respective. Il leur a, en outre, demandé de suspendre de leurs fonctions les commissaires provinciaux, un poste qui, selon lui, est « non réglementaire », « superfétatoire » et « à supprimer ». Il faut noter que certains Gouverneurs, alors que les élections urbaines et locales se faisaient attendre, avaient nommé des maires, bourgmestres, chefs de secteurs et administrateurs de territoire à titre provisoire pour « assurer la continuité de services publics de l'Etat »⁴⁴. L'ex-VPM avait jugé cette démarche anticonstitutionnelle, sur-

43 En décembre 2020, le VPM Gilbert Kankonde avait déjà dénoncé cette démarche dans la province du Maniema, en insistant sur le fait que le Vice-gouverneur n'est pas compétent pour réaménager le Gouvernement provincial, une telle démarche est anticonstitutionnelle. Si les choses sont de telle rigueur dans l'hypothèse d'un Gouverneur destitué par l'Assemblée provinciale, à combien plus forte raison dans l'hypothèse où le Gouverneur est encore en fonction.

44 Les Gouverneurs ont prétendu agir sur la base de l'alinéa 4 de l'article 28 de la loi relative à la libre administration des provinces aux termes duquel « Le Gouverneur dispose de l'administration publique en province. A ce titre, tous les services publics provinciaux et nationaux en province sont placés sous son autorité », mais ils ont oublié qu'en tant que représentant du Gouvernement central en Province, dans l'exercice de cette mission de représentation et de coordination des services publics déconcentrés en provinces aux termes de l'article 64 de la même loi, ils répondent de leurs actes devant le Gouvernement central de qui, ils peuvent recevoir des instructions.

*tout que certaines de ces autorités étaient au départ nommées par le Chef de l'Etat*⁴⁵.

En effet, aux termes de l'article 63 de la loi susvisée relative à la libre administration des provinces, le Gouverneur de province représente le Gouvernement central en province. Il assure **dans ce cadre, la sauvegarde de l'intérêt national, le respect des lois et règlements de la République et veille à la sécurité et à l'ordre public dans la province.**

C'est donc dans ce cadre que le pouvoir central, par le biais du Ministre de l'intérieur, peut inviter le gouverneur à conformer ses actes à la Constitution et aux lois de la République. Il y a lieu cependant, de cerner les contours de cette représentation du gouvernement central.

3. LA REPRÉSENTATION DU GOUVERNEMENT CENTRAL

Dans le langage ordinaire, on parle de la représentation lorsqu'un objet possède quelques caractères principaux semblables à ceux d'un autre objet, de telle manière qu'on puisse reconnaître cette ressemblance et identifier le premier comme une image du second. On dit qu'il rend présent ce second objet, qu'il le *re-présente*. (...). Le droit se sert de cette métaphore pour illustrer et désigner un rapport entre deux personnes. Ainsi, l'on admet en droit privé qu'une personne en représente une autre, lorsqu'elle peut vouloir et agir à sa place et en son nom. Elle est le représentant, l'autre est le représenté⁴⁶.

En droit civil, la représentation est un procédé juridique dans lequel une personne, le représentant, agit pour le compte et au nom d'une autre personne, le représenté. L'acte accompli par le représentant produit directement ses effets sur le représenté. Ici, le représenté n'est pas partie au contrat, il n'est ni débiteur, ni créancier, il n'est qu'un intermédiaire. (Ex : le mandat, la procuration : une forme de représentation).

En droit constitutionnel, lorsqu'on parle, par exemple, de la représentation parlementaire, il s'agit d'un député, appelé le représentant, à travers qui le peuple exprime sa volonté. Il est élu par le peuple, pour défendre ses intérêts, contrôler l'action du Gouvernement, élaborer et adopter des lois.

Alors, en Droit administratif et dans le sens de la loi sous examen, la représentation dont question revêt la signification juridique précise d'une action effectuée au nom de l'autorité supérieure, à qui elle est imputable. Tenir donc la place d'une autorité qui vous octroie le droit d'agir et de parler en son nom.

Représenter le Gouvernement central en province revient tout simplement à dire que le Gouverneur est le prolongement du Gouvernement central en province, ce qui place le Gouvernement central en position hiérarchique sur

45 <https://www.jeuneafrique.com>

46 HAMON Francis, TROPER Michel, *Op.cit.*, p. 161.

le Gouverneur. En tant que tel, le Gouvernement central est nanti du pouvoir d'instruction et de sanction.

C'est ce qui ressort des prescrits de l'article 65 de la loi susvisée relative à la libre administration des provinces, qui stipule que « dans l'exercice de sa mission de représentation du Gouvernement central et de coordination des services publics déconcentrés en province, le Gouverneur de province répond de ses actes devant le Gouvernement central », et l'article 66 de la même loi précise que « les actes qu'il pose dans ces matières sont susceptibles d'annulation. En cas de nécessité, le pouvoir central peut réformer ou se substituer au pouvoir du Gouverneur de province⁴⁷.

Et donc les relations qui existent entre le pouvoir central et les gouverneurs de province sont, non seulement de collaboration, mais aussi de subordination. Cependant, le Constituant du 18 février 2006, ayant consacré les principes de la libre administration des provinces et d'autonomie de gestion de leurs ressources économiques, humaines, financières et techniques, invite le pouvoir central, dans ses rapports avec les provinces, à se conformer aux règles qui définissent la sphère d'action exclusive du pouvoir central et de la province ainsi que des zones concurrentes entre les deux échelons du pouvoir d'Etat.

L'expérience dans le fonctionnement des institutions politiques provinciales a montré que très souvent, la dualité de fonctions du Gouverneur de province (élu local et représentant du Gouvernement central en province) n'est pas une tâche aisée, surtout lorsque le Gouverneur de province est parfois appelé à gérer des intérêts politiques divergents entre la province et le pouvoir central. C'est pourquoi, face à la complexité des règles et mécanismes de fonctionnement entre le pouvoir central et la province d'une part et les provinces entre elles d'autre part, une Conférence des Gouverneurs a été instituée pour servir de cadre de concertation régulière entre les provinces et le pouvoir exécutif national⁴⁸.

QUE CONCLURE?

Après ce large tour d'horizon, force est de constater que 62 ans après l'indépendance de la RDC, les Constitutions successives, devant guider les comportements des acteurs politiques congolais, en dépit de leurs vertus démocratiques, n'ont manifestement pas réussi à s'ériger en rempart contre les dérives d'un exercice autoritaire du pouvoir.

47 Le pouvoir hiérarchique permet à l'autorité supérieure qui le détient d'intervenir à l'égard du comportement de ses subordonnés en prenant des mesures qui sont de trois sortes : elle peut lui adresser des instructions ; annuler ses décisions ; et aussi les réformer. CHAPUS René, *Droit administratif général*, Editions Larcier, Bruxelles, 2007, p. 832.

48 Aux termes du 4^e paragraphe de la loi organique n°08/015 du 07 octobre 2008 portant modalités d'organisation et de fonctionnement de la Conférence des Gouverneurs de province, la mission de cette Conférence est d'émettre les avis et de formuler les suggestions concrètes sur la politique à mener et la législation à élaborer.

L'étude que nous venons de réaliser dans la perspective de l'idéal de l'Etat de droit nous rappelle simplement que les premiers destinataires du principe de l'Etat de droit sont les Etats et leurs divers organes. Les animateurs des institutions politiques de l'Etat restent les principaux responsables de la mise en œuvre de l'Etat de droit. La soumission de l'Etat au droit se rattache à un certain type de civilisation et répond à la volonté de protéger les citoyens contre l'arbitraire auquel ils seraient exposés si ces derniers n'étaient liés par aucune règle préalable.

La réussite de la démocratie et de l'Etat de droit repose donc sur la **culture** du respect des principes et des valeurs qui sont coulés dans la Constitution et les différents textes sans laquelle le pays plongera dans l'inversion générale des valeurs et dans sa ruine, comme le mentionne le préambule de la Constitution du 18 février 2006.

De cette analyse, il y a donc lieu de retenir ce qui suit :

- L'intérim est un pouvoir limité à la gestion des affaires courantes et ne donne pas lieu à l'exercice de toutes les prérogatives liées à la fonction pour laquelle il est confié. Si l'intérim est porté par le principe de la continuité du service public, il faut noter qu'il est également soumis au principe de la légalité ;
- Un Vice-gouverneur n'est pas compétent pour remanier un Gouvernement provincial ; tous les actes posés dans ce sens sont susceptibles d'annulation devant la Cour administrative d'appel ;
- L'autorisation du Ministre de l'Intérieur au Vice-gouverneur de remanier un Gouvernement provincial ne repose sur aucune base constitutionnelle ou légale ;
- Remanier un Gouvernement provincial réputé démissionnaire est anticonstitutionnel ; le constituant congolais du 18 février 2006 et le législateur du 31 juillet 2008 n'ont pas envisagé un scénario où un Gouvernement provincial démissionnaire s'engagerait dans la réalisation des politiques publiques à venir.
- Le délai de l'intérim doit être de strict respect pour éviter des abus.

REFERENCES

Arrêté provincial du Vice-gouverneur du Lualaba n°2022/GOUV/P.LBA/026 du 25/05/2022 portant réaménagement du Gouvernement provincial du Lualaba

Constitution de la République Démocratique du Congo, JORDC, 47^{ème} année, Numéro spéciale du 18 février 2006, telle modifiée par la n°11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de quelques dispositions de la Constitution de la RDC du 18 février 2006

Constitution des Etats-Unis d'Amérique du 21 juin 1788

Constitution du Gabon du 26 mars 1991, telle que modifiée

Décret-Loi n°081 du 02 juillet 1998 portant organisation territoriale et administrative de la République démocratique du Congo tel que modifié et complété par le Décret-Loi n°18/2001 du 28 septembre 2001

Loi n°06/006 du 09 mars 2006 portant organisation des élections présidentielle, législatives, provinciales, urbaines, municipales et locales, telle modifiée et complétée par la loi n°11/003 du 25 juin 2011, la loi n°15/001 du 12 février 2015, la loi n°17/013 du 24 décembre 2017 et la loi n°22/029 du 29 juin 2022

Loi n°08/012 du 31 juillet 2008 portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des provinces

Loi organique n°08/015 du 07 octobre 2008 portant modalités d'organisation et de fonctionnement de la Conférence des Gouverneurs de province

Loi de programmation n°15/004 du 28 février 2015 déterminant les modalités d'installation de nouvelles provinces.

Ordonnance n°20/017 du 27 mars 2020 fixant les attributions des Ministères

Ordonnance n°20/016 portant organisation et fonctionnement du Gouvernement, modalités de collaboration entre le Président de la République et le Gouvernement ainsi qu'entre les membres du Gouvernement, du 27 mars 2020.

AVRIL Pierre et GICQUEL Jean, *Lexique de droit constitutionnel*, 7^e éd., PUF, Paris, 1998.

CHAPUS René, *Droit administratif général*, Editions Larcier, Bruxelles, 2007.

DELPÉREE F., « Gouverner sans gouvernement ? », *Bulletins de l'Académie Royale de Belgique*, n°23, 2012.

DUPUIS Georges, GUEDON Marie-José, CHRETIEN Patrice, *Droit administratif*, 10^e éd., Dalloz, Paris, 2007.

FAVOREU Louis, et. Ali., *Droit constitutionnel*, 21^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2019.

GUINCHARD S., DEBARD T., *Lexiques des Termes juridiques*, 25^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2017-2018.

HAMON Francis, TROPER Michel, *Droit constitutionnel*, 35^e éd., LGDJ, Paris, 2014.

LOMBARD Martine, DUMONT Gilles, *Droit administratif*, 8^e éd., Dalloz, Paris, 2009.

MAMPUYA KANUNK'a-TSHIABO Auguste, KALUBA DIBWA Dieudonné, BOTAKILE BATANGA Noël, *La vacance des institutions politiques sous la Constitution du 18 février 2006*, Editions Eucalyptus, Kinshasa, 2016.

MAURIN André, *Droit administratif*, 11^e éd., Dalloz, Paris, 2018.

RICCI Jean-Claude, *Droit administratif*, 4^e éd., Hachette, Paris, 2004.

ROUSSET Michel et ROUSSET Olivier, *Droit administratif I, l'action administrative*, Presses universitaires de Grenoble, Grenoble, 2004.

VUNDUAWA TE PEMAKO F., MBOKO DJ'ANDIMA J-M., *Traité de droit administratif de la République démocratique du Congo*, 2^e éd., Bruylant, Bruxelles, 2020.

YUMA BIALA Louis, *Manuel de droit administratif général*, Editions CEDI, Kinshasa.

<https://www.mediacongo.net/article-actualite-2258.html>

<https://www.radiookapi.net>

A RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA ESTATAL DIANTE DAS MIGRAÇÕES INTERNACIONAIS E A RESSURGÊNCIA DO DIREITO DE ENTRADA

THE RELATIVIZATION OF STATE SOVEREIGNTY BEFORE INTERNATIONAL MIGRATIONS AND THE RESURGENCE OF THE RIGHT OF ENTRY

JAHYR-PHILIPPE BICHARA*

RESUMO

O direito natural das pessoas de deixar seu país de origem e de a ele regressar de acordo com sua conveniência encontra fundamentação sólida no Direito Internacional. Entretanto, esse direito internacionalmente reconhecido de partir não implica no direito entrar e permanecer em outro Estado, devido ao exercício do princípio de sua soberania, na ocasião do controle do acesso ao seu território. Contudo, verifica-se na presente reflexão, que a soberania do Estado em matéria de controle migratório não é mais absoluta, vez que os numerosos compromissos internacionais assumidos pelos Estados visam a garantir a proteção dos migrantes, sejam eles regulares ou irregulares, impondo limitações consideráveis. Resulta-se da análise da dogmática moderna e do direito material aplicável à mobilidade das pessoas e à proteção dos seus direitos, uma ressurgência do direito de entrada.

PALAVRAS-CHAVE: Soberania. Migrações. Globalização Econômica. Direitos Humanos. Direito de Entrada.

ABSTRACT

The natural right of people to leave their country of origin and return to it at their convenience finds solid foundations in International Law. However, this internationally recognized right to leave does not imply the right to enter and remain in another State, due to the exercise of the principle of its sovereignty, when controlling access to its territory. Nonetheless, it appears from this reflection that the exercise of State sovereignty in matters of migration control is no longer absolute, since the numerous international commitments assumed by States aim to guarantee the protection of migrants, whether regular or irregular, imposing considerable limitations. Result of the analysis of modern dogmatics and substantive law applicable to the mobility of people and the protection of their rights, a resurgence of the right of entry.

KEYWORDS: *Sovereignty. Migrations. Economic globalization. Human rights. Right of entry.*

1. INTRODUÇÃO

De acordo com o último levantamento da Divisão de População do Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais do Secretariado das Nações Unidas, a população mundial alcançou, em novembro de 2022, o marco de 8

* Doutor, *summa cum laude*, pela École Doctorale de Droit International et Européen da Université Paris I, Panthéon-Sorbonne; Mestre em Direito Internacional Econômico pela Université Paris I, Panthéon-Sorbonne e Mestre em Direito Público pela UFPE. Professor Titular de Direito Internacional do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN.

E-mail: bichara.ufrn@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0927-5882>.

bilhões de habitantes.¹ O contingente populacional global não cessou de aumentar desde 1950, quando a Organização das Nações Unidas (ONU) iniciou seus estudos demográficos. O crescimento exponencial da população mundial deverá alcançar 10 bilhões de pessoas em 2080, o que suscita preocupações no que tange ao acesso dessas pessoas ao gozo dos direitos fundamentais elementares, como alimentação, saúde, emprego, dentre outros.

Contudo, é importante apontar que alguns países têm uma tendência diferente que é de não crescimento, em função de uma taxa de fertilidade inferior a 2,1 nascimentos por mulher, e, principalmente nos Estados desenvolvidos, de uma taxa de mortalidade baixa.² Logo, as migrações são vistas como o único motor do crescimento populacional nos países desenvolvidos, nas próximas décadas, para prover recursos humanos necessários ao desenvolvimento econômico, ainda de acordo com a Divisão de População do Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais.

Noutro pórtico, o aumento da população em países menos desenvolvidos continuará a ser impulsionado por um saldo de nascimento em relação às mortes.³ Independentemente de figurarem como receptores ou como responsáveis pela saída de migrantes, os Estados devem tomar medidas para facilitar o fenômeno migratório de forma ordenada, segura, regular e responsável, conforme disposto na meta 10.7 dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS).⁴

A Organização Internacional para as Migrações (OIM), por sua vez, informa que o número de migrantes internacionais vem crescendo de forma constante desde 1990, atingindo a cifra de 281 milhões de pessoas que se encontram fora dos seus países de nacionalidade no ano de 2021.⁵ Desse total, mais da metade vive em países desenvolvidos, tendo a Europa como principal destino (87 milhões, isto é, 30,9 % da população migrante internacional), depois a Ásia (86 milhões), América do Norte (59 milhões) e África (25 milhões).⁶ Nos últimos 15 anos, o número de migrantes na América Latina e no Caribe mais que dobrou, passando de 7 milhões para 15 milhões.⁷

Os motivos que explicam o expressivo aumento das migrações internacionais nos últimos anos são dos mais diversos. Todavia, destacam-se duas ca-

1 UNITED NATIONS. Department of Economic and Social Affairs of United Nations Secretariat, Population Division. *World Population Prospects 2022: Summary of Results*. Disponível em: [https://www.un.org/development/desa/pd/sites/www.un.org.development.desa.pd/files/undesa_pd_2022_wpp_key-messages.pdf]. Acesso em 03.03.2023.

2 *Idem*.

3 *Idem*.

4 *Idem*.

5 ORGANISATION INTERNATIONALE POUR LES MIGRATIONS (OIM). *État de la migration dans le monde 2022*, p. 25. Disponível em: [https://publications.iom.int/books/rapport-etat-de-la-migration-dans-le-monde-2022]. Acesso em 06.03.2023.

6 *Ibidem*, p. 26.

7 *Idem*.

tegorias que são comumente assinaladas. Em primeiro lugar, aquela motivada pelo exercício da liberdade de escolha, pela qual alguém deixa seu Estado de origem por algum outro para satisfazer uma vontade própria, como buscar melhores oportunidades de trabalho, negócios, estudos, comércio, ou até mesmo questões relativas a uma viagem meramente recreativa. Em segundo lugar, seu exato oposto, que é a migração forçada resultante de um cenário de perseguição que torna insustentável a permanência de uma pessoa no seu Estado de origem e a leva a emigrar em busca de proteção.⁸

O fenômeno da migração não é novo na história, mas sua intensificação nas duas últimas décadas tem chamado a atenção da sociedade internacional, que passou a observar seus fluxos para melhor ordená-las, com o auxílio da OIM.⁹

Para Vincent Chetail, as regras que regem o deslocamento das pessoas no plano internacional são essencialmente consuetudinárias, apesar de ter havido uma notável evolução convencional nas últimas décadas.¹⁰ Em se tratando especificamente do direito de deixar qualquer Estado, observa-se que essa norma consuetudinária do Direito Internacional se encontra consagrada em vários instrumentos internacionais. Para ele, trata-se de direito “fundador” do complexo normativo internacional relativo à proteção dos migrantes.¹¹

Entretanto, o direito universalmente reconhecido de partir não implica no direito de entrar e permanecer em outro Estado. Esse direito colide com a prerrogativa do Estado de destino de exercer sua soberania, a saber, o controle do acesso ao seu território. Em outros termos, o exercício efetivo das prerrogativas estatais de controle de acesso ao seu território por meio de uma legislação pertinente e com o auxílio de uma polícia administrativa poderia constituir um obstáculo ao direito de sair livremente de qualquer país, uma vez que a entrada poderia ser negada, não obstante a vigência de compromissos internacionais celebrados em matéria de proteção aos direitos dos migrantes, sejam eles regulares ou irregulares.¹²

8 OIM. *Termes clés de la migration*. Disponível em: [<http://www.iom.int/fr/termes-cles-de-la-migration>]. Acesso em: 05.03.2023.

9 INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION (IOM). *Constitution and Basic Texts*. Disponível em: [<https://publications.iom.int/books/constitution-and-basic-texts>]. Acesso em 07.03.2023. Reconhece que, para garantir uma realização harmoniosa dos movimentos migratórios em todo o mundo e facilitar, nas condições mais favoráveis, o acolhimento e integração dos migrantes na estrutura econômica e o estatuto social do país de acolhimento, muitas vezes é necessário fornecer serviços de migração internacionalmente. Desse modo, o Ato Constitutivo da OIM indica a criação de uma estrutura que delinea os objetivos, funções, status legal, finanças, filiação e outros assuntos necessários para o funcionamento da organização de proteção aos migrantes.

10 CHETAIL, 2012, p. 35.

11 *Idem*.

12 Diferentemente do migrante regular, o migrante irregular designa aquele em situação de ilegalidade no país de origem, de trânsito ou de destino, seja porque entrou irregularmente

Essa assimetria ou falta de correspondência entre “direito de partir” e “direito de entrar” encontra no Direito Internacional um ponto de equilíbrio que redimensiona o conceito de soberania diante das exigências de mobilidade das pessoas. No contexto de constante aumento da população mundial e intensificação das migrações, o cerne da questão é de saber se o Estado ainda goza do direito absoluto de negar a entrada de migrantes que invocam o *direito de entrar* fundado em normas escritas e não escritas do Direito Internacional.

Dito de outra forma, o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, não encontraria um direito correlato que seria o de entrada em outro Estado, desde que devidamente fundamentado pelo Direito Internacional? Não seria admitir, que, à luz da intensificação das migrações tutelada pelo Direito Internacional, o Estado teria cedido, ou até mesmo perdido a plenitude de sua soberania no exercício de suas competências para admissão de estrangeiros no seu território?

Essas perguntas remetem a uma reflexão relativa ao conteúdo atual do Direito Internacional ou, para ser mais preciso, dos seus fundamentos. Durante os últimos quatro séculos, o Direito Internacional era concebido como um direito interestatal, isto é, elaborado a partir do princípio da soberania, norma estruturante do Direito Internacional. De sorte que a aceitação ou submissão às suas normas dependiam, até o século passado, do conceito clássico de soberania. Entre voluntarismo e objetivismo, entende-se que o Direito Internacional se consubstancia por normas obrigacionais direcionadas aos Estados que devem adequar seus respectivos ordenamentos internos para satisfazer imperativos globais, como a regência de maciças migrações internacionais.

A hipótese aqui apresentada é que a soberania em matéria de migração internacional não é mais absoluta, é relativa. Significa dizer que o Estado perdeu sua inteira autonomia na gestão dos fluxos migratórios em virtude da mobilidade das pessoas, regida pelo Direito Internacional, e que garante também a proteção dos direitos dos migrantes. Consequentemente, e de modo inelutável, advém o direito de entrada, uma norma objetiva e sobrejacente às regras de regência de mobilidade e protetiva dos migrantes. Tal asserção fundamenta-se em pesquisa de levantamento bibliográfico, documental, tratados e leis, com o objetivo de demonstrar como o Direito Internacional exerce uma pressão sobre as políticas nacionais de controle migratório que cedem espaço, cada vez mais, ao direito de entrada.

Desse modo, por mais que os Estados queiram, por meio de políticas restritivas, conter as imigrações, tais vontades são mitigadas pelas obrigações

no território de um Estado, seja porque permaneceu além da duração de validade do título de estadia, seja ainda porque não cumpriu uma medida de afastamento. Ver OIM. Termes clés de la migration. Disponível em: [<https://www.iom.int/fr/termes-cles-de-la-migration>]. Acesso em 10 de março 2023.

internacionais. Assim, o conceito clássico de soberania seria superado pelo objetivismo do Direito Internacional e o relativismo da soberania estatal seria consequência da força executória do Direito Internacional nas questões atinentes aos direitos dos migrantes.¹³

2. O “DIREITO DE DEIXAR QUALQUER PAÍS, INCLUSIVE O PRÓPRIO”

Segundo a OIM, entende-se por “migrante” qualquer pessoa que, ao deixar seu local de residência, se desloca para outro Estado independentemente do estatuto jurídico que a qualifica, do caráter voluntário ou compulsório do deslocamento, dos motivos ou ainda da duração da estadia. A depender da perspectiva do fenômeno migratório, o termo “imigrante” designa um indivíduo que entra num Estado que não é o de sua nacionalidade com a intenção de se estabelecer, ao passo que, o “emigrante” caracteriza a pessoa que deixa o Estado de sua residência habitual.¹⁴

Do ponto de vista sociológico, traduzido no Direito Internacional, Emer de Vattel, ao defender o direito à emigração, observava desde os primórdios, que as pessoas se deslocavam de um território para outro à procura de subsídios alimentícios ou fugindo de ambientes hostis.¹⁵ Existiria, desse modo, um direito natural das pessoas de deixar seu país de origem e de a ele regressar de acordo com sua conveniência. Esse direito transcenderia a vontade discricionária do Estado, o qual não poderia criar obstáculos à partida das pessoas, desde que estas cumprissem as formalidades administrativas de identificação.

Sob a ótica filosófica, o pensador Zygmunt Bauman aborda o conceito de migração como o deslocamento de indivíduos entre distintos territórios e países, frequentemente impulsionando pela busca por melhores condições de vida, segurança, oportunidades de trabalho ou refúgio político. Segundo sua perspectiva, a intensificação das migrações no contexto global pode ser atribuída a fatores de natureza econômica, política, social e cultural, constituindo um fenômeno intrinsecamente associado à fenomenologia da globalização e à crescente interligação entre as nações.

Em síntese, o autor ressalta que à medida que o espaço e a distância são reduzidos, cresce a relevância que sua população lhes atribui; por outro lado, à medida que o espaço é desvalorizado, a proteção proporcionada pela distância

13 No Brasil, contudo, Leonardo Brant afirma, de forma peremptória, que a soberania é o elemento central na composição do Direito Internacional. Ver BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. Soberania e Direito Internacional. *Cadernos Adenauer*, Ano XXI, 2020, n° 3, Soberania na atualidade. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, pp. 99-155, outubro de 2020, p. 99.

14 OIM. *Glossary on Migration*. N° 34, 2019. p. 103. Disponível em: [https://publications.iom.int/books/international-migration-law-ndeg34-glossary-migration]. Acesso em: 02 de agosto de 2023.

15 VATTEL, 2004, pp. 151 e 152.

diminui, levando as pessoas a se envolverem de forma obsessiva na delimitação e deslocamento de fronteiras. Para ele, é nas áreas urbanas, em especial, que se manifesta essa intensa atividade de traçar e deslocar limites interpessoais.¹⁶

Hodiernamente, o “direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio” encontra-se consagrado em vários instrumentos internacionais. Menciona-se, *ab initio*, o art. 13(2) da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que dispõe: “Todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar”.¹⁷ O caráter meramente recomendatório do dispositivo ganhou mais força impositiva no art. 12, § 2º, do Pacto relativo aos Direitos Civis e Políticos, de 1966, no qual foi estabelecido que: “Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país”.¹⁸

Do mesmo modo, esse direito consta da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial art. 5(d), (ii)¹⁹; da Convenção Internacional sobre a Eliminação e a Repressão do Crime de Apartheid (art. 2(c))²⁰; da Convenção relativa aos Direitos da Criança (art. 10 §2)²¹; da

16 Ver em BAUMAN, 2009, p. 37.

17 ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em Paris, em 10 de dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A(III), pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU).

18 NATIONS UNIES. Pacte international relatif aux droits civils et politiques. New York, 16 décembre 1966. *Recueil des traités*, vol. 999, p. 171 et vol. 1057, p. 407.

19 Art. 5º, (d), II. De conformidade com as obrigações fundamentais enunciadas no artigo 2, os Estados Partes comprometem-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas suas formas e a garantir o direito de cada um à igualdade perante a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, principalmente no gozo dos seguintes direitos:

(...) d) Outros direitos civis, principalmente,

(...) ii) direito de deixar qualquer país, inclusive o seu, e de voltar a seu país;

20 Art. 2º, alínea (C). Para efeitos da presente Convenção, o termo “crime de apartheid”, que deve incluir políticas e práticas semelhantes de segregação e discriminação racial praticada na África do Sul, é aplicável aos seguintes atos desumanos cometidos com o propósito de estabelecer e manter dominação de um grupo racial de pessoas sobre qualquer outro grupo racial de pessoas e a opressão sistemática destas:

(...)

C) Qualquer medida legislativa e outras medidas calculadas para impedir que um grupo ou grupos raciais da participação no social, econômico e cultural da vida política do país e a criação deliberada de condições que impeçam o pleno desenvolvimento de um grupo ou grupos, em nomeadamente através da negação a membros de um grupo, ou grupos raciais, direitos humanos básicos e liberdades fundamentais, incluindo o direito ao trabalho, o direito de formar uniões comerciais, o direito à educação, o direito de deixar e retornar ao seu país, o direito de uma nacionalidade, o direito à liberdade de circulação e de residência, o direito à liberdade de opinião e expressão, e o direito à liberdade de reunião e de associação pacíficas;

21 Art. 10, § 2º. A criança cujos pais residam em Estados diferentes terá o direito de manter, periodicamente, relações pessoais e contato direto com ambos, exceto em circunstâncias especiais. Para tanto, e de acordo com a obrigação assumida pelos Estados Partes em virtude do parágrafo 2 do Artigo 9, os Estados Partes respeitarão o direito da criança e de seus pais de sair de qualquer país, inclusive do próprio, e de ingressar no seu próprio país. O direito de sair de qualquer país estará sujeito, apenas, às restrições determinadas pela lei que sejam necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades de outras pessoas e que estejam acordes com os demais direitos

Convenção Internacional relativa à Proteção dos Trabalhadores Migrantes e os Membros de sua Família (art. 8 §§1 e 2)²² e da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (art. 18 § 1, c).²³

No plano regional, o mesmo direito está consagrado no art. 22 (2) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969;²⁴ no artigo 12 (2) da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos de 1981;²⁵ e no sistema de proteção dos direitos humanos europeu, no artigo 2º, do Protocolo nº 4 à Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, de 1950. Nesse dispositivo é reconhecida a liberdade de circulação de qualquer pessoa regularmente presente no território de um Estado parte, assim como a liberdade de deixar qualquer país, inclusive o seu.²⁶

Nota-se que o direito de deixar qualquer país, inclusive o seu, é independente do estatuto da pessoa, isto é, nacional de um Estado ou estrangeiro.²⁷ O direito à mobilidade internacional aplica-se a qualquer pessoa, sem distinção de qualquer natureza, independente de sexo, cor, idade ou nacionalidade. Em outros termos, cabe aos Estados partes dos tratados apontados, uma obrigação de não criar obstáculos à saída das pessoas, lhe restando apenas uma competência administrativa para facilitar o acesso ao dito direito, notadamente quanto ao cumprimento da obrigação de apresentar um documento de identificação.²⁸

reconhecidos pela presente convenção.

- 22 Art. 8º, §§ 1 e 2. 1. Os trabalhadores migrantes e os membros das suas famílias podem sair livremente de qualquer Estado, incluindo o seu Estado de origem. Este direito só pode ser objeto de restrições que, sendo previstas na lei, constituam disposições necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou moral públicas, ou os direitos e liberdades de outrem, e se mostrem compatíveis com os outros direitos reconhecidos na presente parte da Convenção. 2. Os trabalhadores migrantes e os membros da sua família têm o direito a regressar em qualquer momento ao seu Estado de origem e aí permanecer.
- 23 Art.18, §1, alínea C. 1. Os Estados Partes reconhecerão os direitos das pessoas com deficiência à liberdade de movimentação, à liberdade de escolher sua residência e à nacionalidade, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, inclusive assegurando que as pessoas com deficiência: (...) c) Tenham liberdade de sair de qualquer país, inclusive do seu.
- 24 A Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 22 de novembro de 1969, e seu art. 22 (2) dispõe: “Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país”.
- 25 A Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, adotada em 1981, entrou em vigor em 21 de outubro de 1986. Em seu artigo 12, (2) fixa-se nos seguintes termos que: “Todo indivíduo tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o seu, e de retornar ao seu país”.
- 26 Art. 2, do Protocolo nº 4, item I e II. 1. Qualquer pessoa que se encontra em situação regular em território de um Estado tem direito a nele circular livremente e a escolher livremente a sua residência. 2. Toda pessoa é livre de deixar um país qualquer, incluindo o seu próprio.
- 27 Opta-se, neste estudo, por não fazer uma diferenciação entre migrante e estrangeiro, vez que os vocábulos referem-se às pessoas presentes em território de Estado que não seja de sua nacionalidade. Por outro lado, entende-se que tal discussão não traz subsídios decisivos na abordagem da presente reflexão.
- 28 O direito de deixar seu país de origem não significa que o Estado de origem tenha perdido seu poder de polícia. O direito de deixar o território não é admissível quando se trata de fugir da jurisdição do Estado, impedindo-o de exercer suas prerrogativas constitucionais e legais.

Resulta do que precede, que o direito de partir ganhou um reconhecimento internacional incontestável, cuja aplicação esbarra na prerrogativa dos Estados de destino que exercem suas soberanias territoriais por meio do controle de suas fronteiras. Todavia, à luz da vigência de numerosos tratados que fixam as obrigações dos Estados de destino em relação aos direitos dos migrantes, constata-se que o conceito de soberania clássico que fundamenta a doutrina voluntarista encontra contestações notáveis no objetivismo da ordem internacional atual, abrindo um caminho de um reconhecimento do direito de entrada globalizado.

3. O FIM DA SOBERANIA ABSOLUTA EM MATÉRIA DE GESTÃO DAS MIGRAÇÕES INTERNACIONAIS

Teorizado por Jean Bodin, convém lembrar que o princípio da soberania estatal é uma construção dogmática que defendia que a essência do Estado é a unidade de seu governo pelo exercício da *summa potestas* (poder maior). Em resposta à situação de caos gerada pelo feudalismo e a onipresença da Igreja, o fortalecimento do poder do rei encontraria fundamentação no exercício da soberania conceituado nesses termos: *La souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République*.²⁹ Essa abordagem absolutista do conceito de soberania perdurou até hoje, encontrando confirmação na obra do Hegel que concebe a vontade suprema do Estado como elemento determinante de sua autonomia, mas também na construção da ordem internacional.³⁰

Assim sendo, o dogma dominante é que a validade do Direito Internacional dependeria da manifestação da vontade do Estado mediante intervenção dos órgãos competentes.³¹ A tese sustentada por Jellinek, a quem se atribui a *teoria da autolimitação*, defende que o princípio da soberania é norma fundante do Direito Internacional. Em outros termos, a obrigatoriedade do Direito Internacional fundamenta-se, essencialmente, na vontade soberana do Estado que aceita a sujeição às suas normas.³²

É dizer que o Estado somente pode se obrigar e se responsabilizar em relação aos demais Estados em função de sua livre vontade. A obrigatoriedade às normas internacionais, portanto, decorre do exercício soberano de sua vontade de sujeitar-se a elas e, sendo assim, de limitar o seu poder absoluto de autodeterminação. De sorte que, ao aceitar a existência do ordenamento jurídico

Ver COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS. Miguel González del Rio v. Peru, Comunicação nº 263/1987, UN Doc. CCPR/C/46/D/263/1987 (1992). Disponível em: [<http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/French/jurisprudence/263-1987.html>]. Acesso em 08.03.2023.

29 BODIN, 1993, p. 112.

30 HEGEL, 1989, pp. 316, 358 et 359.

31 DINH.; DAILLIER; FORTEAU e PELLET, 2009, p. 111.

32 JELLINEK, 2000, p. 355.

nternacional, o Estado submete-se a sua própria vontade, isto é, de cumprir o que ele mesmo determinou livremente nas suas relações com os demais Estados.

Essa teoria encontra uma nuance com Triepel ao estabelecer que, se efetivamente o Direito Internacional nasce da vontade soberana do Estado nas suas relações com os demais Estados, há de considerar que a sua obrigatoriedade resulta da convergência dessas vontades. É na vontade comum dos Estados que se manifesta o acordo coletivo (traduzido pelo vocábulo alemão *Vereinbarung*) e a eficácia do Direito Internacional para os seus sujeitos.³³

A doutrina voluntarista elucidada, em grande parte, como se dá a formação e obrigatoriedade do Direito Internacional.³⁴ Mas o subjetivismo dos Estados no reconhecimento de determinadas normas internacionais tidas como fundamentais para a sociedade internacional correria o risco de serem simplesmente ignoradas em razão do interesse nacional. É nesse contexto que surge a doutrina objetivista do Direito Internacional como relevante ponderação à livre vontade dos Estados no cumprimento das normas internacionais.

Diferentemente de Jellinek e Triepel, Kelsen não considera que o caráter obrigatório do Direito Internacional possa encontrar fundamento jurídico apenas na expressão da vontade dos Estados. Para Kelsen, a obrigatoriedade do Direito Internacional advém da existência de normas superiores (*Grundnorm*) ao Estado. Desse modo, a existência do Direito Internacional depende de normas superiores e objetivas que devem ter prevalência sobre as vontades dos Estados e seus interesses domésticos.

Segundo Kelsen, o fundamento da força obrigatória do Direito Internacional decorre do *caráter superior da norma hipotética fundamental* sobre o Estado, que é extraída das ciências da natureza e serve para determinar uma regra objetiva.³⁵ Na sua análise, ele identifica o caráter amoral e objetivo da norma internacional para singularizar sua teoria normativista.

Numa perspectiva objetivista diferente, Georges Scelle considera que o fundamento da obrigatoriedade do Direito Internacional é baseado nas reivindicações sociais que condicionam a formulação de suas regras de modo a atender os anseios das diversas sociedades nacionais nas suas interações.³⁶ Essa construção dogmática parte da premissa de que o direito nasce de fatos sociais inerentes à vida dos seres humanos.

Assim, defendendo uma concepção monista do direito, na qual a questão da superioridade das ordens jurídicas é irrelevante, Scelle busca a obrigatoriedade do Direito Internacional na observação do fenômeno social natural da sociedade internacional como fator determinante da ordem internacional,

33 TRIEPEL, 1923, pp. 82-83.

34 Para um estudo geral, consulta-se, DAL RI JR; VELOSO; LIMA (Org.), 2014.

35 KELSEN, 1999, p. 219.

36 SCELLE, 1933, pp. 331-703,

rejeitando a noção clássica do Direito Internacional como expressão de soberanias estatais.³⁷ Segundo ele, a soberania estatal não pode constituir o elemento determinante da obrigatoriedade do Direito Internacional, vez que os Estados representam apenas circunscrições administrativas, divisões territoriais que não refletem necessariamente as aspirações das sociedades.³⁸

Assim, em contraponto com a visão clássica, Scelle renega a doutrina voluntarista e destaca a importância das necessidades coletivas e da solidariedade social no processo elaborativo do direito, devendo atender aos interesses individuais.³⁹ Nesse sentido, o doutrinador insiste, lembrando que: (...) *dans le mouvement incessant des rapports internationaux, c'est l'homme, l'individu, qui constitue l'élément premier et l'agent des formations sociales.*⁴⁰

Em outra linha de pensamento, mas ainda contestadora da soberania estatal absoluta, Garner observa que o desenvolvimento do Direito Internacional dos últimos tempos trouxe ponderações consideráveis ao conceito clássico de soberania, uma vez que os desafios da sociedade internacional no enfrentamento de problemáticas globais não permitem soluções unilaterais e subjetivas, mas respostas baseadas na cooperação internacional e na consecução de objetivos comuns. O exercício de uma soberania tradicional constituiria, inclusive, um dos principais obstáculos ao progresso do Direito Internacional e ao desenvolvimento de um sistema racionalizado de relações internacionais.⁴¹

Aduz o autor que cabe ao Direito Internacional delimitar a liberdade de ação dos diversos Estados, bem como a extensão do seu domínio reservado (sua política interna).⁴² De sorte que, no Direito Internacional atual, o antigo conceito de soberania deveria ser definitivamente abandonado para ser substituído pelos princípios de responsabilidade internacional e cooperação mútua, pois não é possível sustentá-lo na vida moderna. A aceitação recíproca pelos Estados de limitações na sua liberdade de ação seria, assim, essencial para o progresso de uma comunidade de nações.⁴³

As diversas crises internacionais enfrentadas pela humanidade desses últimos anos tendem a chancelar as visões objetivistas de Kelsen, Scelle ou Garner, por exemplo. O Estado soberano, com efeito, vê-se obrigado a redefinir sua atuação nacional para implementar as medidas formuladas no plano internacional por organizações internacionais, como ilustram a pandemia do COVID-19,

37 *Ibidem*, pp. 334 e 335.

38 *Ibidem*, p. 343.

39 *Ibidem*, pp. 361 e 362.

40 *Ibidem*, p. 342. Tradução livre: "(...) No movimento incessante das relações internacionais, é o homem que constitui o primeiro elemento e o agente das formações sociais".

41 GARNER, 1931, p. 699 e 700.

42 *Ibidem*, p.702.

43 *Idem*.

o combate à mudança climática ou, ainda, a questão da intensificação das migrações.⁴⁴

A soberania, enquanto atributo do Estado, não é mais um conteúdo estabelecido e cristalizado, mas sim algo que flutua de acordo com a evolução do Direito Internacional e das necessidades internacionais.⁴⁵ Politis, mais severo, afirma que o conceito de soberania é ultrapassado, devendo ser abolido e substituído pelo conceito de liberdade dos Estados, mais adequado ao que se espera deles, a saber: atuar em prol da solidariedade comandada pelas necessidades sociais.⁴⁶

As exigências de mobilidade econômica das pessoas e a proteção dos direitos humanos dos migrantes são anseios das nações que pedem por mais liberdade de movimento, encontrando guarida no Direito Internacional positivado que abre as portas das fronteiras estatais, dando lugar a um direito de entrada que não aparece de forma clara, mas sugerida pelos mais diversos tratados.

A vinculação jurídica decorrente das normas pertinentes ao assunto migratório constitui uma restrição significativa no exercício da soberania dos Estados, de tal modo que a decisão de subordinar-se a um tratado que disciplina as relações entre migrantes e Estados expressa uma responsabilidade internacional assumida de participar da governança mundial das migrações de forma ordenada, onde cada Estado conserva a prerrogativa de exercer o controle de admissão de estrangeiros no seu território por meio de uma legislação compatível com as exigências internacionais.⁴⁷

4. O SURGIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL DAS MIGRAÇÕES:

A evolução do Direito Internacional do último século e do início deste, assim como a atuação das mais diversas organizações internacionais, apontam que os direitos dos migrantes são regidos por uma grande quantidade de tratados que ordenam a mobilidade das pessoas de um Estado para outro. Esses direitos, não se pode olvidar, são consequências do exercício do primeiro: o de entrar.

Os tratados celebrados tanto no âmbito da proteção dos direitos humanos, quanto no âmbito das relações econômicas interestatais, contribuíram indiscutivelmente para uma intensificação da circulação das pessoas que veem

44 Frouville explica que o Direito Internacional moderno é determinado por imperativos morais que os Estados não podem ignorar. Assim, o intervencionismo coordenados dos Estados é guiado pelo novo projeto planetário que consiste em combater o aquecimento global, a luta contra as pandemias, o combate contra a pobreza ou crimes internacionais. Ver FROUVILLE, 2015, p. 202.

45 BENNOUNA, 2017, p. 42.

46 POLITIS, 1925, pp. 9 e 10.

47 BICHARA, 2018, pp. 123-148.

seus direitos amparados no plano internacional e regional, de modo que pesam sobre os Estados obrigações inerentes ao respeito dos direitos dos estrangeiros presentes no seu território⁴⁸.

Esse fenômeno jurídico, que abarca os costumes internacionais, teria conduzido, inclusive, à criação de um novo ramo do Direito Internacional: o Direito Internacional das Migrações:

Quadro jurídico internacional que rege a migração, constituído pelas normas e princípios do direito internacional que se aplicam ao movimento de pessoas dentro de um país ou de um país para outro e regulam a jurisdição e obrigações dos Estados, o estatuto, direitos e deveres dos migrantes, bem como bem como a cooperação internacional.⁴⁹

A denominação da disciplina não tem o propósito de destacar a autonomia desta em relação ao Direito Internacional geral, mas persegue uma finalidade pedagógica que consiste no exercício de identificação, na ordem internacional, do conjunto de normas internacionais escritas e não escritas que regem o deslocamento das pessoas de um Estado para outro, com o intuito de se estabelecer temporária ou demoradamente.⁵⁰

Com efeito, o direito aplicável aos migrantes encontra-se majoritariamente pulverizado em tratados que não cuidam especificamente de suas condições, mas da condição humana numa variedade de situações. Logo, o estudo da materialidade do “Direito Internacional das Migrações” consistiria na identificação de suas fontes, suas instituições e de uma jurisprudência. Contudo, não obstante os indícios evolutivos do Direito Internacional em relação à regência das migrações, não se pode afirmar que tal disciplina específica exista hoje.⁵¹

A gestão das migrações internacionais assumida pela sociedade internacional, na atualidade, advém, com efeito, do cumprimento de normas internacionais que se impõem aos Estados numa perspectiva de governança coordenada e global da mobilidade das pessoas, culminando com o direito de entrada. Esse direito de entrada, embora não reconhecido formal e universalmente

48 Não se faz aqui uma distinção entre migrante e estrangeiro, por entender que se trata de duas facetas de uma mesma realidade, isto é, a presença de um indivíduo em território de um Estado que não seja o de sua nacionalidade.

49 OIM. *Termes clés de la migration*. Disponível em: [<https://www.iom.int/fr/termes-cles-de-la-migration>]. Acesso em 10 de março 2023.

50 CHETAIL, 2007, pp.19 e 20. No mesmo sentido, OPESKIN, PERRUCHOUD & REDPATH-CROSS, 2014, pp. 8 e 9.

51 Essa questão poderia ser abordada do ponto de vista da fragmentação do Direito Internacional cujo debate, ainda atual, busca saber se a disciplina é una ou se possui subdivisões. O estudo da Comissão de Direito Internacional sugere que a especificidade de uma disciplina resulta da “aparição de regras ou conjunto de regras, de instituições jurídicas e de domínios de práticas jurídicas especializadas e (relativamente) autônomas”. Ver NATIONS UNIES, *Annuaire de la Commission du Droit International 2006*, vol. II, Deuxième partie. Rapport de la Commission à l’Assemblée générale sur les travaux de sa 58^{ème} Session. Nations Unies, New-York et Genève 2012, pp. 183 e 185.

pelo Direito Internacional, é sobrejacente aos tratados pertinentes à mobilidade transnacional das pessoas.

As principais normas internacionais que regem os direitos dos migrantes constam de tratados que exercem uma força gravitacional pesando nos ombros dos Estados no sentido da admissibilidade e proteção dos estrangeiros em seu solo, levando à relativização de sua soberania. Esse direito material ganha maior consistência nas jurisprudências das mais diversas jurisdições e instâncias internacionais, cujas decisões ou comunicações exacerbam a perda de autonomia plena dos Estados.

Não se trata, aqui, de apresentar todos os tratados que convergem para um reconhecimento expresso ou implícito do direito de entrada, mas apontar os principais que indicam uma tendência em evolução. Assim, vê-se que se o princípio da soberania presume a liberdade do Estado de definir sua política migratória de forma unilateral, esse princípio se encontra superado pelas exigências de mobilidade econômica das pessoas e pela obrigação de garantir a proteção dos direitos humanos dos migrantes. Esse último aspecto, atesta uma ofensiva dos direitos humanos contra a soberania do Estado enquanto norma estruturante do Direito Internacional, a ponto de se indagar se o indivíduo não está substituindo a soberania estatal como conceito fundador da disciplina.⁵²

As relações econômicas entre os povos constituem uma das formas de expressão da humanidade desde os tempos mais remotos, sendo, inclusive, o principal motivo de suas interações com as trocas de suas respectivas produções ou simplesmente pelo comércio. Com o surgimento do Estado moderno, tratados comerciais foram firmados para permitir a entrada de comerciantes nos territórios nacionais, no intuito de favorecer a expansão de suas economias.⁵³ Desse modo, o comércio aparece como inerente à vida das nações, regido pelo Direito Internacional, ao ordenar os intercâmbios sob a égide do liberalismo.⁵⁴ É notadamente o que Emer de Vattel constata ao afirmar que a liberdade de comerciar entre as nações constitui um direito natural que deve ser favorecido por elas mediante a celebração de tratados.⁵⁵

Hodiernamente, a chamada globalização ou mundialização da economia é consubstanciada pela liberação dos intercâmbios por meio da eliminação dos entraves à livre circulação dos meios de produção e das pessoas cuja entrada é garantida por tratados.⁵⁶ Nesse contexto, os Estados estão compelidos a garantir a entrada e a proteção dos direitos dos migrantes no plano global, mais também, de forma mais acurada no plano regional e transregional.

52 Sobre essa questão consulta-se BEN ACHOUR & LAGHMANI, 2008.

53 SCHWARZENBERGER, 1966, p. 18. Ver também THOUVENIN, Jean-Marc, 2010, p. 126.

54 VATTEL, , 2004, p. 206.

55 *Ibidem*, pp. 207 e 208.

56 PROULX, 1997, p. 125.

No plano global, convém lembrar que o Direito Internacional consagra o *standard* mínimo internacional consuetudinário que vem se consolidando no Direito Internacional convencional. Como dito na CIJ: “A partir do momento em que um Estado admite no seu território nacional estrangeiros [...] ele tem a obrigação de lhes conceder a proteção da lei nacional e assume certas obrigações”.⁵⁷ São nesses termos que a CIJ reafirmou a norma internacional costumeira, segundo a qual, o Estado de acolhimento deve proporcionar aos estrangeiros uma proteção mínima como expressão de sua civilidade. Esse *standard* mínimo internacional consuetudinário vem se consolidando no Direito Internacional convencional.

O conceito de *standard* mínimo de proteção devida aos estrangeiros foi lentamente reconhecido pela jurisprudência internacional a partir da ideia de que o ser humano possui certos direitos inalienáveis e independentes de sua nacionalidade, em virtude do Direito Internacional.⁵⁸

Na prática dos direitos econômicos dos migrantes, o Direito Internacional consuetudinário impõe ao Estado de destino uma proteção mínima ao migrante e seus bens. Chetail lembra, inclusive, que, no Direito Internacional geral, a responsabilidade internacional dos Estados está na origem do *standard* de proteção mínima contra danos ou violências, uma vez que o estrangeiro representa uma personificação do seu Estado de origem, o qual tem o direito de exigir reparações contra o Estado de destino.⁵⁹

O migrante, uma vez admitido a permanecer no território de destino, deve, portanto, beneficiar-se das mesmas proteções que aquelas oferecidas aos demais agentes econômicos. Trata-se de uma proteção baseada no princípio da legalidade, com o intuito de protegê-lo contra a arbitrariedade do Estado.⁶⁰ Nessa perspectiva, o agente econômico estrangeiro submete-se às mesmas regras que o agente econômico nacional. Significa dizer que ele poderá atuar num determinado segmento econômico em conformidade com a legislação pertinente. Por outro lado, ele poderá também recorrer às instâncias judiciais para proteger seus interesses.

Esses aspectos aparecem claramente nas convenções de promoção e proteção dos investimentos. Nesse tipo de tratado, primeira regra é que cada Estado conserva sua soberania quanto à escolha de aceitação do investimento no

57 CIJ. *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*. Arrêt. Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la CIJ. Haia: 1970. p. 32.

58 O *standard* representa um padrão comportamental desejável em determinadas situações. Uma norma que decorre de práticas disseminadas e observadas em setores da vida internacional e que devem ser seguidas pelos sujeitos do direito internacional. Ver OUEDRAOGO, Awalou, 2013, pp, 160 e 161.
Ibidem, p.159.

59 CHETAİL p. 227 e 228.

60 CARREAU; JUILLARD; BISMUTH e HAMANN, 2017, p. 525.

seu território. Isso significa que o Estado define soberanamente as condições de admissão de investimentos estrangeiros, quando ele permite esse acesso. Assim, quando o Estado hospedeiro reconhece o direito de investir, ele permite, pela via convencional, o direito de estabelecimento no seu território com restrições.

Notadamente, é o que se vê, por exemplo, no artigo 11 (1) do Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Angola, firmado em 1º de abril de 2015 ao determinar que: “Cada Parte deverá promover e aceitar investimentos de investidores da outra Parte, podendo restringir certos investimentos de acordo com seus respectivos ordenamentos jurídicos”.⁶¹

No âmbito comercial, por exemplo, os migrantes também podem encontrar tutela dos seus direitos, no *General Agreement on Trade in Services – GATS*, da Organização Mundial do Comércio (OMC). Este organismo internacional foi criado por meio do tratado de Marrakesh, celebrado em 12 de abril de 1994, com o objetivo de facilitar a liberalização ou acesso aos mercados nacionais. Dentre os acordos, em anexo do seu ato constitutivo, consta o Acordo Geral Sobre o Comércio de Serviços (*General Agreement on Trade in Services - GATS*) que cuida do comércio de serviços prestados por pessoas jurídicas e físicas.⁶²

Essa proteção encontra-se bem consolidada regionalmente, vez que um número considerável de organizações internacionais de integração possuem normas de funcionamento que comportam dispositivos relativos à livre circulação de pessoas para exercer suas atividades.⁶³ Assim, convém mencionar a Comunidade Andina⁶⁴, a União Africana (UA)⁶⁵, a Comunidade do Caribe (CARICOM)⁶⁶, o Mercado Comum da África Oriental e Austral (COMESA)⁶⁷,

61 Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Angola, firmado em Luanda, em 1º de abril de 2015. Promulgado pelo Decreto nº 9.167, de 11 de outubro de 2017, publicado no DOU de 13.10.2017.

62 NATIONS UNIES. Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (avec acte final, annexes et protocole). Conclu à Marrakech, le 15 avril 1994. *Recueil des traités*, 1995, Vol. 1867, p.3.

63 SÁNCHEZ, 2015, p. 223.

64 No Art. 3 do Acordo de Cartagena está descrito que se busca a integração fronteiriça e física da sub-região. O Acordo Simón Rodríguez sobre a Integração Sócio-Trabalhista também dispõe de dispositivos de mobilidade.

65 O Tratado de Abuja de 1991, em seu art. 4 (2i), estabelece a eliminação gradual, entre os Estados-membros, dos obstáculos à livre circulação de pessoas, mercadorias, serviços e capitais e ao direito de residência e estabelecimento.

66 O Capítulo 3 do Tratado revisado de Chaguaramas caracteriza a movimentação de pessoas habilitadas, a movimentação de serviços e o direito de estabelecimento. Nos termos do art. 45 do mesmo tratado, os Estados-Membros comprometem-se a trabalhar em prol da livre circulação dos seus nacionais na Comunidade.

67 O tratado COMESA, em seu Art. 4 (6e) e Art. 164, fixa como um compromisso específico a remoção de obstáculos à livre circulação de pessoas, trabalho e serviços, direito de estabelecimento para investidores e direito de residência no Mercado Comum.

a Comunidade Econômica dos Estados da África Ocidental (ECOWAS), dentre outras⁶⁸.

A União Europeia e o MERCOSUL nesse ponto de vista oferecem os modelos mais acabados do direito de entrada, já que a mobilidade de pessoas e a relativização da soberania estatal quanto ao seu poder de vetar a entrada, constituem uma realidade jurídica.

O Tratado de Lisboa, assinado em 13 de dezembro de 2007, com efeito, reorganizou os aspectos institucionais da União Europeia, dando-lhe uma competência protetiva dos direitos humanos em seus dois instrumentos. No seu primeiro instrumento, intitulado Tratado da União Europeia, a União é fundada nos valores do respeito da dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade e do respeito à proteção dos direitos humanos, ao passo que o outro instrumento internacional cuida do disciplinamento do seu funcionamento, denominado Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)⁶⁹, que acrescenta que os cidadãos europeus gozam de direitos e estão sujeitos aos deveres previstos nos Tratados, dentre outros direitos, o direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-membros.⁷⁰

A livre circulação estende-se, inclusive, aos nacionais de Estados terceiros admitidos a entrar no território da União Europeia, de conformidade com as regras do Acordo de Shengen. Assim, a União Europeia passou a legislar sobre a circulação das pessoas, representando um fator expressivo de globalização de mobilidade de pessoas, realocando o Estado numa função de mero fiscalizador da identidade das pessoas que circulam livremente.

No que diz respeito especificamente à livre circulação das pessoas, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia traz especificações no seu Título IV. Três categorias de cidadãos europeus são autorizadas a se deslocarem no território de quaisquer Estados-membros com fins econômicos: os trabalhadores, os profissionais liberais e os comerciantes, isto é, aqueles acobertados pelos princípios do livre empreendimento que consta do TFUE, e os prestadores de serviços.

No MERCOSUL, a facilitação da mobilidade de pessoas é uma ação fundamental no contexto da construção de uma efetiva integração regional. A primeira decisão do Conselho do Mercado Comum para implementar e fixar

68 O art. 3 do Tratado ECOWAS prevê o estabelecimento de um mercado comum por meio da eliminação dos obstáculos à livre circulação de pessoas, bem como ao direito de residência e estabelecimento. Disposições adicionais de mobilidade estão contidas no Protocolo A/P.1/5/79 e no Protocolo Suplementar A/SP.1/7/86, 2/5/90.

69 UNION EUROPÉENNE. *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007. Traité de l'Union européenne (version consolidée). Journal Officiel de L'Union européenne C306/13, 26/10/2012.* E, *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée). Journal Officiel de L'Union européenne C306/47, 26/10/2012.*

70 Arts. 20, 21 e 26(2) do Tratado sobre Funcionamento da União Europeia de 2007.

o teor da livre circulação dos nacionais dos Estados-membros foi a Decisão nº12/91, de 17 de dezembro de 1992, que obriga aos Estados-membros a facilitar o trânsito internacional dos cidadãos do MERCOSUL e dos residentes em Estados partes.⁷¹

Essa liberdade de circulação foi acompanhada, dez anos depois, da liberdade de estabelecer residência para os nacionais dos Estados-membros, conforme foi estabelecido no *Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do MERCOSUL, Bolívia e Chile*, na condição de Estados associados, aprovado pela Decisão do CMC, nº 28/02.⁷² Esse direito fundamenta-se na comprovação da nacionalidade de um dos Estados-membros ou Estado associado.⁷³

A primeira medida que convém mencionar é o Acordo sobre Dispensa de Tradução para Documentos Administrativos para Efeitos de Imigração entre os Estados Partes do MERCOSUL.⁷⁴ Este acordo tem como objetivo facilitar a livre circulação de pessoas dentro dos países membros, permitindo que documentos administrativos, como certidões de nascimento, casamento e antecedentes criminais, sejam aceitos sem a necessidade de tradução para o idioma do país que os irá receber.⁷⁵

Outra medida relevante de se comentar é o Acordo sobre Localidades Fronteiriças Vinculadas do MERCOSUL. Assim, por meio da Decisão 13/2019 do CMC, o Acordo visa garantir aos cidadãos das localidades vinculadas o direito de se obter o documento de trânsito vicinal fronteiriço, o qual facilita a circulação transfronteiriça, proporcionando, inclusive, benefícios nas áreas de estudo, trabalho, saúde e comércio de bens de subsistência.⁷⁶

Resulta do que precede que a mobilidade das pessoas regionalmente só tende a intensificar-se, ganhando uma nova escala com o surgimento do fenômeno dos acordos transregionais que contemplam os direitos dos migrantes.

É o caso do *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA), celebrado em 30 de outubro de 2016.⁷⁷ Esse Acordo Econômico e Comercial

71 MERCOSUL. CMC. Decisão 12/1991. Facilitação para os Cidadãos do MERCOSUL. Brasília, 17/XII/1991.

72 MERCOSUL. CMC. Decisão 28/2002. Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul - Mercosul, Bolívia e Chile, assinado por ocasião da XXIII Reunião do Conselho do Mercado Comum, realizada em Brasília nos dias 5 e 6 de dezembro de 2002.

73 Tal acordo teve sua promulgação na legislação brasileira por meio do Decreto nº 6.975, de 7 de out. de 2009. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6975.htm]. Acesso em: 03 de agosto de 2023.

74 MERCOSUL. CMC. Decisão 44/2000.

75 OYARZÁBAL, 2006, p. 125.

76 MERCOSUL. CMC. Decisão 13/2019.

77 COMPREHENSIVE ECONOMIC AND TRADE AGREEMENT. 28 out. 2016. Disponível em: [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2017:011:FULL&from=EN>]. Acesso em 17 mar. 2023.

Global entre a União Europeia e o Canadá versa sobre o comércio de bens e serviços. Entrou em vigor em 21 de setembro de 2017. O objetivo desse acordo consiste na eliminação dos impostos sobre 99% de todas as linhas tarifárias para criar um mercado amplo e seguro para os seus produtos e serviços.⁷⁸ Outrossim, visa à redução ou eliminação de obstáculos ao comércio e ao investimento, dentre outros aspectos de liberalização.

Na mesma linha estratégica, o *Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP)* celebrado em 15 de novembro de 2020, cobre uma parceria econômica entre membros da Associação das Nações do Sudeste Asiático (Asean) e outros cinco países.⁷⁹ Já o *Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP)* resulta de um processo de negociação e construção de espaço econômico mais demorado. O CPTPP tem como objetivos: estabelecer um acordo regional abrangente que promova integração econômica para liberalizar o comércio e o investimento; trazer crescimento e benefícios sociais; criar oportunidades para os trabalhadores e empresas dentre outros.

Enfim, cabe mencionar a atuação da OIT e da ONU que buscam promover a defesa dos direitos dos trabalhadores e seus familiares no âmbito das migrações. Na OIT, a Convenção n° 97 sobre os Trabalhadores Migrantes de 1949 constitui o primeiro tratado adotado no âmbito da OIT, colocando os Estados membros diante da responsabilidade de garantir direitos mínimos para “toda pessoa que emigra de um país para outro com o fim de ocupar um emprego”.⁸⁰

A Convenção n° 143 acrescenta novas obrigações que versam sobre as migrações em condições abusivas, de modo que os Estados partes devem adotar medidas nacionais para combater e suprimir as migrações clandestinas, o emprego ilegal de migrantes e o tráfico de mão-de-obra.⁸¹ Em relação à Convenção n° 143 vem em complemento da Convenção n° 97, no intuito de consolidar a proteção do trabalhador migrante no que atine às migrações clandestinas e ao emprego ilícito no território do Estado, vedando qualquer tipo de discriminação no que diz respeito aos direitos assegurados aos trabalhadores migrantes *regulares* (remuneração, seguro social e outras vantagens).⁸²

78 EUROPEAN UNION. European Commission. Trade. *EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*. Disponível em: [https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/canada/eu-canada-agreement_en]. Acesso em: 29 mar. 2023.

79 REGIONAL COMPREHENSIVE ECONOMIC PARTNERSHIP. 15 nov. 2020. Disponível em: [<https://www.mfat.govt.nz/assets/Trade-agreements/RCEP/RCEP-Agreement-Legal-Text.pdf>]. Acesso em 17 mar. 2023. Ver também, SALLES, Marcus Maurer de & CARVALHO, Marina Amaral Egydio de. *Os mega-acordos regionais contemporâneos (CPTPP, RCEP E AFCFTA)*: uma primeira aproximação comparativa aos acordos e suas estruturas regulatórias. Nota técnica, n° 42, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), janeiro de 2022, p. 9.

80 Art. 11 da Convenção n° 97 sobre os Trabalhadores Migrantes de 1949.

81 Arts. 2°, 3°, e 4° da Convenção n° 143 sobre os Trabalhadores Migrantes de 1975.

82 Art. 9 da Convenção n° 143 sobre os Trabalhadores Migrantes de 1975.

Outrossim, a Convenção nº 189 de 2011, também da OIT, é uma iniciativa que versa sobre a proteção dos direitos dos trabalhadores domésticos. Este tratado reconhece o trabalho doméstico como profissão e estabelecem direitos e garantias para os trabalhadores domésticos, visando, assim, promover a igualdade de oportunidades e a proteção de seus direitos trabalhistas.⁸³

Os direitos assegurados aos trabalhadores migrantes nestas Convenções concernem essencialmente a condição de existência digna no Estado de destino visando garantir a dignidade e os direitos dos migrantes e trabalhadores migrantes, independentemente de sua nacionalidade ou sua regulamentação.⁸⁴

Ao lado das Convenções específicas da OIT sobre a proteção dos trabalhadores migrantes, a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, das Nações Unidas, concluídas em 1990, vem conferir maior amplitude ao sistema protetivo de cunho universal.⁸⁵

Em relação a tutela de direitos dos refugiados engloba a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 28 de julho de 1951, constitui o principal instrumento de proteção das pessoas que, ao fugirem de seus países de origem, buscam abrigo em outros Estados.⁸⁶ Esse tipo de migrante vê seus direitos assegurados no território do Estado de refúgio em virtude da Convenção de 1951, que obriga os Estados partes a acolherem aqueles que conseguem comprovar tal qualificação.⁸⁷

Esse breve panorama já demonstra que o acervo internacional relativo aos direitos dos migrantes é vasto e uma apresentação completa aqui seria fastidiosa. O objetivo é assinalar que a evolução do Direito Internacional atual na regência da mobilidade transnacional das pessoas tem fundamentação em numerosos tratados que obrigam praticamente os Estados a aceitar no seu ter-

83 O Artigo 7 da Convenção nº 189 da OIT estabelece que os trabalhadores domésticos devem ser informados sobre suas condições de emprego de forma apropriada, verificável e de fácil compreensão. De modo que essa informação deve ser fornecida através de contratos escritos de acordo com a legislação nacional ou acordos coletivos. Assim, o contrato deve incluir informações como o nome e endereço do empregador e trabalhador, endereço do local de trabalho, data de início e duração do contrato, tipo de trabalho, remuneração, carga horária, férias, período de experiência (se houver), condições de repatriação (caso seja o caso) e condições para o término da relação de trabalho, incluindo o prazo de aviso prévio.

84 PERRUCHOUD, 2001, p. 282.

85 NATIONS UNIES. Convention internationale sur la protection de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille. New York, 18 décembre 1990. *Recueil des traités 2004*, vol. 2220, p. 3. Hoje a Convenção comporta 58 Estados partes. NATIONS UNIES. *Collections des traités*. Disponível em: [<https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=fr>]. Acesso em 11 de abr. de 2023.

86 NATIONS UNIES. Convention relative au statut de réfugiés. Signée à Genève, le 28 juillet, 1951. *Recueil des traités 1954*, vol. 189, p. 137.

87 BICHARA, Jahyr-Philippe, 2017, p. 201-227. Do mesmo autor, O tratamento do apátrida na nova lei de migração: Entre avanços e retrocessos. *Revista de Direito Internacional*. 2017, pp. 237-252.

ritório qualquer estrangeiro que atenda aos requisitos postos pelo Direito Internacional.

Dessa maneira, é possível afirmar que as migrações internacionais, enquanto fenômeno natural humano, transcendem as políticas nacionais, eventualmente protecionistas, em virtude da preeminência do direito de partir e de reingressar ao seu país de origem. Esse direito, bem consolidado nos tratados supracitados e entre muitos outros, contribui para uma intensificação das migrações cujas motivações são das mais diversas. Transbordados pelos fluxos contínuos das migrações, os Estados se sentem, portanto, compelidos a admitir nos seus territórios pessoas cujos direitos humanos prevalecem sobre suas vontades.

5. CONCLUSÃO

No dia 19 de dezembro de 2018, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou o Pacto Global para Migração Segura, Ordenada e Regular, um instrumento internacional que havia sido previamente aprovado em Marrakesh durante a Conferência Intergovernamental sobre migração internacional, realizada nos dias 10 e 11 de dezembro de 2018.⁸⁸

O Pacto representa o primeiro esforço global para regulamentar a mobilidade das pessoas em nível internacional. Embora não seja um tratado vinculativo, suas normas têm como objetivo orientar os Estados no sentido de proteger os direitos humanos dos migrantes. O preâmbulo do Pacto faz referência à Declaração Universal dos Direitos Humanos, às convenções de direitos humanos das Nações Unidas, aos tratados relacionados à proteção ambiental e ao combate à criminalidade transnacional organizada, enfatizando assim a importância da proteção dos direitos humanos no contexto das migrações.⁸⁹

O texto do Pacto Global reflete a ideia de que, embora os Estados ainda tenham a autoridade sobre seu território, essa autoridade está sendo limitada pelas regras internacionais que regem a mobilidade das pessoas e seus direitos nos Estados de destino. A proliferação de tratados internacionais e jurisprudên-

88 NATIONS UNIES. Assemblée générale. Soixante-treizième session. Résolution adoptée par l'Assemblée générale, le 19 décembre 2018, 73/195. Pacte Mondial Pour des Migrations Sûres, Ordonnées et Régulières.

89 O Pacto Global enuncia 23 objetivos, dentre eles: a troca de informações úteis entre Estados para a formulação de políticas migratórias; o combate aos fatores negativos e estruturais que levam as pessoas a deixar seus países de origem (desenvolvimento econômico, guerras, catástrofes naturais, etc.); a obrigação de atribuir a todos os migrantes a prova de uma identidade legal; favorecer condições decentes de trabalho; combater os fatores de vulnerabilidade dos migrantes e reduzi-las; combater o tráfico de migrantes e de pessoas; não proceder a detenções administrativas abusivas; reforçar a assistência e a cooperação consular; garantir aos migrantes o acesso aos serviços públicos elementares. Percebe-se, portanto, que o Pacto mundial representa uma síntese dos direitos aplicáveis aos migrantes, conforme visto no decorrer do estudo.

cia relacionados à proteção dos direitos dos migrantes tem restringido a soberania dos Estados e, em última análise, impulsionado o reconhecimento implícito do direito de entrada.

Embora Kant tenha idealizado um mundo onde as pessoas poderiam circular livremente, ele reconheceu as dificuldades na transição para um Estado cosmopolita devido às diferenças culturais, políticas e econômicas entre os povos.⁹⁰

Atualmente, o Direito Internacional das migrações se destaca como uma faceta do Direito Internacional que busca equilibrar a necessidade de ordenar os fluxos migratórios com o respeito aos direitos humanos e a dignidade das pessoas. Os Estados estão buscando soluções que permitam a circulação transnacional das pessoas de forma controlada, reconhecendo o direito natural das pessoas de se deslocarem, mesmo que isso limite a soberania estatal no que diz respeito ao controle de fronteiras. Essa abordagem é impulsionada pela necessidade de enfrentar questões globais, como as mudanças climáticas, e garantir a proteção dos direitos humanos em um mundo cada vez mais interconectado.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Z. *Confiança e Medo na Cidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

BEN ACHOUR, Rafâa & LAGHMANI, Slim. *Les Droits de l'homme: Une nouvelle cohérence pour le droit international?* Paris: Éditions A. Pedone, 2008.

BENNOUNA, M. *Le Droit International: entre la lettre et l'esprit. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Vol. 383, pp. 9-231, 2017.

BICHARA, Jahyr-Philippe. O tratamento jurídico dos refugiados e apátridas no Brasil: em busca de uma adequação ao direito internacional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 101, pp. 201-227, 2017.

BICHARA, Jahyr-Philippe. O tratamento do apátrida na nova lei de migração: Entre avanços e retrocessos. *Revista de Direito Internacional*. Vol. 14, n° 2, pp. 237-252, 2017.

BICHARA, Jahyr-Philippe. Proteção internacional dos migrantes: entre prerrogativas e obrigações dos Estados. *Revista de Informação Legislativa*, v. 55, pp. 123-148, 2018.

BODIN, Jean. *Les Six Livres de la République*. Un abrégé du texte de l'édition de Paris de 1583. Edition et présentation de Gérard Mairet. Quatrième de couverture. E-book, Kindle, 1993.

90 KANT, Immanuel. 2008, p. 22.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. Soberania e Direito Internacional. **CADERNOS Adenauer**, Ano XXI, 2020, n° 3, Soberania na atualidade. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, pp. 99-155, outubro de 2020.

CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick; BISMUTH, Régis e HAMANN, Andrea. **Droit international économique**. 6ème éd. Paris: Dalloz, 2017.

CENTRAL AMERICAN COURT OF JUSTICE. “Dr. Pedro Andres Fornos Diaz v. The Government of the Republic of Guatemala.” *The American Journal of International Law*, vol. 3, no. 3, 1909.

CHETAİL, Vincent. Droit International des migrations: Fondements et limites du multilatéralisme. *In: Habib Gherari et Rostane Mehdi (sous la direction). La société internationale face au défis migratoire*. Paris: Éditions A. Pedone, 2012, pp. 23-69.

CHETAİL, Vincent. Migration, Droits de l’Homme et souveraineté : Le droit international dans tous ses états. *In: Vincent Chetail (dir.). Mondialisation, migration et droit de l’homme: le droit international en question/Globalization, migration and human right: international law under review*. Vol. II. Bruxelles : Bruylant, 2007, pp.13-133.

CHETAİL, Vincent. The human rights of migrants in general international law: from minimum standards to fundamental rights. **Georgetown Immigration Law Journal**. Vol. 28, pp. 225-255, 2013.

CIJ. *Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*. Arrêt. Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la CIJ. Haia: 1970.

CIJ. Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), exceptions préliminaires. Arrêt, CIJ. Recueil 2007.

COMITÉ DE DIREITOS HUMANOS. Miguel González del Rio v. Peru, Comunicação n° 263/1987, UN Doc. CCPR/C/46/D/263/1987 (1992). Disponível em: [<http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/French/jurisprudence/263-1987.html>]. Acesso em: 08.03.2023.

COMPREHENSIVE ECONOMIC AND TRADE AGREEMENT. 28 out. 2016. Disponível em: [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2017:011:FULL&from=EN>]. Acesso em: 17.03.2023.

DAL RI JR., Arno; VELOSO, Paulo Potiara de Alcântara; LIMA, Lucas Carlos (Org.). **A formação da ciência do direito internacional**. Ijuí: Unijuí, 2014.

Decreto n° 6.975, de 7 de out. de 2009. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6975.htm]. Acesso em: 03.09.2023.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; FORTEAU, Mathias e PELLET, Alain. **Droit international public**. 8^a ed., Paris: LGDJ, 2009, p. 111.

EUROPEAN UNION. European Commission. Trade. EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA). Disponível em: [https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/canada/eu-canada-agreement_en]. Acesso em: 29.03.2023.

FROUVILLE, Olivier. Le changement en droit international public: la souveraineté est-elle toujours au fondement du droit international? **Revue de droit d'Assas**. n° 10, pp. 199- 202, février 2015.

GARNER, J. W. Le Développement et les Tendances Récentes du Droit International. **Collected Courses of the Hague Academy of International Law**. Vol. 35, pp. 605-751, 1931.

HABERMAS, Jürgen. **Inclusão do outro**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HEGEL, G.W.F. **Principes de la philosophie du droit**. Traduit de l'allemand par André Kaan et préfacé par Jean Hyppolite. Saint-Amand: Gallimard, 1989.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION (IOM). Constitution and Basic Texts. Disponível em: [<https://publications.iom.int/books/constitution-and-basic-texts>]. Acesso em: 07.03.2023.

JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. México: FCE, 2000.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua. Um projecto filosófico**. Tradução de Artur Morão. Universidade da Beira interior: Covilhã, 2008.

KELSEN, Hans. **Théorie pure du droit**. Traduction française de la deuxième édition de la Reine Rechtslehre por Charles Eisenmann. Paris: Ed. LGDJ/Bruylant, 1999.

MERCOSUL. CMC. Decisão 4/1999. Acordo de Admissão de Títulos e Graus Universitários para o exercício de atividades acadêmicas nos Estados Partes do MERCOSUL.

MERCOSUL. CMC. Decisão 12/1991. Facilitação para os Cidadãos do MERCOSUL. Brasília, 17/XII/1991.

MERCOSUL. CMC. Decisão 13/2019.

MERCOSUL. CMC. Decisão 28/2002.

NATIONS UNIES. Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (avec acte final, annexes et protocole). Conclu à Marrakech, le 15 avril 1994. Recueil des traités, 1995, Vol. 1867, p.3.

NATIONS UNIES, Annuaire de la Commission du Droit International 2006, vol. II, Deuxième partie. Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 58^{ème} Session. Nations Unies, New-York et Genève 2012.

NATIONS UNIES. Assemblée générale. Soixante-treizième session. Résolution adoptée par l'Assemblée générale, le 19 décembre 2018, 73/195. Pacte Mondial Pour des Migrations Sûres, Ordonnées et Régulières.

NATIONS UNIES. Collections des traités. Disponível em: [<https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=fr>]. Acesso em: 11.04.2023.

NATIONS UNIES. Convention internationale sur la protection de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille. New York, 18 décembre 1990. Recueil des traités 2004, vol. 2220, p. 3.

NATIONS UNIES. Convention relative au statut de réfugiés. Signée à Genève, le 28 juillet, 1951. Recueil des traités 1954, vol. 189, p. 137.

NATIONS UNIES. Pacte international relatif aux droits civils et politiques. New York, 16 décembre 1966. Recueil des traités, vol. 999, p. 171 et vol. 1057, p. 407.

NATIONS UNIES. Recueil des Traités, vol. 360, p. 117. Convention relative au statut des apatrides. New York, 28 septembre 1954. Entrée en vigueur : 06 Juin 1960.

ORGANISATION INTERNATIONALE POUR LES MIGRATIONS (OIM). État de la migration dans le monde 2022, p. 25. Disponível em: [<https://publications.iom.int/books/rapport-etat-de-la-migration-dans-le-monde-2022>]. Acesso em: 06.03.2023.

OIM. Termes clés de la migration. Disponível em: [<http://www.iom.int/fr/termes-cles-de-la-migration>]. Acesso em: 05.03.2023.

OIM. Termes clés de la migration. Disponível em: [<https://www.iom.int/fr/termes-cles-de-la-migration>]. Acesso em: 10.03.2023.

OIM. Glossary on Migration. N° 34, 2019. p. 103. Disponível em: [<https://publications.iom.int/books/international-migration-law-ndeg34-glossary-migration>]. Acesso em: 02.09.2023.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em Paris, em 10 de dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A(III), pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU).

OPESKIN, Brian; PERRUCHOUD, Richard & REDPATH-CROSS, Jillyanne. Étude théorique du droit international de la migration. In : Brian Opeskin, Richard Perruchoud et Jillyanne Redpath-Cross (dir.). **Le droit international de**

la migration. Bâles: Éditions Yvon Blais & Schulthess Édition Romandes, 2014, pp. 1-19.

OUEDRAOGO, Awalou. Standard e standardisation: la normativité variable du droit international. **Revue Québécoise de droit international.** Année 2013, 26-1, pp. 155-186.

OYARZÁBAL, Mario J. A. Dispensa de traduções para efeitos de imigração no Mercosul. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, ano 43, n. 171, pp. 125-132, 2006.

PERRUCHOUD, Richard. Normas legales para la protección de los trabajadores migrantes. *In: Notas de población.* Año XXVIII, n° 73, Santiago de Chile. Naciones Unidas: Chile, 2001, pp. 273 – 303.

POLITIS, N. Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux. **Collected Courses of the Hague Academy of International Law.** Vol. 6, pp. 1-121, 1925.

PROULX, Jean-Paul. La mondialisation de l'économie et le rôle de l'État. *In: mondialisation des échanges et fonctions de l'État* (sous la direction de François Crépeau). Bruxelles: Bruylant, 1997, pp.123-140.

RECUEIL DES SENTENCES ARBITRALES. L. F. H. Neer and Pauline Neer (USA) v. United Mexican States, 15 october 1926, Volune IV.

RECUEIL DES SENTENCES ARBITRALES. George W. Hopkins (USA) v. United Mexican States (31 March 1926). v. IV.

REGIONAL COMPREHENSIVE ECONOMIC PARTNERSHIP. 15 nov. 2020. Disponível em: [<https://www.mfat.govt.nz/assets/Trade-agreements/RCEP/RCEP-Agreement-Legal-Text.pdf>]. Acesso em: 17.03.2023.

SALLES, Marcus Maurer de & CARVALHO, Marina Amaral Egydio de. Os mega-acordos regionais contemporâneos (CPTPP, RCEP E AFCFTA): uma primeira aproximação comparativa aos acordos e suas estruturas regulatórias. **Nota técnica, n° 42, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA),** janeiro de 2022.

SÁNCHEZ, Sara Iglesias. Free Movement of Persons and Regional International Organisations. *In: Sir Richard Plender (ed). Issues in International Migration Law.* Leiden: Brill Nijhoff, 2015.

SCELLE, Georges. Règles Générales du Droit de la Paix. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye (RCADI),** v. 46, pp. 331-703, 1933-IV.

SCHWARZENBERGER, G. The Principles and Standards of International Economic Law. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye (RCADI)*, Vol. 117, pp. 5-98, 1966.

THOUVENIN, Jean-Marc. Les dynamiques du droit des relations économiques internationales. V *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, v. 2, n° 9, pp. 118-172, julho de 2010.

TRIEPEL, Heinrich. Les rapports entre le droit international et le droit interne. *Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de La Haye (RCADI)*, T. 1, pp. 73-122, 1923.

UNION EUROPÉENNE. Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007. Traité de L'Union européenne (version consolidée). *Journal Officiel de L'Union européenne C306/13*, 26/10/2012. E, Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée). *Journal Officiel de L'Union européenne C306/47*, 26/10/2012.

UNITED NATIONS. Department of Economic and Social Affairs of United Nations Secretariat, Population Division. *World Population Prospects 2022: Summary of Results*. Disponível em: [https://www.un.org/development/desa/pd/sites/www.un.org.development.desa.pd/files/undesa_pd_2022_wpp_key-messages.pdf]. Acesso em: 03.03.2023.

VATTEL. Emer de. *O direito das gentes*. Trad. Vicente Marotta Rangel. Brasília: ed. UnB/IRPI, 2004.

Recebido em: 18/09/2023

Aprovado em: 22/05/2024

DESAFIOS DA PESQUISA EMPÍRICA COM PROCESSOS JUDICIAIS: OBSERVAÇÕES A PARTIR DA EXPERIÊNCIA COM AUTOS DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR*

CHALLENGES OF EMPIRICAL RESEARCH WITH COURT PROCEDURES: NOTES FROM THE EXPERIENCE WITH CASES OF TERMINATION OF PARENTAL RIGHTS

JANAÍNA DANTAS GERMANO GOMES**

RESUMO

O objetivo deste artigo é apresentar alguns dos desafios enfrentados para a realização de pesquisas empíricas a partir de processos judiciais, considerando as particularidades dos materiais e a importância de um desenho metodológico que os indague com um olhar pautado na pesquisa e não na prática jurídica. Para a construção do argumento central do artigo, apresentam-se alguns delineamentos básicos acerca da pesquisa empírica em direito e seus desafios e sobre a etnografia de documentos como metodologia de especial interesse para pesquisadores da área jurídica. Para a problematização e apresentação dos desafios, descrevem-se brevemente as peculiaridades dos processos de Destituição do Poder Familiar e as estratégias utilizadas para sua leitura, pautando-se em desafios e complexidades encontradas em campo, relativas ao acesso aos processos, ao sigilo seletivo que os permeia, às estratégias de leitura e à gestão das emoções envolvidas. Finalmente, recorre-se às entrevistas realizadas ao longo da pesquisa para apresentar as diversas camadas presentes nesses processos, que precisam ser consideradas para a realização de uma pesquisa empírica em direito que tenha a análise de processos judiciais dentre seus materiais de pesquisa. A realização da pesquisa foi aprovada pelo Comitê de Ética pertinente, por meio da Plataforma Brasil.

ABSTRACT

The goal of this article is to introduce some of the challenges faced in carrying out empirical research based on judicial processes, considering the particularities of these materials and the importance of a methodological design that investigates them based on research analysis and not on legal practice. For the construction of the central argument of this article, some basic outlines are presented about empirical research in law and its challenges and also about the ethnography of documents as a methodology of special interest for researchers in the legal field. For the presentation of the challenges, it briefly describes the peculiarities of the processes of Termination of Parental Rights and the strategies used for its reading, based on challenges and complexities encountered in the field, related to the access to the processes, to the selective secrecy that permeates them, the reading strategies and the management of emotions. Finally, interviews carried out throughout the research are used to present the different layers present in these processes that, from the perspective of this text, need to be considered in order to carry out empirical research in law that has the analysis of judicial processes among its material. The conduction of the research was approved by the relevant Ethics Committee, through Plataforma Brasil.

* O presente trabalho foi realizado com apoio do CNPq, Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – Brasil.

** Pesquisadora de Pós-Doutorado Júnior em Antropologia Social na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) com bolsa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Mestre e Doutora em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo. E-mail: janadgg@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1585-2383>.

PALAVRAS-CHAVE: Pesquisa Empírica. Antropologia do Direito. Destituição do Poder Familiar Autos processuais.

KEYWORDS: *Empirical Research. Anthropology of Law. Termination of Parental Rights Procedural records.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo apresentar alguns dos desafios metodológicos para a pesquisa com autos judiciais observados ao longo da pesquisa de doutorado em Direitos Humanos na Universidade de São Paulo¹. Referida pesquisa utilizou metodologia empírica desde uma perspectiva pautada na etnografia, baseada na realização de entrevistas com profissionais dos setores técnicos das Varas de Infância e Juventude e a análise de autos judiciais de Destituição do Poder Familiar (DPF) sentenciados e transitados em julgado.

Diferente das pesquisas que se iniciam com um ponto de partida e chegada já definidos, comuns no contexto de pesquisas jurídicas², a pesquisa de doutorado e a tese dela decorrente iniciaram-se com um olhar amplo para a compreensão das formas de produção dos entendimentos nos processos judiciais de DPF. Os autos processuais, que antes eram um aporte material para conhecimento e exploração dos casos cotidianos vivenciados pelas profissionais, tornaram-se objeto de análise detida, em especial em razão do atravessamento do campo pela pandemia da COVID-19 e a suspensão parcial do trabalho nos fóruns paulistas.

No decorrer das análises dos materiais e a realização das entrevistas previstas, o campo de pesquisa trouxe a centralidade da ideia de “cuidado” no contexto das ações de DPF. Assim, no resultado apresentado, exploraram-se os múltiplos sentidos do cuidado presentes nesses processos, com especial ênfase nos circuitos do cuidado que podem ser observados, à luz das produções nacionais recentes de Nadya Araújo Guimarães sobre o tema³.

A análise dos processos desde o prisma da teoria do cuidado mostrou-se fundamental para lançar novas luzes ao fenômeno da DPF, observando referidos processos desde a ambiguidade fundamental que os permeia: afinal, de quem se

1 GOMES, Janaína Dantas Germano. *O cuidado em julgamento: Um olhar sobre os processos de Destituição do Poder Familiar no estado de São Paulo*. 282 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

2 FRAGALE, R.; VERONESE, A. *A pesquisa em Direito: diagnóstico e perspectivas*. Revista Brasileira de Pós-Graduação, [S. l.], v. 1, n. 2, 2011. DOI: 10.21713/2358-2332.2004. v1. 40. Disponível em: <https://rbpg.capes.gov.br/rbpg/article/view/40>.

3 GUIMARÃES, Nadya Araujo. *O Cuidado e seus Circuitos: Significados, Relações, Retribuições*. In: GUIMARÃES, Nadya Araujo; HIRATA, Helena (Orgs.). *O Gênero do Cuidado. Desigualdades, Identidades, Significações*. São Paulo: Ateliê, 2020; GUIMARÃES, Nadya Araujo; VIEIRA, Priscila. *As ‘ajudas’: o cuidado que não diz seu nome*. Estudos Avançados, São Paulo, v. 34, n. 98, p. 7-23, 2019. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/s0103-4014.2020.3498.002>>. Acesso em: 29 de jul. de 2022.

está cuidando no bojo desses processos? Estamos cuidando das crianças, das famílias ou do próprio fazer do poder judiciário?

Feita a contextualização do marco teórico da tese e passando ao largo da discussão teórica e dos achados obtidos na tese, na presente oportunidade busca-se restituir algumas inquietações e desafios concernentes à produção de pesquisas empíricas tendo os processos judiciais (bem como as entrevistas com que se produzem documentos técnicos juntados a eles) como material de investigação para a apreensão de cotidianos e práticas jurídicas.

Considerando a perspectiva interdisciplinar entre o Direito e a Antropologia, fronteira disciplinar onde situa-se a pesquisa produzida, é relevante apresentar algumas reflexões sobre o percurso de aproximação e observação dos materiais que serão trabalhados no presente artigo. Assim, apresentam-se i) alguns *estranhamentos* necessários para a leitura dos processos, especialmente quando os investigadores são da área jurídica; ii) elementos acerca dos obstáculos a serem superados para o acesso aos materiais; iii) reflexões sobre o segredo de justiça; iv) e, especialmente, a relevância de pensar os processos judiciais a partir do cotidiano de quem os produz e o contexto no qual são produzidos, o que, por vezes, são elementos invisibilizados em pesquisas e metodologias. A reflexão apresentada se justifica pelo fato de que, no Brasil, ainda vivenciamos o desenvolvimento e enraizamento de pesquisas empíricas interdisciplinares que consideram os processos não como fonte de dados, mas, sim, como objeto de indagação e pesquisa.

Referido debate ampara-se em diversos autores e autoras que têm se manifestado a favor de uma produção nacional - e mais intensa - na área de Antropologia do Direito, com distintas ênfases⁴. Passando ao largo do debate sobre uma Antropologia *do* Direito, Antropologia *e* Direito e Antropologia Jurídica, e do que seria o elemento central definidor de uma pesquisa empírica em direito, ressalta-se a importância de ampliar as possibilidades de investigar o fazer jurídico a partir do olhar antropológico.

Roberto Kant de Lima e Bárbara Baptista justificam o desenvolvimento de pesquisas na fronteira disciplinar entre Antropologia e Direito, dentre outros motivos, pela necessidade e importância de nos debruçarmos sobre as rotinas e procedimentos que são desconhecidos pela maior parte das pessoas, mesmo aquelas que atuam na área, e que destoam do conteúdo ensinado nos ambientes universitários jurídicos⁵.

4 SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. *Jogo, ritual e teatro: um estudo antropológico do Tribunal do Júri*. São Paulo: Terceiro Nome, 2012; SCHUCH, Patrice. Antropologia do Direito: Trajetória e Desafios contemporâneos. São Paulo: Revista BIB, n° 67, 1° semestre de 2009, pp. 51-73.

5 KANT DE LIMA, Roberto; LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. *O desafio de realizar pesquisa empírica no direito: uma contribuição antropológica*. Disponível em: http://www.uff.br/ineac/sites/default/files/o_desafio_de_realizar_pesquisa_empirica_no_direito.pdf.

Os autores defendem a etnografia como metodologia aplicável para desvelar a realidade que se coloca para além dos discursos manualizados, reproduzidos em salas de aula no âmbito dos cursos de direito, conhecidos por seu mundo do “dever ser”, de modo que “o trabalho de campo e especialmente a etnografia permitem perceber valores e ideologias diferentes daqueles que informam explicitamente os discursos oficiais do campo”⁶. Afirmam ainda que “é certo que o discurso teórico produzido no campo nem sempre encontra correspondência nas práticas judiciárias, e vice-versa”, existindo “uma completa invisibilidade dos valores e da ideologia que norteiam os mesmos rituais”⁷.

O diálogo entre Antropologia e Direito, especialmente lançando mão da análise de documentos técnicos, tem sido de crescente interesse na área, como demonstrado também no estudo de Camila Nicácio sobre intolerância religiosa. Sua pesquisa de campo em Minas Gerais, com registros policiais sobre esse tipo de violência, longe de estar adstrita ao campo específico do pluralismo religioso, sobre o qual se debruça, permite a reflexão sobre o fazer dos agentes da burocracia estatal, buscando compreender como operam na tradução dos conflitos para o código do direito, permitindo ver uma série de categorias locais que balizam, na prática, a aplicação da lei e sua efetividade⁸.

Assim, a antropologia, seus métodos e modelos teóricos, têm sido vistos como possibilidades de investigação e interpretação dos conteúdos em disputa dentro do funcionamento do Estado, no âmbito do Poder Judiciário, sob novos pontos de vista, jamais “únicos” ou “melhores”, frise-se.

Buscando contribuir para o debate acerca das contribuições de pesquisas empíricas e etnográficas em contextos jurídicos, apresentam-se alguns desafios e potencialidades observados na pesquisa com autos judiciais. Para tanto, são recuperados elementos da pesquisa doutoral realizada pela autora.

Da perspectiva do presente artigo e da tese defendida, o olhar em diálogo entre Antropologia e Direito permitiu uma construção nova sobre os processos de DPF. O trabalho de investigar os processos judiciais desvelando algumas de suas camadas menos visíveis no cotidiano jurídico e lançando luz para profissionais que, em geral, estão nos bastidores do poder judiciário é de interesse para a discussão acadêmica e metodológica que extrapola os interessados especificamente nos processos de DPF.

Feita a apresentação dos objetivos deste artigo e seu contexto de produção, passa-se à descrição de algumas peculiaridades dos processos de DPF.

6 *Idem*, p.05

7 *Idem*, p.05

8 NICÁCIO, Camila. Direito e Religião: Uma abordagem empírica sobre intolerância religiosa. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 78, pp. 61-79, jan./jun. 2021.

1. OS PROCESSOS DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR E ALGUMAS PECULIARIDADES

No Brasil, a Destituição do Poder Familiar é a determinação legal do fim do vínculo jurídico de filiação entre os pais biológicos e seus filhos, estabelecida nas hipóteses dos artigos 1.636, 1.637 e 1.638 do Código Civil (CC).

As regras que subsidiam os pedidos de DPF encontram-se também no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), amparadas no artigo 227 da Constituição Federal, que estabelece que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. A DPF é um passo jurídico fundamental para a colocação da criança em família substituta (adoção), medida protetiva prevista no inciso IX artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O artigo 1.638 dispõe que perderá o poder familiar, por ato judicial, o pai ou mãe que castigar o filho imoderadamente, deixá-lo em abandono, praticar atos contrários à moral e aos bons costumes, incidir reiteradamente nas faltas previstas no artigo 1.637 (abuso de autoridade, faltar com os deveres, arruinar os bens dos filhos) ou entregar o filho de maneira irregular à adoção. Em seu parágrafo único, há ainda a possibilidade de perda por quem praticar contra outrem igualmente titular do poder familiar, ou contra o filho ou outro descendente, homicídio, feminicídio, lesão corporal grave, estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão.

Os processos judiciais de DPF contam com a atuação do Ministério Público, que é o autor da ação. A defesa, em geral, é praticada pela Defensoria Pública. Em apoio à atuação do magistrado, são juntados laudos de suas equipes técnicas. A Defensoria, muitas vezes, também conta com o apoio de profissionais das áreas da psicologia e serviço social de sua instituição, que podem se manifestar como assessoria técnica nos processos.

Ainda, diversas instituições, como os Serviços de Acolhimento Institucional para Crianças e Adolescentes (SAICA), os Centros de Acolhimento Especial para mulheres (CAE), os Centros de Referência de Assistência Social (CRAS), os Centros de Referência Especializados de Assistência Social (CREAS), os Conselhos Tutelares (CTs), são instadas a se manifestar no âmbito dos processos e a produzir relatos de seus atendimentos e encaminhamentos junto às crianças e famílias.

Nas ações que tramitam em varas com competência de infância há, ainda, a necessária participação de profissionais vinculadas às varas que, segundo o artigo 151 do ECA, devem:

[...] fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico (art.151, ECA).

No estado de São Paulo, onde realizou-se a pesquisa de doutoramento de que trata este artigo, as comarcas contam com equipes próprias (os setores técnicos das varas) compostas por profissionais concursadas da área do serviço social e psicologia que, como afirmam as próprias entrevistadas, são compostas, em sua maioria, por mulheres. Tal dado é compatível com pesquisa relativa às profissionais do Tribunal Paulista realizada em 2005, que encontrou, a partir da base do tribunal, o número de 1.117 profissionais, 802 assistentes sociais e 375 psicólogas⁹. Do total de respondentes, dentre as assistentes sociais 96,9% e dentre as psicólogas, 89,1% das profissionais informaram serem do sexo feminino.

O perfil de gênero das profissionais é de interesse para que se pense a questão da “subordinação à autoridade judiciária” e a “livre manifestação do ponto de vista técnico” previstos no artigo 151 do ECA, referido *supra*. A preponderância de homens dentre os juízes e a reclamação constante da subalternização de seus papéis e conhecimento no âmbito dos processos permite, de saída, refletir sobre os recortes de gênero que permeiam referidas relações profissionais, como já descrito em outra oportunidade acerca do trabalho das escreventes judiciais¹⁰.

Em comparação com processos judiciais cíveis em geral, é peculiar a quantidade de instituições e atores que interferem, por meio de manifestações escritas e até mesmo participação nas audiências comuns e concentradas, nos caminhos da ação judicial. A presença de profissionais da área da psicologia, saúde e serviço social na condição de testemunhas convida ainda à reflexão sobre o sigilo profissional e a questão das provas nesses processos.

O contato com autos processuais de DPF e a profusão de atores e instituições que se manifestam, com diferentes padrões a cada comarca e região, causa, de saída, um estranhamento para sua análise e entendimento.

9 FÁVERO, Eunice; MELÃO, Magda; JORGE, Maria Rachel Tolosa. *Serviço Social e Psicologia no Judiciário: construindo saberes, conquistando direitos*. São Paulo: Cortez, 2005, p. 75.

10 GOMES, Janaína Dantas Germano. “As mulheres levam mais jeito pra isso”: notas sobre o trabalho desempenhado pelas servidoras do judiciário em São Paulo. In: Camila Nicácio; Júlia Vidal. (Org.). *O Gênero do Direito: análise de práticas e instituições*. 1ed. Rio de Janeiro: Metanóia, 2020, v. 1, p. 49-66.

Ainda, a forma com que os processos e argumentações são construídos também surpreende quando do contato inicial.

As narrativas se baseiam, em geral, em autos de acolhimento anterior, que nem sempre estão anexados aos autos de DPF. Ainda, há laudos e informações sobre as condições de saúde da mulher, como o suposto uso de drogas, que não são provados por exames toxicológicos ou semelhantes. A quantidade de pessoas ouvidas pelos setores técnicos é distinta daquelas ouvidas em audiência, de modo que muitas falas acerca das famílias e cuidados com as crianças ficam sem o contraditório judicial. Como descrito por um defensor público entrevistado “tudo que aprendemos na faculdade sobre ritos processuais (...) tudo isso é flexibilizado nestes processos”¹¹.

Feita esta apresentação, destaco que a produção de uma pesquisa com autos completos, em especial quando tramitam em segredo de justiça como os casos de DPF, demanda a reflexão acerca dos desafios para seu acesso e a questão do segredo de justiça que os envolve. Em especial, a análise realizada ao longo da investigação demonstrou a importância de ampliar as pesquisas envolvendo autos completos e não apenas as sentenças e acórdãos, que por vezes operam inviabilizando a miríade de atores que atuam e acabam por cristalizar a visão do julgador acerca dos fatos e documentos descritos ao longo do processo. Em especial, considerando a quantidade de atores envolvidos, observa-se que o segredo que envolve os processos (que inclusive impede a realização de diversas pesquisas sobre ações de DPF) contrasta, muitas vezes, com a hiperexposição das famílias observada pelas profissionais que atuam com elas, como será apresentado.

Passa-se, assim, à descrição dos desafios de acesso aos autos completos e reflexões acerca do segredo de justiça.

2. O ACESSO AOS PROCESSOS JUDICIAIS E A SEUS SEGREDOS SELETIVOS

O segredo de justiça, excepcional na dinâmica processual brasileira, é regra para processos que envolvam crianças e adolescentes. Tal característica é um dos fatores limitantes para a realização de pesquisas e mesmo para o levantamento prévio de dados para a propositura de um projeto de pesquisa e a construção de critérios de seleção.

A anonimização, por sua vez, é uma estratégia frequentemente usada para a disponibilização de acórdãos e sentenças nos sites dos tribunais. Contudo, ao realizar buscas nas plataformas de tribunais de diversos estados do país, resta claro o baixo número de documentos disponibilizados quando comparados com

11 GOMES, Janaína Dantas Germano. *O cuidado em julgamento*: Um olhar sobre os processos de Destituição do Poder Familiar no estado de São Paulo. 282 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, p.63.

os dados do Conselho Nacional de Justiça sobre os acolhimentos, destituições e adoções, que se mostra, assim, incompatível com o real número de processos decididos.

Como descrito por Rafaella Malta e Camila Nicácio “a elaboração de pesquisas científicas se apresenta como uma forma de acessar a prática nos casos protegidos pelo segredo de justiça, observando-se os rigores éticos da profissão ao preservar a confidencialidade da identidade dos sujeitos do campo”¹². Para a realização da pesquisa com processos de alienação parental, as autoras lançaram-se a pedidos pessoais, e termos como “confiança” na pesquisa e na pesquisadora são usados para descrever a forma com que muitas autorizações foram obtidas. Tais autorizações foram concedidas pelos magistrados, partes e demais atores processuais para a atuação da pesquisadora em campo.

A pessoalidade com que, muitas vezes, o acesso é concedido ou negado é um elemento que não deve ser desprezado nesses contextos, especialmente quando se pensa a proposta metodológica de referidas pesquisas, o que implica compreender a quem o segredo de justiça se aplica, e em relação a quem ele pode ser relativizado.

O acesso informal, o pedido intermediado por meio de conhecidos que possam lastrear a confiabilidade da pesquisadora ou pesquisador é um elemento valioso para a exequibilidade da pesquisa e que não apenas precisa ser considerado no desenho da proposta da pesquisa mas que, ainda, precisa ser explicitado no momento da redação e apresentação dos resultados. As relações em campo, como discutido em textos clássicos da antropologia, contribuem para determinar quais são os espaços acessíveis ou inacessíveis ao pesquisador, sendo muitas as estratégias desenvolvidas para tais acessos.

No caso da tese realizada, a capacidade para articular contatos para o acesso aos processos foi um diferencial para a realização da pesquisa. A participação em pesquisa coletiva anterior sobre a temática¹³, o conhecimento da burocracia do judiciário local em razão da pesquisa de mestrado realizada¹⁴ facilitou a caminhada até o acesso aos autos judiciais analisados. Os profissionais que cederam os processos já compreendiam a perspectiva da pesquisadora sobre a questão das ações de DPF e confiavam no seu compromisso de anonimato. Ao

12 MALTA, Rafaella Rodrigues; NICÁCIO, Camila Silva. *Do Acesso ao Segredo ao (Des)Acesso à Justiça: Alienação Parental entre Moralidades e Técnicas em Disputa. Antropolítica Revista Contemporânea de Antropologia*, Niterói, n. 51, [n. p.], 2021, p. 70. Disponível em: <<https://doi.org/10.22409/antropolitica2021.i51.a45469>>. Acesso em: 29 de jul. de 2022, p.218.

13 GOMES, Janaína Dantas Germano (coord). *Primeira Infância e Maternidade nas Ruas de São Paulo*. Relatório de Pesquisa da Clínica de Direitos Humanos Luiz Gama. São Paulo: Editora Lampião, 2017a.

14 GOMES, Janaína Dantas Germano. *Cartórios Judiciais e Acesso à Justiça: Tensões e Disputas*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017b.

longo do percurso de pesquisa inúmeros foram os relatos de pesquisadoras que tiveram de alterar os rumos de suas pesquisas por, justamente, não gozarem de redes que facilitaram o acesso a esses documentos.

Para as entrevistas, o processo foi dificultado pela pandemia da COVID-19, e uma nova rede precisou ser formada. Conforme descrito de maneira pormenorizada¹⁵, o contexto da pandemia ampliou desconfianças em relação à pesquisa e tornou necessária a construção de abordagens vinculadas à associação de classe e à indicação mútua de participantes.

A pesquisa foi realizada entre os anos de 2018 e 2022. Como conjunto de dados obtidos e finalmente analisados, consolidaram-se oito entrevistas com profissionais dos setores técnicos e materiais decorrentes da análise de onze processos de DPF já sentenciados, selecionados a partir de um conjunto de dezesseis processos cedidos por profissionais do sistema de justiça¹⁶.

Referidos processos contavam com, no mínimo, 146 páginas cada, e no máximo 485 páginas, todas digitalizadas e tramitadas digitalmente. Dentre os casos selecionados, oito são em face apenas da mãe, dois em face do casal e apenas um em face do pai e, ainda, foi possível identificar que em oito casos a mãe já perdeu outra criança ou está respondendo simultaneamente a outro processo de DPF.

Nenhum dos processos trata da perda do poder familiar em razão de abuso ou violência sexual praticado pelos pais, parâmetro este pedido aos interlocutores no momento da seleção dos processos para a cessão à pesquisa. Tratam, em regra, de crianças pequenas destituídas em razão de “negligência”, “falta de condição de cuidados” das famílias, em cenários de pobreza e uso de drogas (suposto ou declarado) por parte da mãe.

Observar os processos, seus acessos e segredos, e pensá-los desde as entrevistas realizadas, é extremamente produtivo para, justamente, compreender sua seletividade. Nesse sentido, uma de minhas interlocutoras refletiu sobre o “*segredo de justiça e a hipereposição das famílias*” no momento de sua entrevista.

Segundo ela, em sua prática cotidiana como assistente social em uma pequena comarca, a cada família que chegava para ser assistida, junto chegavam informações não pedidas. Segurança, copeira, motorista do fórum, escreventes judiciais, oficiais de justiça, familiares, vizinhos e diversas outras pessoas apareciam para compartilhar *quem eram aquelas pessoas*, pois conheciam-nas de seus circuitos na cidade ou de outras passagens na própria vara judicial. Vulnerabilidades, históricos, peculiaridades individuais estavam todas à disposição da profissional na sala do café, entre uma entrevista e a produção de um laudo e outro.

15 GOMES, Janaína Dantas Germano. *O cuidado em julgamento: Um olhar sobre os processos de Destituição do Poder Familiar no estado de São Paulo*. 282 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

16 *Idem*.

A ideia dessas informações vindas nos bastidores, entre um copo de água e uma ida ao corredor do fórum, como descrito pela interlocutora, remete à ideia de “fofoca”, tratada por Fonseca (2004). Dentre as muitas definições que a autora traz, uma delas parece aplicar-se ao que foi descrito pela interlocutora: “a fofoca serve para informar sobre a reputação dos moradores de um local, consolidando ou prejudicando sua imagem pública”¹⁷.

A autora segue com a seguinte reflexão¹⁸:

[f]ace ao mundo exterior, a reputação consta como elemento importante nas investigações realizadas por policiais e assistentes sociais [...]. Se uma pessoa não está “suja” (isto é, já fichada na polícia por um crime), a boa reputação junto aos vizinhos pode ser decisiva.

Segundo a interlocutora, as informações nunca aparecem sem juízo de valor. A pessoa traz um fato (como uma destituição anterior vivenciada pela mulher) acompanhada de uma posição moral sobre a conduta a ser tomada ou como aquele caso deve ser encaminhado. As pessoas que são parte nos processos já estão em julgamento por cada uma das pessoas que acessam as informações e as fazem circular nos bastidores das decisões. Da mesma forma, informa-se que promotores e juízes, para além de outros atores, produzem arranjos e trocam informações que não constam nos autos, mas que informam decisões que, por vezes, parecem deslocadas nos processos judiciais.

O que se observa é que segredo de justiça, que torna difícil o acesso formal aos autos completos das ações de DPF para fins de pesquisa e mesmo de participação e controle social nesses casos, parece não ser observado, ou ser observado “seletivamente”, pelo próprio Poder Judiciário e demais órgãos do sistema de justiça. A ideia de “proteção” das partes parece questionável ante o cotidiano de trabalho de hipereposição das famílias e trânsito privilegiado de informações.

A falta de padrão na concessão ou negativa de autorização de pesquisa expande-se, também, para a publicização dos autos processuais e suas peças nos bancos de jurisprudência. Diversos acórdãos, extratos de audiências e sentenças relativos às ações de DPF estão disponíveis nos bancos de tribunais e nas bases dos diários oficiais, de São Paulo e outros estados, sem anonimização de dados dos indivíduos envolvidos¹⁹.

17 FONSECA, Claudia. *Família, fofoca e honra*: etnografia de relações de gênero e violência em grupos populares. 2ª ed. Porto Alegre: UFRGS, 2004, p.23.

18 *Idem*.

19 Alguns estados parecem disponibilizar mais essas decisões do que outros, particularmente o Rio Grande do Sul, mesmo que não seja o estado que mais destitui crianças, numericamente, no país. As regras e protocolos internos dos tribunais que levam a essas disponibilizações, e como, mereceriam observações mais apuradas e estudos futuros. Ainda, o *site* JusBrasil indexa as pesquisas por nome em buscadores como o Google, facilitando o acesso a tais materiais na internet.

Fragmentos das decisões judiciais são disponibilizados, muitas vezes sem atender à anonimização das partes que, supostamente, o segredo judicial visa proteger. Esses elementos indicam não apenas a seletividade na proteção dos dados, mas também as falhas em relação às disponibilizações.

Patrícia Cunha e Theofilos Rifiotis, em pesquisa com acórdãos do Tribunal de Justiça do estado de Santa Catarina (TJSC) sobre o tipo estupro de vulnerável, encontraram uma quantidade significativa de processos e materiais que permitiam, de alguma forma, a identificação das pessoas neles envolvidas e por vezes até mesmo os nomes dos agressores. A isto deram o nome de “ambivalência entre o preceito constitucional de publicidade da atividade jurisdicional e o sigilo processual excepcional previsto nesses casos”²⁰.

Em breve síntese, os autores se perguntam sobre os dilemas éticos implicados na publicização desses dados assim como sobre a capacidade do Estado, suas hierarquias e mediações para definir o que será ou não publicado e por qual meio. Da mesma forma, podemos estender esses questionamentos aos processos de DPF que, difíceis de serem acessados pelas vias formais para a pesquisa e acesso ao público especializado, por vezes expõem dados sensíveis nos bancos dos tribunais.

No que tange às questões relativas à privacidade das mulheres, a leitura dos processos de DPF, especialmente ligados a crianças recém-nascidas, apresenta uma compreensão bastante particular acerca das informações que podem ou devem ser compartilhadas por psicólogos, médicos e assistentes sociais em razão dos atendimentos realizados.

A análise das petições iniciais de ações de DPF de recém-nascidos indica que o Ministério Público frequentemente arrola as profissionais do serviço social e psicologia como testemunhas de acusação nesses casos, sem problematizar se essas informações foram obtidas sem o contraditório e ampla defesa, e em estado puerperal das mulheres, ou se deveriam ser protegidas pelo sigilo profissional.

Da mesma forma com que observado pela Defensoria Pública do estado de São Paulo em sua pesquisa sobre Habeas Corpus em processos que acusam mulheres da prática de aborto²¹, diversas informações que instruem as ações de DPF, em especial de recém-nascidos e em contextos com interface nos serviços de saúde, são fruto de interações que poderiam ser consideradas como protegidas pela relação médico paciente.

20 CUNHA, Patrícia Marcondes Amaral da; RIFIOTIS, Theophilos. “A publicidade como regra e o sigilo como exceção”: A publicização online de acórdãos referentes à “violência sexual” e os desafios para a etnografia de documentos. In: Trabalho apresentado na 30a Reunião Brasileira de Antropologia, realizada entre os dias 03 e 06 de agosto de 2016, João Pessoa/PB.

21 ESTADO DE SÃO PAULO. NUDEM-SP. *30 habeas corpus: a vida e o processo de mulheres acusadas da prática de aborto em São Paulo*. São Paulo, 2018.

Com exceção à notificação obrigatória nos casos de violência contra as crianças, que não foi constatado em nenhum processo analisado, nos casos observados notamos o destaque para o compartilhamento de informações sobre uso atual ou anterior de drogas da mãe ou cuidadora principal. Tal informação pessoal e acerca da saúde das mulheres não necessariamente permite concluir que ela oferece risco à criança e que é incapaz do exercício da maternidade. Contudo, essa inferência é feita nos processos, pelos operadores do direito, mesmo que não o sejam pelas profissionais que descrevem tais dados.

Ainda, os processos são repletos de descrições como “crianças com pio-lhos”, falta de higiene das crianças e acesso precário à saúde e alimentação. Elementos esses que indicam, ao menos em um primeiro momento, a falta de acesso a direitos da família como um todo, e não uma violência em relação às crianças que justificaria o acolhimento e separação. Contudo, elas são interpretadas como formas de negligência em relação às crianças, incapacidade e des-preparo que só podem ser superadas pelo acolhimento e, nos casos analisados, pela destituição do poder familiar. Compreender os contextos que permitem que a pobreza, ainda que vedada em lei, se torne motivo razoável para a Destituição do Poder Familiar só é possível, justamente, pela leitura com o objetivo de pesquisa de diversos autos judiciais, buscando seus padrões, suas repetições, suas formas de operação e colocação de outros elementos (que não apenas a lei) em jogo nos processos.

Dorothy Roberts, jurista americana, ao tratar do direito à reprodução das mulheres negras nos EUA descreve o processo seletivo pelo qual instituições da saúde e do Poder Judiciário responsabilizam mulheres como uma violação ao direito ao corpo, saúde, direitos reprodutivos e especialmente privacidade das mulheres negras²².

Outro aspecto pertinente ao “segredo seletivo” refere-se às informações constantes nos processos, em peças e laudos, que provêm de pessoas *estranhas ao processo*, segundo o termo usado em processos judiciais. No contexto penal, por exemplo, quem será ouvido como testemunha tem um dever com a verdade, é ouvido em juízo, e as informações prestadas podem ser contraditadas, questionadas e até mesmo desconsideradas, quando provado que a testemunha tem algum interesse na causa, ou é amiga íntima ou inimiga da parte²³. Da perspec-

22 ROBERTS, Dorothy. *Killing the Black Body*. Nova York: Vintage, 1997; ROBERTS, Dorothy. Reproductive Justice, not just rights. *Dissent*, Filadélfia, v. 62, n. 4, p. 79-82, 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1353/dss.2015.0073>>. Acesso em: 29 de jul. de 2022.

23 O artigo 457 do Código de Processo Civil estabelece a possibilidade de contraditar as testemunhas. No Código de Processo Penal, inclusive, no artigo 207, esclarece-se que são proibidas de depor as pessoas que, em razão de [...] profissão devam guardar segredo. O papel “investigativo” dos serviços de saúde e assistência social são amplamente mencionados nas entrevistas. Creio que a ambiguidade desses papéis nessas ações mereceria ser estudada de maneira mais aprofundada.

tiva jurídica, ao analisar os autos de DPF, conclui-se que as mulheres gozariam de mais garantias processuais se esse processo ocorresse sob as regras procedimentais da esfera penal.

Nos processos de DPF, nas “investigações realizadas por assistentes sociais” a que se refere Fonseca²⁴, a lógica é outra. Cunhadas, vizinhas, tias, ex-companheiros aparecem nos processos com expressões que muitas vezes desabonam as partes e que ficam registradas nos autos, sem possibilidade de defesa. “*Ela devia fazer laqueadura, como eu fiz, e não ter tanto filho assim*”, consta em um dos laudos integrantes de um processo, “*ela se drogava com o namorado*”, diz outra, “*ela fala que vai cuidar dos filhos e depois não cuida*”, “*ela nem quis saber o sexo da criança*”, afirma outra pessoa dentro dos processos judiciais que analisei.

Ao refletir sobre as dificuldades de transparência dos procedimentos burocráticos de DPF até mesmo para as famílias que são parte no processo, para além de profissionais do direito e pesquisadores, uma interlocutora da pesquisa considera em sua entrevista que “*o segredo de justiça parece proteger o fazer burocrático do Estado nesses processos*”. Segundo ela, o que se quer é “*proteger a atuação dos juízes. As famílias estão expostas*”.

3. COMO LER UM PROCESSO JUDICIAL? ENTRE OS LABIRINTOS DE DOCUMENTOS, “DAR CONTA DO TRABALHO”, O “COPIA E COLA” E A GESTÃO DAS EMOÇÕES.

Aprender a manusear um processo judicial ocorre na prática. Enquanto nos bancos das faculdades aprende-se como as coisas “devem ser”, nos estágios jurídicos aprende-se a executar as tarefas demandadas. É importante que se destaque que este é um aprendizado da ordem prática uma vez que profissionais de diversas áreas, tais como as assistentes sociais e psicólogas, também precisam, no início de suas carreiras, familiarizarem-se com os labirintos de papéis que compõem os autos judiciais. Nas entrevistas as profissionais relataram muitas vezes medo na produção dos laudos, uma vez que suas palavras e frases poderiam ser retiradas de contexto pelos operadores do direito.

A prática de “copia e cola” de frases e parágrafos dos laudos ocorre de maneira generalizada na prática jurídica, e já na faculdade, nos estágios e na atuação profissional, os operadores do direito parecem estar mais preocupados em defender seus pontos de vista (nos casos analisados, contra ou a favor da destituição) do que com o sentido mais geral do documento, ou com suas conclusões.

24 FONSECA, Claudia. *Família, fofoca e honra*: etnografia de relações de gênero e violência em grupos populares. 2ª ed. Porto Alegre: UFRGS, 2004, p.23.

Uma de minhas interlocutoras afirmou que quando iniciou seu trabalho no Tribunal Paulista “*os processos estavam todos parados, chegaram de carrinho à minha mesa, eu não sabia o que fazer, me desesperei*”. Ela imaginava que não seria possível “*dar conta*” de tudo e avalia que, efetivamente, ela não conseguiria dar conta se não aprendesse a trabalhar conforme o “*timing*” do processo e da leitura dela demandada.

Uma psicóloga judicial entrevistada descreve que lê os processos a partir das “*peças mais importantes*”. Ela busca os últimos laudos e peças, para entender o processo. A partir deles, se em dúvida quanto a alguma informação, transita em outros materiais e páginas buscando juntar os dados faltantes para sua compreensão.

Ela pode estar buscando informações sobre a família, sobre a criança, sobre a medida aplicada anteriormente, sobre os “*combinados descumpridos pela família*”. Diante de sua necessidade, as “*peças mais importantes*” podem ser diferentes e é irreal considerar que ela conseguiria ler os processos inteiros. Inclusive, segundo ela, há uma série de informações de difícil compreensão nos processos para quem não é familiarizado com a linguagem jurídica.

Essa dinâmica de trabalho, a que parecem se habituar os profissionais do direito na lida com os processos, é fonte de intensos incômodos para o setor técnico. A interlocutora afirma que

[...] fica atendendo dois, três casos por dia... Não dá tempo de fazer os relatórios. Passamos os finais de semana fazendo relatório. Esse excesso dificulta muito, coisas graves a toque de caixa. Tudo é urgente. Minha condição hoje é viver medicada para dar conta.

Outra interlocutora, no entanto, sente-se privilegiada em sua comarca. Com poucos processos por vez ela afirma conseguir ter mais tempo para atuar com as famílias e não precisa operar na lógica do “*copia e cola*” e da correria na qual vê suas colegas de comarcas maiores. Quando indagada sobre a percepção dos operadores do direito sobre os materiais que produz, ela coloca a seguinte pergunta: “*mas eles leem os relatórios? Às vezes eu acho que eles sequer estão lendo o que a gente coloca no processo*”.

Compreender como os processos devem ser lidos, como caminhar no labirinto de documentos neles constantes, é uma tarefa socializada em todos os âmbitos da burocracia, e não pode ser naturalizada no âmbito da produção das pesquisas. Ao pensar sobre essas diferentes formas de ler o processo mostra-se fundamental que a pesquisadora ou pesquisador estranhem, eles mesmos, os modos com que aprendem e (re)aprendem a ler esses documentos.

Selecionar as peças mais relevantes para a tarefa que se pretende desempenhar, ler apenas o dispositivo da sentença para compreender se deve recorrer, entre outras estratégias da leitura jurídica, fazem com que a leitura do processo ocorra com a “*agilidade*” necessária para um determinado tipo

de leitura, que, sem dúvida, não pode ser expandida de maneira inadvertida para outras formas de indagação aos processos, especialmente quando são eles próprios o objeto da investigação.

Ao longo da pesquisa de doutorado, o incômodo das profissionais do setor técnico com o que os profissionais do direito “faziam” com seus laudos era manifesto, e compôs parte dos meus achados acerca de quais “cuidados” eram necessários no momento de sua redação.

A leitura estratégica dos processos é socializada com os estudantes nos espaços de atuação na burocracia, entre os profissionais novatos e mais experientes, em todos os níveis, como defensores, magistrados, promotores, escreventes²⁵ e profissionais dos setores técnicos das varas. As estratégias para a leitura e “dar conta do trabalho” são elementos socializados não apenas como aprendizado técnico para a lida com os materiais, mas como uma forma de evitar a exaustão do novo funcionário que chega para o exercício da atividade e é “engolido”.

A “agilidade” e a “celeridade” processual estão colocadas e se impõem na construção destas estratégias, especialmente no caso das ações de DPF. Como já discutido por Ariane Rios, os tempos do processo judicial de DPF são constantemente acelerados. Ela propõe uma problematização em seu trabalho ao indagar “sobre esse argumento da agilização do processo em benefício da criança [...]. A que interesses esse ‘tempo ágil’ vem atender²⁶.”

O “tempo” do processo, como foi observado na pesquisa, também é orientado por uma categoria de triagem bastante particular nas varas da infância: a “adotabilidade” das crianças. Quanto mais novas as crianças, maior sua chance de ser adotada, considerando os interesses que os pretendentes à adoção têm por elas.

No momento da leitura do processo, as profissionais já podem identificar que aquele processo poderá gerar maior pressão sobre elas e a seus cotidianos de trabalho. O “bebê perfil adoção”, segundo minhas interlocutoras, é branco, saudável e do sexo feminino e, segundo elas, são inúmeras as formas de pressão para que aqueles laudos sejam concluídos mais rapidamente e em casos de drogadição da mãe, perda de crianças anteriormente ou muitos filhos, o desfecho pela destituição é dado quase como certo.

Assim, ainda que seja possível observar, pelos processos, que a tramitação desses casos é extremamente rápida, e que segundo a lei todos deveriam tramitar sob as mesmas premissas, é apenas ao acessar as profissionais que atuam

25 Sobre os escreventes, um pouco mais acerca dessas rotinas de treinamento pelos profissionais podem ser consultadas em outro texto (GOMES, 2017b).

26 RIOS, Ariane Goim. *O fio de Ariadne*: sobre os labirintos de vida de mulheres grávidas usuárias de álcool e outras drogas. Dissertação (Mestrado em Saúde Coletiva) – Faculdade de Ciências Médicas da Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2017, p.68.

em casos semelhantes que compreendemos que efetivamente há uma pressão para que eles sejam resolvidos com urgência. O ideal de livre convencimento do juiz e de decisões “caso a caso” é contestada pelo cotidiano de processos em que os desfechos já parecem conhecidos para quem atua nos casos.

A atuação nos processos de DPF é então marcada por temporalidades que aceleram a atuação dos profissionais envolvidos, que caminham no labirinto dos documentos com diferentes velocidades e interesses. Uma de minhas interlocutoras, quando perguntada “como anda” o processo judicial, respondeu: “*no caso de bebês os processos não andam, eles correm*”.

Como discutido por Ferreira e Lowenkron²⁷, há diversas formas de realizar o trabalho etnográfico documental. Artefatos etnográficos negligenciados pela disciplina, segundo as autoras, há pouco suporte na bibliografia no que toca à tarefa de lidar com registros, tecnologias e peças documentais²⁸. Ao abordarem a multiplicidade de formas para a abordagem analítica desses materiais, as autoras destacam a necessidade de olhar os conteúdos, mas também como são feitos os processos, olhar para a materialidade desses documentos como forma, também, do fazer etnográfico.

Destaca-se, assim, que a pesquisa com autos, ainda que oriente as leituras para a compreensão dos casos desde uma pergunta de pesquisa, não pode se furtrar a uma leitura estratégica, e que se ampare no quanto já foi produzido sobre a análise de documentos, e que tenha uma abordagem metodológica que permita inquirir a fundo os documentos, aquilo que mobilizam nos atores, as camadas de leitura, dentre outros elementos menos visíveis.

Iniciar os processos do começo, ler as primeiras páginas sem compreender a natureza das peças judiciais, sem estar ciente de todos os (des)caminhos processuais e sem colocar entre os recursos metodológicos da pesquisa a previsão de entrevistas com atores centrais, a depender da pergunta a que se propõe responder, pode acabar por desconsiderar a riqueza desses materiais, resumindo-os aos “deferimentos” e “indeferimentos” processuais.

A leitura e releitura dos processos após as entrevistas me permitiram ver novas camadas da atuação das profissionais, do Poder Judiciário, e do próprio percurso de minha pesquisa. A busca da compreensão do que aqueles múltiplos atores denominavam “cuidado” demandou a construção de novas estratégias de leitura dos documentos, o olhar técnico para as informações que “copiadas e coladas” incomodavam as profissionais.

27 LOWENKRON, Laura; FERREIRA, Letícia. Anthropological perspectives on documents: Ethnographic dialogues on the trail of police papers. *Vibrant: Virtual Brazilian Anthropology*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 75-111, 2014. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1809-43412014000200003>>. Acesso em: 29 de jul. de 2022, p.06

28 *Idem*, p.08.

Dentre os sentidos de cuidado presentes nos processos, foi possível identificar o uso retórico e não técnico dos elementos trazidos pelas profissionais em seus laudos para justificar a retirada ou manutenção de crianças em suas famílias, em nome de seu bom cuidado. No mesmo sentido, os processos e seus conteúdos eram entendidos como formas de (des)cuidado com as famílias que impactavam sua saúde, seu trabalho, e sua produção técnica nos processos. Ainda, os cuidados para com a produção dos laudos e sua sobrevivência no contexto hierarquizado do tribunal eram identificados como camadas presentes nos textos processuais.

Assim, é possível depreender que os processos judiciais são documentos que podem ser observados etnográfica e analiticamente desde múltiplas perspectivas. Segundo Zarias, o cientista social que tem a justiça como campo de estudo, em algum momento, utilizará processos judiciais como fonte de dados, seja em estudos que os tomam como fontes, sem que sua elaboração seja questionada, seja em estudos em que o próprio procedimento de elaboração do processo é concebido como objeto de análise²⁹. Os documentos são artefatos etnográficos que podem contar diferentes histórias para além daquelas que contêm em suas linhas e para além dos usos que em geral lhes é dado nas burocracias³⁰.

Pesquisar os autos judiciais demanda a desconstrução do olhar pautado no “fazer algo”, a que se é treinado nos bancos dos cursos de direito, e a construção de um olhar e método pautado nas perguntas de pesquisa que se quer responder, que podem estar distanciadas do desfecho, em si, dos processos.

Feitas essas considerações, destaco que as estratégias para a leitura e para “compulsar os autos” são necessárias, também, uma vez que as histórias contadas nos processos não são lineares. Peças fora de ordem, cópias de processos referentes a outras crianças da família, intervenções de outras equipes de atendimento, agravos, pedidos feitos no contexto dos processos, tornam as histórias ainda mais complexas.

Como exemplo, em um dos processos analisados não ficou claro até a metade do volume quantos filhos a requerida já havia tido destituídos, quantos estavam em seu poder, e quem estava com os demais.

Em outro caso, a mudança de cidade e início de intervenção de uma nova equipe, enviando laudos sobre a mãe, somavam-se aos laudos sobre as crianças,

29 ZARIAS, Alexandre. Os tempos da etnografia, da pesquisa em arquivos e os processos judiciais. In: *“Quando o Campo é o Arquivo” - etnografias, histórias e outras memórias guardadas*, Rio de Janeiro, 2003.

30 LOWENKRON, Laura; FERREIRA, Letícia. Anthropological perspectives on documents: Ethnographic dialogues on the trail of police papers. *Vibrant: Virtual Brazilian Anthropology*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 75-111, 2014. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1809-43412014000200003>>. Acesso em: 29 de jul. de 2022; RILES, Annelise (Org.). *Documents: Artifacts of Modern Knowledge*. Ann Arbor: University of Michigan, 2006.

que muitas vezes eram colocados fora da ordem cronológica uma vez que a data da realização dos laudos não era a data da chegada do documento aos autos por meio de cartas precatórias. A leitura e compreensão tornava-se ainda mais desafiadora.

Igualmente, há um elemento relevante para a lida de processos cujas temáticas são densas, tais como a separação definitiva de filhos de suas mães, que é a gestão das próprias emoções. O treino do advogado não passa, necessariamente, pela gestão de suas emoções ante aos casos. Os advogados, defensores e promotores “aguerridos”, “combativos” são considerados os mais eficazes em seus ofícios. O envolvimento emocional para a defesa das causas parece essencial, diferente do pretenso distanciamento do juiz, o qual tem sido amplamente discutido e problematizado³¹.

O lugar do pesquisador e da pesquisadora, no entanto, não pode ser realizado invisibilizando as emoções que a leitura de autos processuais pode vir a suscitar, e sem que essa afetação seja refletida ao longo do processo de pesquisa. Particularmente, no caso da análise de autos de DPF, ao apresentar minha pesquisa, frequentemente eu ouvia afirmações sobre como o tema era “horrrível”, “doloroso”, “muito pesado”. Expressões como “parabéns pela coragem” de explorar um tema tão difícil também foram recorrentes.

Medeiros, sobre sua atuação com uma pesquisa etnográfica em pesquisa no Instituto Médico Legal (IML) do estado do Rio de Janeiro, descreveu que “ninguém disfarçava surpresa, nojo, admiração ou preocupação todas as vezes que eu falava sobre minha pesquisa, preocupações estas inclusive de caráter espiritual e emocional”³².

A leitura dos processos provocou angústia e reflexão sobre a natureza ética do próprio trabalho. Se a leitura da prática judicial é orientada para “fazer algo”, como ler processos longos, com sinuosos e por vezes questionáveis caminhos judiciais sem poder atuar nos processos? A análise dos “autos findos”, ou seja, já decididos e transitados em julgado, se assemelhava a uma autópsia e produzia em mim efeitos emocionais que se aproximavam do que foi descrito por Medeiros em seu próprio processo de pesquisa.

Ao percorrer o labirinto dos documentos, foi possível compreender em maior profundidade a narrativa sobre o adoecimento ocupacional das profissionais dos setores técnicos que me foi descrita nas entrevistas, à medida com que eu mesma era afetada e permitindo-me repensar meu próprio campo e fazer

31 NOJIRI, Sergio. *Emoção e Intuição*: Como (de Fato) se dá o Processo de Tomada da Decisão Judicial. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021.

32 MEDEIROS, Flavia. Visão e o cheiro dos mortos: uma experiência etnográfica no Instituto Médico-Legal. *Cadernos de Campo* (São Paulo - 1991), São Paulo, v. 23, n. 23, p. 77-89, 2014, p.80

como pesquisadora³³. Os afetos em campo, assim, não podem ser desprezados, sejam os da própria pesquisadora, sejam aqueles que invariavelmente se colocam no âmbito dos fazeres do estado³⁴.

Expressões como “*não sei quanto tempo vou dar conta desse trabalho*” e “*eu sinto no corpo o desamparo da criança*”, descrições sobre a medicalização e a depressão vividas pelas profissionais faziam parte do cotidiano de trabalho expresso nas entrevistas. O aprendizado sobre a gestão das emoções suscitadas pelos processos, ao lado das habilidades de leitura ágil e produção de laudos concisos mostrou-se parte do aprendizado necessário à permanência no cargo e sua “sobrevivência” no tribunal.

4. A PESQUISA JURISPRUDENCIAL E O PERIGO DAS HISTÓRIAS ÚNICAS NA PESQUISA EMPÍRICA EM DIREITO

Chimamanda Adichie³⁵, escritora nigeriana, em seu *O perigo de uma única história*, apresenta como somos suscetíveis às histórias que, contadas repetidamente e desde apenas um ponto de vista, acabam por moldar nossas formas de ver o mundo.

Na pesquisa empírica em direito é comum a utilização de dados oriundos das bases dos tribunais, que publicizam acórdãos e sentenças, como material de pesquisa para investigar uma determinada temática. Oliveira e Silva³⁶ apontam para a questão de interpretação e poder inerente ao uso desses materiais como fonte. Ainda, é importante que se problematize quais são os acórdãos e sentenças que são publicizados, quais os temas escolhidos e quais os casos disponibilizados.

No caso das ações de DPF, quando acessíveis as sentenças e acórdãos, estes são alguns dos poucos rastros dessas ações que são publicizados. Tais documentos, dentro dos autos, são a expressão do poder que tem como atribuição essencial dizer o que é justo para o Estado. Seus conteúdos resumem um lado da história, o do julgador, que escolhe quais elementos vão constar do relatório de sentença e quais os argumentos foram usados para seu livre convencimento.

33 FAVRET-SAADA, J.; SIQUEIRA, P. “Ser afetado”, de Jeanne Favret-Saada. *Cadernos de Campo* (São Paulo - 1991), [S. l.], v. 13, n. 13, p. 155-161, 2005. DOI: 10.11606/issn.2316-9133.v13i13p155-161. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/50263>.

34 SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. *Etnografia dissonante dos tribunais do júri*. Tempo soc. [online]. V. 19, n. 2, p.111-129, 2010.

35 ADICHIE, Chimamanda Ngozi. *O perigo de uma história única*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

36 OLIVEIRA, Fabiana Luci de; SILVA, Virgínia Ferreira da. Processos judiciais como fonte de dados: poder e interpretação. *Sociologias*, Porto Alegre, v. 13, p. 244-259, 2005. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1517-45222005000100010>>. Acesso em: 1 de set. de 2022.

Um dos processos analisados, referente a uma mulher chamada Martine³⁷, permite observar o contraste entre a riqueza de dados dos autos, suas polifonias, e a sentença proferida. A sentença cristaliza uma única versão dos fatos. Pelos excertos copiados e colados ao longo da sentença, trata-se da versão do Ministério Público, com menções meramente formais aos argumentos da defesa e dos relatórios, sendo impossível compreender o que foi alegado e como a vida de Martine transformou-se ao longo dos quatro anos de tramitação do processo judicial, abandonando uma relação violenta que durava mais de uma década, abandonando o uso de drogas e adquirindo estabilidade laboral em uma nova cidade. Mesmo que as profissionais da equipe técnica que a acompanhavam na nova cidade fossem favoráveis à reaproximação, as crianças já haviam sido colocadas em uma nova família, dado que não constou da sentença.

É possível observar o silenciamento de argumentos que, se não permitiriam uma decisão diferente, permitiram ao menos a compreensão do caso de maneira mais complexa do que as frases entrecortadas desde as peças de apenas um ator processo processual. Tal observação poderia se estender, em maior ou menor medida, à comparação entre os autos completos de quaisquer um dos casos de minha base e suas sentenças.

Ao propor pensar as sentenças como histórias únicas, nos termos de Adichie (2019), problematizo o uso do método da pesquisa jurisprudencial, tão comum para a produção no contexto da pesquisa em direito, em especial para com as DPFs.

A observação do trâmite dos processos indica que há uma série de questões processuais necessárias à compreensão dos casos que são invisibilizadas na sentença e protegem a narrativa que se quer criar sobre o andamento dos casos, que podem, sem dúvida, enviesar os resultados da pesquisa, a depender de como foram formuladas as perguntas e seus métodos.

Por exemplo, as sentenças quando fazem constar “defesa em fls.” Não indicam, por exemplo, desde quando a família foi acompanhada pela defesa técnica e invisibilizam os argumentos formulados constantes nesses materiais.

Em nenhum dos casos analisados a Defensoria Pública acompanhou a família desde o acolhimento das crianças, de modo que esses procedimentos foram feitos sem a possibilidade de contraditório e ampla defesa, o que não é possível de ser observado por meio das sentenças, que meramente registram a existência de defesa, preenchendo assim o requisito mínimo para que a sentença não seja questionada pelo cerceamento desta.

O momento processual em que se suspendem as visitas e no qual as crianças são inseridas em famílias substitutas (o que em geral ocorre antes da sentença final), é um aspecto central também invisibilizado nas sentenças.

37 A descrição completa encontra-se no terceiro capítulo da tese (GOMES, 2022).

Essa informação é relevante uma vez que demonstra que antes da sentença o magistrado já estava convencido de sua decisão, sendo os laudos e defesas posteriores à colocação equiparáveis a meras formalidades, como têm descrito diversos pesquisadores e defensores atuantes na área³⁸.

Assim, é importante sempre nos indagarmos sobre o que as sentenças efetivamente respondem. Quais as perguntas que podemos fazer a esses materiais? Seria possível compreender, desde a leitura da sentença sem as complementações apresentadas, as nuances e meandros da trajetória judicial de Martine e sua família, por exemplo? É possível compreender uma sentença como uma peça imparcial do julgador, se o relatório que se faz é, de certa forma, orientado para, justamente, cristalizar uma única narrativa sobre o caso? Para fins jurisprudenciais, no contexto da atuação cotidiana no direito e para fins de pesquisa qualitativa dos casos e temáticas, é preciso produzir essa diferenciação, sob o risco de agirmos com certa ingenuidade diante de nossos materiais.

Da mesma forma, o olhar para os laudos e demais peças produzidas pelas profissionais dos setores técnicos não pode se furtar a essas reflexões. É preciso considerar que cristalizam determinados conteúdos que se quer fazer acessíveis ao magistrado, mas que há, sem dúvida, diversos outros que informam a sua produção que não são registrados e que estão em zonas cinzentas passíveis de investigação.

Nos casos analisados de DPF, a leitura da sentença não responde, de maneira fiel, aos seus próprios autos, e a uma série de indagações pertinentes à destituição das crianças envolvidas. Ela responde, outrossim, sobre qual é a história que, narrada desde a perspectiva do magistrado, justifica sua decisão, construindo, como discute Bruno Latour³⁹, aquilo que o próprio direito denomina como jurídico e seus conteúdos.

Ler as sentenças desde esse prisma nos auxilia a compreender os desafios da pesquisa empírica em direito e sua necessidade de buscar a ampliação do acesso aos autos judiciais e a ampliação das estratégias de pesquisa, à luz das perguntas feitas a cada material e de uma agenda de pesquisa comprometida com as muitas camadas de sentidos inerentes a eles e aos cotidianos da burocracia do poder judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A rede estabelecida de profissionais interlocutores da pesquisa objeto deste artigo me auxiliou a percorrer a trilha das *Aldeias Arquivo*, na expressão

38 SCHWEIKERT, Peter Gabriel Molinari. *Resistência à profilaxia materna: A deslegitimação do uso de drogas como fundamento para a separação de mães e filhos/as na maternidade*. Dissertação (Pós-Graduação em Psicossociologia da Juventude e Políticas Públicas) – Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, São Paulo, 2016.

39 LATOUR, Bruno. *A Fabricação do Direito: um estudo de etnologia jurídica*. São Paulo: UNESP, 2019.

célebre de Carrara⁴⁰. Retomada por Vianna⁴¹, a ideia das *Aldeias Arquivo* é revisitada na medida em que a autora propõe

[...] considerar a condição peculiar de ‘aldeamento’ em que as vidas documentadas se encontram, em especial o fato de que estas vidas ‘não apenas nos chegam fragmentadas’ [...], mas se apresentam como ‘pedaços que interessam’ à narrativa que por trás delas se costura.

Se nos processos judiciais analisados os fragmentos constroem os caminhos pelos quais as famílias e mulheres foram destituídas do poder familiar de suas crianças, e quais elementos restaram cristalizados, discutiu-se na pesquisa de doutoramento uma seleção de uma parte desses fragmentos. Nova fragmentação foi realizada ao extrair, do percurso de pesquisa, os desafios que se podem ver ao caminhar pelos labirintos de documentos, os acessos, segredos, estratégias e emoções que os envolvem e que são apresentados no presente artigo.

Ainda que os processos judiciais permitam ver aspectos individuais de cada um dos casos, o ganho na produção do trabalho de pesquisa foi entender o que eles poderiam contar, sob novas costuras, sobre o fazer da máquina judicial, em especial destacando os elementos em jogo à luz da busca pelo elemento do “cuidado”, presente nas narrativas coletadas nas entrevistas, mas também nas peças processuais. Um novo olhar foi construído sobre os documentos que, da perspectiva jurídica, não teriam “nada por fazer”, assemelhando-se, como referido, a uma “autópsia” de casos findos.

O intento de apresentar aos leitores da área jurídica os desafios do estudo dos processos judiciais desde uma perspectiva empírica pode parecer paradoxal. Afinal, são estes os profissionais que seriam, idealmente, os mais habilitados à leitura técnica e profícua desses materiais. Ocorre, no entanto, que, como têm apontado autoras e autores mencionados, a leitura dos processos judiciais precisa levar em conta peculiaridades, relações de poder e até mesmo condições de acesso que não podem ser ignoradas no momento da produção da proposta de pesquisa, a construção das perguntas, metodologia e sua execução.

O percurso de construção da pesquisa, desde uma perspectiva pautada no ferramental etnográfico e empírico, permitiu observar diversos elementos.

Por exemplo, destaca-se a questão do acesso e do segredo de justiça, que são extremamente peculiares no contexto dos processos judiciais de DPPE, e como as relações com os documentos que compõem os autos não são autoexplicativas.

40 CARRARA, Sérgio. *Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*. Rio de Janeiro: UERJ, 1998, p.53.

41 VIANNA, Adriana de Resende Barreto. Etnografando documentos: uma antropóloga em meio a processos judiciais. In: CASTILHO, S.; LIMA A.; TEIXEIRA C. (Orgs.). *Antropologia das práticas de poder: reflexões etnográficas entre burocratas, elites e corporações*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2014.

Longe de serem estáticos, os processos judiciais são compostos também por mudanças na própria mentalidade das profissionais que produzem os laudos e afirmam “amadurecer” à medida com que suas falas são mal interpretadas nos processos, ou que são compelidas pelos magistrados a produzirem laudos mais curtos e objetivos e, muitas vezes, distanciados do que elas gostariam de efetivamente fazer constar nos processos.

Assim, o impulso inicial de começar as histórias “do começo”, pela primeira página de cada um dos processos, intuitivo para uma perspectiva de pesquisa, precisa ser complementado por uma compreensão acerca de “como” ler esses processos inseridos em seus contextos. É fundamental que se construam estratégias de pesquisa que busquem explorar como são lidos os processos por aqueles que neles atuam, que busquem explorar como os processos são por eles apropriados e o que, no limite, produzem e reverberam para além de seus trâmites.

Como achados da pesquisa, constatei que por questões de sobrevivência e pressões institucionais, as profissionais dos setores técnicos, constroem seus parâmetros para leituras estratégicas, interessadas, dos processos, buscando categorizá-los pela atuação esperada e levando em consideração múltiplos aspectos: as expectativas do juiz, a adotabilidade da criança, a produção de laudos curtos e “conclusivos”⁴². Tal visualização do fluxo de atuação não seria possível sem complementar o trabalho de leitura dos autos com o olhar etnográfico de análise dos processos e a realização de entrevistas.

A partir da pesquisa realizada, compondo em paralelo o olhar para os processos e a escuta das profissionais, pude entender que essa leitura seletiva dos processos, esse “recorta e cola” dos seus materiais, as peças judiciais que ignoram os conteúdos de seus laudos, longe de serem meras formas materiais, vão moldando, para as profissionais dos setores técnicos, a sensação de invisibilidade e de estarem sendo ignoradas em suas atuações e saberes. Se para a letra da lei, seus laudos são essenciais para a decisão, na prática, a sensação de impotência e silenciamento produz sofrimento e as impulsiona a uma determinada forma de lidar com esses casos.

Refletindo sobre as possibilidades de trocas entre o Direito e a Antropologia, Geertz afirma que não se trata de construir um esforço para “impregnar costumes sociais com significados jurídicos, nem para corrigir raciocínios jurídicos através de descobertas antropológicas”. Trata-se de um “ir e vir hermenêutico entre os dois campos”, em que olhar para uma direção e depois para outra permite reformular questões relevantes para ambos⁴³.

42 Esses elementos, inclusive, foram considerados na tese como parte da cesta de “cuidados” que deveriam ser realizados nos processos judiciais pelas profissionais dos setores técnicos (GOMES, 2022).

43 GEERTZ, Clifford. *O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa* – Petrópolis:

Da perspectiva da construção e aprofundamento de uma agenda de pesquisa empírica no direito cada vez mais consciente de suas limitações e potencialidades, em franco diálogo com as ciências sociais em geral, e com a antropologia em particular, é fundamental que os pesquisadores e pesquisadoras levem em conta as camadas de significado contida nos autos, para além dos sentidos conhecidos e a eles atribuídos. Que produzam conhecimento não apenas sobre os resultados de suas análises, mas também sobre seus percursos.

Por fim, a ampliação do acesso aos autos completos, anonimizados nos casos que se fizer necessário, é uma conclusão incontornável de uma pesquisa com processos judiciais de Destituição do Poder Familiar e uma agenda política de ampliação das pesquisas acerca do poder Judiciário no país. A importância de abordar essa temática desde um olhar de gênero, das políticas públicas e políticas de cuidado do Estado necessita, sem dúvida, da compreensão ampla e acessível acerca de como esses processos estão percorrendo as engrenagens do poder judiciário, e de formas mais transparentes de concessão de acesso a eles que superem as lógicas da personalidade que se (re)produzem cotidianamente nos contextos jurídicos.

REFERÊNCIAS

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. *O perigo de uma história única*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

CUNHA, Patrícia Marcondes Amaral da; RIFIOTIS, Theophilos. “A publicidade como regra e o sigilo como exceção”: A publicização online de acórdãos referentes à “violência sexual” e os desafios para a etnografia de documentos. In: Trabalho apresentado na 30ª Reunião Brasileira de Antropologia, realizada entre os dias 03 e 06 de agosto de 2016, João Pessoa/PB.

ESTADO DE SÃO PAULO. NUDEM-SP. *30 habeas corpus: a vida e o processo de mulheres acusadas da prática de aborto em São Paulo*. São Paulo, 2018.

FÁVERO, Eunice; MELÃO, Magda; JORGE, Maria Rachel Tolosa. *Serviço Social e Psicologia no Judiciário: construindo saberes, conquistando direitos*. São Paulo: Cortez, 2005.

FAVRET-SAADA, J.; SIQUEIRA, P. “Ser afetado”, de Jeanne Favret-Saada. *Cadernos de Campo* (São Paulo - 1991), [S. l.], v. 13, n. 13, p. 155-161, 2005. DOI: 10.11606/issn.2316-9133.v13i13p155-161. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/50263>.

FONSECA, Claudia. *Família, fofoca e honra: etnografia de relações de gênero e violência em grupos populares*. 2ª ed. Porto Alegre: UFRGS, 2004.

FRAGALE, R.; VERONESE, A. *A pesquisa em Direito: diagnóstico e perspectivas*. *Revista Brasileira de Pós-Graduação*, [S. l.], v. 1, n. 2, 2011. DOI:

10.21713/2358-2332.2004. v1. 40. Disponível em: <https://rbpg.capes.gov.br/rbpg/article/view/40>.

GEERTZ, Clifford. *O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa* – Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

GOMES, Janaína Dantas Germano (coord). *Primeira Infância e Maternidade nas Ruas de São Paulo. Relatório de Pesquisa da Clínica de Direitos Humanos Luiz Gama*. São Paulo: Editora Lampião, 2017a.

GOMES, Janaína Dantas Germano. *Cartórios Judiciais e Acesso à Justiça: Tensões e Disputas*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017b

_____. “As mulheres levam mais jeito pra isso”: notas sobre o trabalho desempenhado pelas servidoras do judiciário em São Paulo. In: Camila Nicácio; Júlia Vidal. (Org.). *O Gênero do Direito: análise de práticas e instituições*. 1ed. Rio de Janeiro: Metanóia, 2020, v. 1, p. 49-66.

_____. *O cuidado em julgamento: Um olhar sobre os processos de Destituição do Poder Familiar no estado de São Paulo*. 282 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

GUIMARÃES, Nadya Araujo; VIEIRA, Priscila. *As ‘ajudas’: o cuidado que não diz seu nome*. Estudos Avançados, São Paulo, v. 34, n. 98, p. 7-23, 2019. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/s0103-4014.2020.3498.002>>. Acesso em: 29 de jul. de 2022.

GUIMARÃES, Nadya Araujo; HIRATA, Helena. Introdução. In: GUIMARÃES, Nadya Araujo; HIRATA, Helena (Orgs.). *O Gênero do Cuidado. Desigualdades, Identidades, Significações*. São Paulo: Ateliê, 2020.

KANT DE LIMA, Roberto; LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. *O desafio de realizar pesquisa empírica no direito: uma contribuição antropológica*. Disponível em: http://www.uff.br/ineac/sites/default/files/o_desafio_de_realizar_pesquisa_empirica_no_direito.pdf

LATOUR, Bruno. *A Fabricação do Direito: um estudo de etnologia jurídica*. São Paulo: UNESP, 2019.

LOWENKRON, Laura; FERREIRA, Letícia. Anthropological perspectives on documents: Ethnographic dialogues on the trail of police papers. *Vibrant: Virtual Brazilian Anthropology*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 75-111, 2014. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1809-43412014000200003>>. Acesso em: 29 de jul. de 2022.

MALTA, Rafaella Rodrigues; NICÁCIO, Camila Silva. Do Acesso ao Segredo ao (Des)Acesso à Justiça: Alienação Parental entre Moralidades e Técnicas em Disputa. *Antropolítica Revista Contemporânea de Antropologia*, Niterói, n. 51, [n. p.], 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.22409/antropolitica2021.i51.a45469>>. Acesso em: 29 de jul. de 2022.

MEDEIROS, Flavia. Visão e o cheiro dos mortos: uma experiência etnográfica no Instituto Médico-Legal. *Cadernos de Campo*, (São Paulo - 1991), São Paulo, v. 23, n. 23, p. 77-89, 2014.

NICÁCIO, Camila. Direito e Religião: Uma abordagem empírica sobre intolerância religiosa. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 78, pp. 61-79, jan./jun. 2021.

NOJIRI, Sergio. *Emoção e Intuição: Como (de Fato) se dá o Processo de Tomada da Decisão Judicial*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021.

RILES, Annelise (Org.). *Documents: Artifacts of Modern Knowledge*. Ann Arbor: University of Michigan, 2006.

RIOS, Ariane Goim. *O fio de Ariadne: sobre os labirintos de vida de mulheres grávidas usuárias de álcool e outras drogas*. Dissertação (Mestrado em Saúde Coletiva) – Faculdade de Ciências Médicas da Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2017.

ROBERTS, Dorothy. *Killing the Black Body*. Nova York: Vintage, 1997.

ROBERTS, Dorothy. Reproductive Justice, not just rights. *Dissent*, Filadélfia, v. 62, n. 4, p. 79-82, 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1353/dss.2015.0073>>. Acesso em: 29 de jul. de 2022.

SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. *Jogo, ritual e teatro: um estudo antropológico do Tribunal do Júri*. São Paulo: Terceiro Nome, 2012.

SCHUCH, Patrice. Antropologia do Direito: Trajetória e Desafios contemporâneos. São Paulo: *Revista BIB*, nº 67, 1º semestre de 2009, pp. 51-73

SCHWEIKERT, Peter Gabriel Molinari. *Resistência à profilaxia materna: A deslegitimação do uso de drogas como fundamento para a separação de mães e filhos/as na maternidade*. Dissertação (Pós-Graduação em Psicossociologia da Juventude e Políticas Públicas) – Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, São Paulo, 2016.

VIANNA, Adriana de Resende Barreto. Etnografando documentos: uma antropóloga em meio a processos judiciais. In: CASTILHO, S.; LIMA A.; TEIXEIRA C. (Orgs.). *Antropologia das práticas de poder: reflexões etnográficas entre burocratas, elites e corporações*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2014.

ZARIAS, Alexandre. Os tempos da etnografia, da pesquisa em arquivos e os processos judiciais. In: “*Quando o Campo é o Arquivo*” - *etnografias, histórias e outras memórias guardadas*, Rio de Janeiro, 2003.

Recebido em: 21/06/2023

Aprovado em: 04/06/2024

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL VERSUS DIREITOS AUTORAIS: A IMPUNIDADE DO USO NÃO AUTORIZADO, ESPECIAL REFERÊNCIA AO BRASIL

ARTIFICIAL INTELLIGENTE VERSUS COPYRIGHT: IMPUNITY FOR UNAUTHOTIZED USE, SERIAL REFRENCE TO BRAZIL

JANNY CARRASCO MEDINA*

RESUMO

A inteligência artificial (IA) chegou para acelerar a desatualização jurídica que sofrem os direitos autorais no contexto nacional e internacional. O presente trabalho tem como objetivo geral analisar a eficácia do sistema de direitos autorais frente ao uso não autorizado da IA. A metodologia utilizada é de enfoque transdisciplinar, apoiada nos métodos lógico, histórico, sociais, culturais e jurídicos, tendo uma combinação de métodos das ciências sociais e jurídicas em particular. Como resultado concluiu-se que a utilização de obras protegidas pelos direitos autorais por IA, representa uma ameaça à eficácia jurídica de violações aos direitos autorais, pois os mecanismos jurídicos existentes são insuficientes em razão do uso da tecnologia. A contribuição do estudo está focada na discussão da IA como uma ferramenta que desrespeita os direitos autorais e consequentemente coloca em xeque o sistema jurídico no tocante à punição das violações cometidas.

PALAVRAS CHAVES: Direitos autorais. Inteligência Artificial. Uso não autorizado. Obra. Violação ao direito autoral.

ABSTRACT

Artificial intelligence (AI) has arrived to accelerate the legal outdatedness that copyrights suffer in the national and international context. The general objective of this work is to analyze the effectiveness of the copyright system in the face of unauthorized use of AI. The methodology used has a transdisciplinary approach, supported by logical, historical, social, cultural and legal methods, with a combination of methods from social and legal sciences. As a result, it was concluded that the use of works protected by copyright by AI represents a threat to the legal effectiveness of copyright infringements, as existing legal mechanisms are insufficient due to the use of technology. The contribution of the study is focused on the discussion of AI as a tool that disrespects copyright and consequently calls into question the legal system in terms of punishing committed violations.

KEYWORDS: Copyright. Artificial Intelligence. Unauthorized use. Work. Copyright infringement.

1. INTRODUÇÃO

Tal como define Freitas¹ a inteligência artificial (IA) trata-se de um sistema algorítmico adaptável e relativamente autônomo, emulatório na decisão humana. Poderíamos pensar que a IA ou máquinas pensantes são apenas uma

* Doutora em Direito Internacional pela Universidade de Brasília. Pós-Doutora pela Universidade de Brasília. Professora de Direitos Humanos na Universidade Mackenzie Brasília.
E-mail: jannycarrasco13@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2183-9182>.

1 (FREITAS, 2020, p. 13)

discussão do século XXI e especificamente a partir de 2020. Entretanto já desde 1950 Turing questionava a possibilidade de as máquinas podem pensar²?

Nas palavras de Turing o novo problema tem a vantagem de traçar uma linha bastante nítida entre as capacidades físicas e intelectuais do ser humano³. Entretanto não podemos falar de uma definição absoluta até a Conferencia de “*Proposal for the Dartmouth Summer Reseacher Project on Artificial Intelligence*”⁴, onde foi atribuído a McCarthy tal definição. Apesar disso, não foi até 1980, que podemos entender os primórdios da IA quando os japoneses montaram a *Fifht Project* e Estados Unidos criam o *Microeletrônico and comuputer Tecnology Corporation* aparece uma era de crescente industrialização da tecnologia⁵.

Já em 2016 com a derrota do campeão mundial de xadrez pelo jogo asiático de tabuleiro o software *AlphaGo*, o desenvolvimento de tecnologias das máquinas inteligentes deu um salto significativo⁶. Porém ainda, a realidade tecnológica nesse momento, não parecia ser uma ameaça que alcançaria a magnitude que vivenciam os autores no cenário atual.

Resumidamente existem quatro modelos ao respeito da que seria a IA ou em inglês (machine learning): aprendizado supervisionado, influenciando a figura do supervisor; aprendizado não supervisionado, tendo o tratamento bruto dos dados; aprendizado por reforço quando a IA interage com o ambiente e por último o aprendizado independente onde existe total independência pois assemelha-se às redes neurais⁷.

Um dos inúmeros desafios que apresenta hoje a massificação da IA no contexto digital está associado aos problemas de violações por direitos autorais, no uso de conteúdos não autorizados. Por outro lado, resulta inviável controlar no espaço virtual a circulação de bens intelectuais que estão protegidos pelo guarda-chuva do direito autoral e que não se enquadram dentro das limitações e exceções ao direito autoral. De que forma o direito poderia contribuir para que as violações de direitos autorais alcance as IA no uso não autorizado?

Nesse sentido, o presente artigo tenta analisar as principais teorias ao respeito dos direitos autorais e sua relação com a IA. Seguidamente se aborda os temores e desafios dessa tecnologia em relação aos direitos autorais. Para finalmente se debruçar no poder das IA frente às violações de direitos autorais. Contudo, o estudo baseia-se na documentação teórica, legislativa e doutrinaria sobre as violações de direitos autorais e uso no autorizado da IA no contexto

2 (TURING, 1950, p. 10)

3 (TURING, 1950, p. 3)

4 (JOHN MCCARTHY, 1956)

5 (FREITAS, 2020, p. 17)

6 (FREITAS, 2020, p. 20).

7 (FREITAS, 2020, p. 20-25)

normativo nacional e internacional e a possibilidade de existir responsabilização pelo uso não autorizado.

Este artigo utiliza a metodologia qualitativa a partir de revisão bibliográfica, análise de decisões jurídicas referentes ao tema. Com isso, pretende-se obter uma melhor compreensão sobre o tema objeto de estudo, a fim de contribuir para os profissionais do direito. Como resultado, espera-se apresentar reflexões sobre as contribuições do direito autoral versus uso não autorizado pela IA para compreender o panorama jurídico nacional e internacional com a chegada e popularização dessa tecnologia.

2. DIREITOS AUTORAIS: DIREITO INTERNACIONAL

A priori pode-se pensar que apenas a IA chegou para questionar a relação direitos autorais tecnologias, porém nada mais distante da realidade. É importante lembrar que desde a criação da imprensa como tecnologia capaz de reproduzir obras de maneira massiva ou industrial, os direitos autorais ganharam protagonismo e conseqüentemente surgem diversos instrumentos jurídicos que vão mediar essa relação (tecnologia/proteção).

A partir da implementação de tecnologias de reprodução em massas, como foi a imprensa de Gutemberg no século XV, os direitos autorais ganham protagonismo. Desde o Estatuto da Rainha Ana na Grã-Bretanha em 1710, passando pelo Decreto da Dinamarca de 1714, e a abolição dos direitos perpétuos na França em 1777, os direitos autorais começaram a ser preservados frente ao progresso científico e tecnológico⁸.

O Estatuto da Rainha Ana, embora seja a norma mais antiga de que se tem notícias sobre direitos autorais, representou o fim dos privilégios outorgados aos editores sobre a impressão das obras. Antes da chegada do Estatuto os editores, eram donos do controle de reprodução e censura das obras como mecanismo de domínio e autoridade. Com o fim do monopólio exercido pelos editores os criadores passam a ter maior proteção e controle sobre suas obras.

A chegada da modernidade, como período histórico que traz um protagonismo dos intelectuais europeus o continente vivenciou um auge e proliferação de normas que outorgavam proteção aos criadores intelectuais e conseqüentemente os direitos autorais. Entre as normas europeias que ganharam destaque podemos citar: Lei da França de (1781-1793), Estados Unidos 1778, República Helvética (1801), Países Baixos (1806)⁹.

Para entender o sistema atual de direitos autorais resulta necessário compreender que universalmente existe dois modelos que garante proteção as criações fruto do intelecto humanos. Resumidamente estamos falando sobre o

8 (BASSO, 2000, p. 71)

9 (POLIDO, 2013, p. 237)

sistema de copyright próprio de países de sistemas jurídicos de common law e o sistema de civil law, que predomina em países como o Brasil. Mas concretamente que devemos entender por direito de autor? Segundo Santos:

[...]é o sistema francês ou continental. Esse regime preocupa-se com a criatividade da obra a ser copiada e os direitos morais do criador da obra, ou seja, é o inverso do copyright. Sua origem remonta à Revolução Francesa que, abolindo o privilégio dos editores, resultou em duas normas aprovadas pela Assembleia Constituinte a de 1791 e a de 1793[...]¹⁰

Vale ressaltar que as primeiras legislações sobre os direitos autorais, são fruto do poder normativo dos Estados-nacionais que ganham protagonismo e reafirmação normativa no contexto europeu. Embora esta proteção de cunho normativo-nacionalista protegia os direitos relativos à propriedade intelectual na ordem interna, sua existência e propagação foi determinante para a posterior aparição de ordem internacional sobre o tema, resultando na existência posterior do direito internacional dos direitos autorais.

Sem dúvidas, a Convenção de Berna de 1886, representou o advento do marco normativo internacional dos direitos autorais. A Cbe como é conhecida foi fruto de intensos esforços, trabalhos e discussões diplomáticas de diversos intelectuais e artistas. O principal objetivo era estabelecer um sistema unificado que lograsse garantir uma proteção mínima em cada um dos Estados participantes, contribuindo assim para uma proteção dos direitos autorais com maior homogeneidade.

Até o momento Berna continua sendo o instrumento essencial/ primária em matéria de direitos autorais no âmbito internacional. Com o aparecimento de novas tecnologias, a Cbe já enfrentou umas 7 atualizações para se manter como o documento básico no âmbito internacional que regula os direitos autorais: (París 1896, Berlim 1908, Berna 1904, Roma 1928, Bruselas 1948, Estocolmo 1967, Paris 1971).

Entre as principais proteções que garante a CBe destacamos: a proteção automática, não sendo necessário o registro formal para garantir direitos; os direitos morais e econômicos; a duração da proteção determinando um prazo mínimo de 50 anos para todos os Estados membros, a definição de obras protegidas, listando o amplo número de obras que ganham proteção e por último, o chamado tratamento nacional o unionista, onde cada Estado membro deve garantir aos autores de qualquer outro país signatário os mesmos direitos¹¹.

A Convenção de Berna foi um progresso jurídico significativo que proporcionou uma base uniforme para a proteção dos direitos autorais entre os países signatários. Sem dúvidas, o principal aporte da Cbe está determinado pela implementação da “regra dos três passos” ou dos três níveis: que tem uma

10 (SANTOS, 2009, p. 46)

11 (OMPI, 1886)

conexão direta com as limitações e exceções. Sucintamente, são determinados pela norma uma série de limites à proteção do autor, estabelecendo assim um equilíbrio justo entre a proteção e o uso que dispensa ou independe de autorização. Esta dispensa de autorização é possível desde, primeiro se aplique a casos concretos sejam eles determinados pelas normas nacionais ou pelo entendimento jurisprudencial, segundo desde que não cause prejuízo injustificados aos interesses legítimos do autor, e terceiro desde não prejudique a exploração normal da obra¹².

Por outro lado, os Acordo de Propriedade Intelectual dedicados ao comércio (ADPIC) da Organização Mundial do Comércio (OMC), em seu artigo 13 reproduz quase exatamente o já abordado na Cbe de 1886, apenas ampliando a titularidade de uma obra, às pessoas jurídicas¹³.

Apesar de o ADPIC ser promulgado no contexto em que ainda a IA não era uma ameaça aos direitos autorais, hoje se apresenta como uma oportunidade de negócio para as indústrias culturais frente à democratização de ampliação do uso da IA no âmbito artístico e criativo. Desde a leitura do artigo 13 já mencionado poderíamos aventar a possibilidade de se tornar titulares dos direitos autorais por elas criado, em virtude por exemplo, de ser registradas a favor de uma determinada indústria cultural que é detentora e faz uso da IA.

O panorama atual de direitos autorais transita basicamente em dois sistemas concomitantes: por um lado o sistema anglo-americano (*copyright*) e por outro o chamado sistema europeio ou continental (*droit d'auteur*)¹⁴. A priori as diferenças entre ambos os sistemas são vem expressivas¹⁵ se analisamos desde a perspectiva das limitações e exceções.

Um exemplo que explica de maneira prática essa diferenciação, podemos encontrar na lei brasileira de direitos autorais. Desde o artigo 46 ao 48 a Lei 9610/98 (BRASIL, 1998)¹⁶, determina o que é considerado um uso justo pela realidade jurídica brasileira, determinando até onde são estabelecidos os limites ao poder do autor.

Por outro lado, o modelo anglo-americano determina os chamados usos justos definidos caso a caso sem que uma norma jurídica estabeleça os supostos jurídicos como no caso brasileiro. Ainda que a Section 107 de US copyright Act determine a dispensa de autorização do titular, mediante a utilização de alguns supostos no referido sistema o juiz analisará caso a caso a aplicabilidade da citada Section 107¹⁷. Vale advertir que o enfoque de uso justo anglo-americano

12 (OMPI, 1886, p. 10)

13 (OMC, 1994, p. 5)

14 (SENFTLEBEN, 2010)

15 (SENFTLEBEN, 2010)

16 (BRASIL, 1998)

17 (SENFTLEBEN, 2010, p. 523)

tem como base a teoria utilitarista onde os direitos autorais cumpre a função de assegurar e suministrar o conhecimento suficiente em função do desenvolvimento da sociedade.

Analisando, a dinâmica das exceções e limitações versus IA, entendeu-se que os atuais sistemas de direitos autorais, são omissos sobre o uso de obras protegidas pelos direitos autorais por parte de IA. Ainda que as IA estejam em fase de testes e desenvolvimentos, pela atual regulação de direitos autorais não é permitido a transformação, alteração, modificação ou derivação de obras pelas IA. Não deve ser enquadrado essa prática dentro do chamado uso justo, tendo em vista que as IA se alimentam de informações existentes para gerar novos produtos.

Da mesma maneira, Levendowski¹⁸ defende que os sistemas de IA são ensinados lendo, vendo e escutando as cópias de trabalhos criados pelos seres humanos. Geralmente essas obras estão protegidas pelos direitos autorais e não poderiam ser utilizadas para tais fins. Em que medida podemos considerar um uso justo se a IA, no processo de execução, consegue modificar milhares de documentos, dados, softwares e obras em geral protegidas pelos direitos autorais em questões de meros segundos?

Diante dessa realidade destacamos outro elemento preocupante as IA, não realizam um uso determinado por informações conectadas a um território físico ou geográficos. Ao igual que as muitas outras violações de direitos autorais, no âmbito da internet torna-se difícil alcançar uma proteção internacional sem a convergência dos sistemas jurídicos nacionais. Ainda que o direito autoral seja conectado com o princípio de *lex loci protectionis*, resulta quase impossível determinar o local exato de proteção em contextos de violações por uso de IA.

Na incerteza dos desafios da IA, as palavras de Vagts ganham uma relevância extraordinária, quando define que para existência do Direito Transnacional precisam estar presentes três elementos: assuntos que traspassam as fronteiras nacionais, assuntos que não apresentam uma divisão clara entre Direito Público e Privado; e assuntos que provocam fontes abertas e flexíveis como o *soft law* ou o direito flexível como também se lhe conhece¹⁹.

Sem dúvidas, a IA hoje é um elemento determinado pela transnacionalidade de sua atuação: pois a proliferação e alcance dessa tecnologia a escala global representa o esplendor do desaparecimento das fronteiras físicas no ambiente digital. Nada impede hoje, que uma IA que está sendo implementado no Brasil utilize obras protegidas pelo direito autoral no Japão. Esse panorama atual, anuncia a necessidade de uma construção global para regular o uso justo ou adequando de tecnologias emergentes frente ao respeito pelas obras protegidas no âmbito dos direitos autorais.

18 (LEVENDOWSKI, 2018)

19 (VAGTS, 1986)

Dito isso, devemos reforçar que o uso IA de obras protegidas pelos direitos autorais, representa o maior desafio jurídico que já enfrentou na história o sistema nacional e internacional do direito do autor. Os temores vislumbrados são reais, a IA veio para transformar radicalmente a maneira como são utilizadas as obras protegidas pelo direito autoral sem o consentimento do autor.

3. OS TEMORES DA IA COMO TECNOLOGIA EMERGENTE E O DIREITO AUTORAL

Todos os dias é motivo de notícias as incríveis atividades desenvolvidas pela IA: carros autônomos, criação de programas de computador, composição de música, desenho de uma obra de arte, interface para jogos digitais. Nesse cenário, uma alerta foi ativada sobre a vulnerabilidade dos consumidores, artistas e indústrias culturais frente ao uso indiscriminado da tecnologia versus lacuna legislativa.

Ainda que pensemos que são máquinas independentes, muitas vezes esses processos criativos das IA não são automatizados em sua totalidade, precisando da intervenção humana para alcançar resultados significativos²⁰. Resumidamente, a IA ainda que com certa independência é capaz de criar obras que são parcialmente originais porque foram construídas desde a perspectiva ou os dados de outras fontes/obras. Surge então uma questão pouco debatida, que é o detentor dos direitos autorais nesse contexto?

Jane C. Ginsburg²¹, considera que existem três maneiras de proteger ou determinar a autoria de uma obra quando as pessoas utilizam as máquinas como instrumento de criação de obras: os direitos correspondem ao usuário da IA, os direitos correspondem ao programador de quem desenha a ferramenta ou a máquina que seja capaz de produzir o resultado; ou a obra é de autoria conjunta entre o usuário e o desenhador da ferramenta.

O primeiro suposto refere-se à quando a pessoa física o autor faz uso da máquina como uma ferramenta de trabalho equiparável ao pincel, computador, câmera de fotos, teatro, guitarra etc. Desde essa perspectiva o verdadeiro criador é quem ao fazer uso da tecnologia cria uma obra susceptível de proteção, e que vai ter presentes elementos como autoria e original que a diferencia do resto de obras preexistentes.

O segundo caso seria quando a participação humana é pouca ou nula. Neste suposto, estamos falando das chamadas IA generativas, que são capazes de criar obras novas com uma baixa ou quase nenhuma intervenção humana. Aqui poderíamos atribuir a autoria ao desenvolvedor da ferramenta que possibilita a geração de maneira autônoma. Porém nessa possibilidade, procede en-

20 (THALER, 2013, p. 447-56)

21 (JANE C. GINSBURG, 2019)

fatizar que na norma brasileira apenas atribui-se autoria a obras criadas pelo intelecto autor pessoa física, nos exatos termos do art. 11da Lei 9610/98²².

Já o terceiro caso resulta, desde nosso ponto de vista, o menos complexo de ser absorvido pelo sistema de direitos autorais imperantes pois permite ou idealiza a proteção de ambos os elementos envolvidos no processo criativo (autor-máquina). Desse modo, o parágrafo único do art.11²³ amplia a aplicação para as pessoas jurídicas o que aventa a possibilidade futura de influir esse tipo de tecnologia no espoco do direito autoral atual.

Com essas perspectivas, é possível prever que os computadores aumentem sua capacidade de rapidez e criatividade ocupando um lugar central no processo criativo e artístico, sendo os principais impulsores da criatividade e inovação futura. Entretanto analisando a legislação do Brasil a capacidade criativa do machine learning estaria desprotegida desde o ponto de vista da legislação autoral, tal e como determina o art,11 já mencionado²⁴.

Outro artigo que indica a necessidade da relação autor/obra é o art. 7 da Lei 9610/98 “...são obras intelectuais protegidas as criações do espírito...”²⁵. Nesse ponto, fica claro que a norma evoca a indispensabilidade do ser humano como criador das obras. Por outro lado, a Convenção que instituiu a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), assinada em 1967, o artigo 2º, inciso VIII, descreve os vários objetos de proteção, incluindo “invenções em todos os domínios da atividade humana”²⁶, o que aventa a possibilidade futura das criações por IA ser protegidas em alguma modalidade da propriedade intelectual.

Ao considerar apenas pessoas físicas, com exclusividade como autores o direito autoral está contribuído a sua própria obsolescência programada. O avanço tecnologia e inevitável, ainda que seja necessário estabelecer limites ao uso da IA, não é oportuno negar sua chegada e convivo. Afastar qualquer possibilidade de registro e reconhecimento de autoria no estado atual da técnica de IA, pode ser compreendido como uma limitação ao desenvolvimento tecnológico. Por outro lado, nas palavras de Freitas²⁷, se a empresa restar como detentora dos direitos autorais, produz-se uma conspícua assimetria entre quem tem a IA como ferramenta, e quem não a possui.

Outra solução ao respeito das criações artísticas resultados da IA poderia ser o domínio público, porém não resulta atrativo para o progresso tecnológico da área. Ademais, como enquadrar as criações da IA dentro do domínio público

22 (BRASIL, 1998)

23 (BRASIL, 1998)

24 (BRASIL, 1998)

25 (OMPI, 1967)

26 (OMPI, 1967)

27 (FREITAS, 2020, p. 145)

se elas utilizam para o processo criativo obras preexistentes que em maioria são protegidas pelos direitos autorais. Nesse sentido, Gervais aponta²⁸

[...] o paradigma binário segundo o qual uma máquina é uma mera ferramenta nas mãos dos usuários, capaz de produzir saídas outputs que se programam de forma previsível nela ou são saídas aleatórias nas que não existe originalidade, carece de sustento; as máquinas com IA podem tomar decisões e são capazes de fazer eleições, sendo essas eleições tarefas criativas perante os tribunais que analisam as contribuições das máquinas[...]

Um raciocínio muito utilizado na temática de IA e direitos autorais é justificar a proteção das criações da IA, é o conceito de obras derivada. Entretanto, no âmbito autoral, apenas são consideradas obras derivadas aquelas que mediante autorização expressão do criador é alterada ou modificada em todo ou em parte, dando origem a uma nova obra. Nesse ponto a lei 9610 é enfática, no art. 29.III fica claro que depende de autorização prévia e expressa do autor da obra, quaisquer transformações realizadas²⁹.

Entretanto o autor de uma obra derivada, deve incrementar expressões que demonstrem a originalidade do trabalho inventado/criado, para que possa ser qualificado e ganhar a própria proteção de direitos autorais³⁰. Por dedução, poderíamos pensar que as obras criadas por IA, são essencialmente derivadas, entretanto duas questões dificultam tal análise. A primeira, a inexistência de autorização por parte dos autores das obras originais; e a segunda a ausência de autoria na figura de pessoa física. Critérios como autoria e originalidade são dissolvidos nas capacidades tecnológicas e impossibilitam a identificação na figura do ser humano.

Assumir essas possibilidades seria condenar definitivamente a existência dos direitos autorais e conseqüentemente um mundo sem direitos autorais como já anunciou Smiers no ano 2000³¹. Existe uma desvantagem considerável na liberação das obras criativas de IA geradas de maneira independente ao domínio público. Nessa realidade entra outro elemento importantíssimo o tempo de proteção dos direitos autorais.

Outro aspecto que chama atenção sobre os direitos autorais, está relacionado ao tempo de proteção. Para a CBe os países signatários devem considerar no mínimo 50 anos de proteção³², já a legislação brasileira considera 70 anos, contados a partir do 1º de janeiro do ano subsequente a morte do autor³³. Como poderia ser determinada a proteção nesse ponto para as obras desenvolvidas

28 (GERVAIS, 2020, p. 50)

29 (BRASIL, 1998)

30 (GERVAIS, 2020)

31 (SMIERS, 2000)

32 (OMPI, 1886)

33 (BRASIL, 1998)

por IA? Qual seria o parâmetro? A data de funcionamento, a data de criação da IA ou a data de criação da obra?

Ao não proteger obras criadas no contexto da IA, a realidade tecnológica se apresenta fragilizada, pois desaparece uma motivação real, para os desenvolvedores das máquinas de IA generativa. Certamente deixar no limbo jurídico as obras criadas pela IA, contribui ao incentivo de violações de direitos autorais. Por um lado, não proteger ou melhor não reconhecer essas criações de IA, como obras passíveis de proteção pelo direito autoral abre a possibilidade da impunidade frente a violações de direito autoral. Por outro lado, seu reconhecimento possibilita que autores enfrentem uma posição desvantajosa considerável, no mercado de arte em relação às máquinas. E por último proibir seu uso certamente, poderia sofrer significativamente um impacto direto na massificação e democratização do conhecimento e o desenvolvimento da tecnologia.

Tal e como existe hoje o ordenamento jurídico sobre direitos autorais, as obras criativas apenas podem desfrutar de proteção legal para pessoas físicas e jurídicas. Nessa concepção de titularidade autores como Hristov³⁴ defende a necessidade de conceder proteção aos criadores humanos e não humanos³⁵. Na lógica de qualquer ordenamento jurídico até o momento, os autores não humanos, não poderão ser responsabilizados perante um tribunal de justiça por eventuais violações de direitos autorais, já que se parte do suposto jurídico que não são considerados autores.

Historicamente o sistema jurídico norte-americano tem reconhecido a proteção dos direitos de autorais de obras criadas pelo ser humano com a ajuda de máquinas ou ferramentas, sendo inviável sua proteção quando no processo de criação não existe a participação humana³⁶. Todavia a Corte do Distrito de Shenzhen na China³⁷, determinou mediante decisão judicial conceder a proteção da criação sim à IA permanecendo os direitos com a empresa responsável pelo desenvolvimento da IA³⁸.

A respeito a Associação Americana de Propriedade Intelectual (ABA), foi firme em seu entendimento, sobre não considerar as criações por IA como trabalhos, invenções ou obras passíveis de proteção pela propriedade industrial³⁹. Esta postura complementa a posição dos Acordos TRIPS da OMC onde tampouco em princípio não existe a necessidade de alterar a legislação de propriedade intelectual com a chegada de máquinas inteligentes.

34 (HRISTOV, 2020)

35 (HRISTOV, 2020)

36 (USA, 2020)

37 (YANGFEI, 2020)

38 (YANGFEI, 2020)

39 (ABA, 2020)

Recentemente a Suprema Corte norte-americana determinou no caso *Andy Warhol Foundation for the visual Arts. Inc. v. Goldsmith*⁴⁰, que as obras derivadas realizadas por Warhol não foi a suficientemente ‘transformadora’ desde o ponto de vista da doutrina de *fair use*, como para não violar direitos autorais. Essa decisão representa um abismo para os defensores de proteção de direitos autorais para a IA, baseada no conceito de obra derivada.

Como resultado de uma solução efetiva, requer seja pensado um status legal que garanta a titularidade aos criadores humanos ao mesmo tempo que não disponha empecilhos na necessidade de incentivos da democratização da tecnologia, no caso a IA. Embora o caminho jurídico seja complexo e desafiador em questão de proteção de direitos autorais e IA, é urgente e necessário determinar qual será a melhor solução para organizar os desafios que a IA e a IA generativa estão colocando no debate. Em que medida a ausência normativa, possibilita a impunidade jurídica de violações cometidas no âmbito do direito autoral?

4. O PODER DA IA FRENTE AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS AUTORAIS

As IA hoje imitam redes neurais capazes de realizar tarefas no mesmo nível de complexidade do cérebro humano. A partir de introdução de dados e com a implementação de programas de computador as chamadas *machine learning* e *machine deep learning* imitam as atividades humanas mediante um aprendizado automatizado, ameaçando o sistema jurídico existente no contexto de direitos autorais e o uso não autorizado.

Tanto no sistema de copyright como no direito autoral as questões jurídicas referentes a direitos autorais de obras produzidas por IA, ou do uso de IA por obras protegidas, tem um enfoque multidisciplinar. Hoje as reproduções produzidas por IA são multifacetadas em diversas áreas da propriedade intelectual como: patente, desenho industrial, marcas e direitos autorais. Essa visão global sobre o uso da IA no contexto da propriedade intelectual, contribui para estabelecer regulações mais adequadas, ainda mais se a realidade tecnológica atual possibilita que qualquer criação o uso por IA esteja disponível desde qualquer lugar do mundo em escala global.

A incerteza sobre questões como lei aplicável das relações privadas conectadas, provoca obscuridade na maneira em como podem ser resolvidas estas temáticas no mundo interconectado de hoje. Conflitos sobre direitos autorais e IA são parte dos litígios plurilocalizados e geograficamente pouco conectados, o que dificulta a eficácia das decisões judiciais de um determinado ordenamento jurídico para outro.

40 (USA, 2023)

Desde a Convenção de Berna de 1886 foi estabelecido que as violações de direitos autorais serão reivindicadas com a aplicação do princípio de *lex loci protectionis* lei do local onde se reclama a proteção⁴¹. Este paradigma definido em Berna foi adotado pela ampla maioria dos países signatários da referida convenção. Tal e como Medina a morte destes princípios é uma realidade difícil de enfrentar pelos ordenamentos jurídicos com a chegada de internet e consequentemente reforçada com a proliferação da inteligência artificial. Segundo Goldschmidt⁴²

[...] en materia de jurisdicción internacional, rige en principio, la máxima de la generosidad. Así cuantos más foros se pongan a disposición del actor, más cómoda le será realizar sus peticiones. Pero el despliegue de la generosidad supone, en primer lugar, que cada país, tenga un derecho internacional privado justo y no permita la intervención desorbitada del orden público: en efecto en caso contrario el resultado del juicio depende decisivamente del derecho internacional privado del país a cuyos tribunales el actor acude, y esto provoca el fenómeno que los anglosajones denominan de “*forum shopping* [...]”

Até agora as principais discussões sobre IA e direitos autorais estão enfocadas a se as criações da IA, podem ser registradas ou protegidas pelo direito autoral. Tal e como foi discutido no ponto anterior. A doutrina internacional não reconhece a proteção dos direitos autorais para as criações provenientes de IA. Nessa lógica encontramos que recentemente o Estado de Tennessee nos Estados Unidos, aprovou uma norma que complementa a legislação de direitos autorais existente e proíbe o uso não autorizado de obras protegidas pelas IA⁴³.

Na perspectiva atual de direitos autorais, ao se cometer uma violação a ação deve ser ajuizada no local onde se pretende reclamar ou reivindicar proteção, o seja se uma infração foi cometida em território brasileiro a jurisdição competente é a brasileira. Nessa lógica processual e concordando com Young, se é cometida uma violação de direitos autorais por parte da IA, o titular de direitos tem efetivamente uma causa contra a IA⁴⁴.

Entretanto qual seria o sentido jurídico se o detentor dos direitos autorais(demandante), não pode fazer cumprir ao demandado a responsabilidade por infrações de direitos autorais? Concretamente, quem seria o demandado: o desenvolvedor da IA ou a empresa dona da IA ou a própria IA? O ponto importante para iniciar nossas reflexões é a jurisdição aplicável e os pontos de conexão.

Quando se trata de violações perpetradas por IA a responsabilidade civil internacional não pode ser afastada. No contexto do direito internacional

41 (OMPI, 1886)

42 (GOLDSCHMIDT, 1992, p. 132)

43 (USA, 2024)

44 (YOUNG, 2020)

privado são utilizados, elementos de conexão para entender qual é o direito aplicável para o caso concreto. Normalmente são utilizados como pontos de conexão elementos como: ubiquação do demandado, ubiquação do cumprimento da obrigação, cumprimento do contrato, ubiquação do registro de marca ou patente e mais recentemente ubiquação do servidor de internet.

A dissolução do território físico provocada pela *world wide web* trouxe aos ordenamentos jurídicos o desafio de aplicar normas territorialistas por excelência es espaço com ausências de fronteiras físicas. Um exemplo que ilustra o anterior, foi a jurisprudência norte-americana na aplicação de teste *zippo* ou teste *calder*.

A primeira teoria discorre sobre o enfoque de localização, estabelecendo diferentes elementos que podem servir de referência para conectar a atividade com o fórum tais como: local da atividade presumivelmente delitiva ou dolosa, local onde são produzidos os efeitos da conduta culposa ou dolosa, local onde está domiciliado o infrator⁴⁵.

Outro mecanismo do chamado Teste Zippo, está focado em estabelecer a jurisdição no nível de interatividade da página *web* com o local onde se reclama proteção. Em outras palavras, para a jurisprudência norte-americana o conflito de competência acaba quando existe algum nível de interatividade entre o fórum e o site que possibilitou a violação. Certamente, esse entendimento, facilita afastar as lacunas jurídicas relacionadas a jurisdição competente. Apenas es suficiente demonstrar a natureza e qualidade da atividade comercial na internet para que o juiz se declare com competência para conhecer⁴⁶.

Elementos como moeda que é utilizada nas transações comerciais, idioma, público-alvo, a hospedagem são alguns dos elementos que acabam no contexto norte-americano com a incompetência de conhecer sobre o conflito na internet por questões de lei aplicável a território geográfico.

Já o chamado teste Calder, inspirando no caso *Calder v. Jones* da Corte Suprema dos Estados Unidos de 1983. Nesse caso não importa os contatos mínimos com o fórum aqui a relevância está determinada pelos efeitos causados intencionalmente no local da jurisdição do fórum⁴⁷.

Avaliando essa possibilidade jurídica a IA traz uma provocação importantíssima ao respeito da conexão com fórum, pois atualmente a maioria das empresas desenvolvedoras de IA, estão com sede nos Estados Unidos nas mãos das grandes companhias da área da tecnologia e internet. Essa realidade provoca que apenas a jurisdição norte-americana seja realmente competente para conhecer dos casos. Contudo a IA utiliza obras protegida pelos direitos autorais que estão situadas em diversas jurisdições do mundo. O seja retomando o

45 (TRIMBLE, 2015)

46 (USA, 1997)

47 (USA, 1984)

princípio de direitos autorais *lex loci protectinis*, lei do local onde se pretende reclamar a proteção⁴⁸, todas as jurisdições seriam competentes para julgar e conhecer sobre violações de direitos autorais pelas IA.

Ao estabelecer como jurisdição competente o local onde se requer ou reclama a proteção a CBe⁴⁹ provoca uma complexidade transnacional, sem precedentes com a chegada da IA. Entretanto a doutrina ainda não vislumbra essa complexidade, tendo em vista que os principais estudos abordam se as criações por IA seriam passíveis de proteção ou não.

Todavia o tema da IA e sua interfase com os direitos autorais, é um dos tantos desafios a serem superados pelo direito na democratização e uso de IA. Atualmente a Visual média companhia Getty Images acusa a Stability AI Inc⁵⁰, pelo uso não autorizado de 12 milhões de fotos sem autorização ou compensação, o que infringe os direitos autorais nos padrões das normas norte-americanas. Embora, o caso ainda tramita na justiça dos Estados Unidos, é muito provável que a discussão seja favorável aos pagos do direito de autor, pelo uso não autorizado.

Hoje a principal discussão da IA versus direitos autorais, não estão focadas nos contatos com fórum ou na jurisdição competente. A maior provocação encontra-se em duas linhas: se devem ser protegidas as obras o se deve ser ampliado seu uso para o desenvolvimento e progresso tecnológico. Para o direito autoral, os desafios são infinitos desde a definição e defesa de conceitos como autoria, originalidade, criatividade, obra derivada até se deve ser determinado um equilíbrio entre acesso e proteção.

Em que medida poderá ser respeitada a eficácia da CBe de 1886. Nessa perspectiva ao ser utilizadas obras protegidas em países como Brasil, Japão, China França ao mesmo tempo, toda elas seriam competentes para conhecer das violações, mas como seria executadas as decisões se a IA estaria situada em outro país, por exemplo Estados Unidos.

Vale observar que a morte do princípio de *lex loci protectionis* é uma questão de tempo no âmbito da ampliação do uso da IA. Nesse ponto Medina, enfatiza que este princípio já vive uma morte anunciada com a chegada de internet⁵¹, e que reforça o avanço da IA. Como seria possível proteger os direitos autorais que permanecem com princípios e conceitos de um direito nacionalista e territorialistas se cada vez mais somos dissolvidos nos universos virtuais que escapam aos marcos geográficos? Já desde o 2000 Smiert⁵² anunciou a necessidade de construir um mundo sem copyright, sendo tal vez o melhor caminho frente ao progresso tecnológico.

48 (OMPI, 1886)

49 (OMPI, 1886)

50 (USA, 2023)

51 (MEDINA, 2019)

52 (SMIERS, 2000)

Vários são os países que tem regulado as criações/invenções, passíveis de proteção que são fruto do trabalho de IA. O entendimento não é unânime. Estados Unidos como já temos abordado, apenas concede registro a obras originais criadas pelo ser humano. Esta posição segue a lógica de proteger apenas objetos fruto do trabalho intelectual, cujo fundamento está na habilidade criativa da mente humana. O mesmo entendimento tem o legislador australiano.

Yanisky entende que futuramente a IA poderia ser equiparada ou comparada a pessoas jurídicas, sendo possível que futuramente as IA adquiram personalidade jurídica⁵³. Se os ordenamentos jurídicos começam a assumir esse entendimento as IA serão consideradas trabalhadores sob contrato. Neste caso, o autor da obra será considerado o empregado⁵⁴.

O Japão, por exemplo é um dos países que já começou a desenvolver regulamentações para proteger os direitos autorais de produtos criativos gerados por IA. Esse posicionamento tem como foco principal apoiar as empresas que trabalham e criam inovações na área de IA generativa⁵⁵. Entre os benefícios que prevê a abertura da legislação japonesa estão: que o algoritmo seja treinado com maior quantidade de dados culturais, maior inclusão adaptada a sociedade japonesa, estabelecer uma colaboração mais estreita entre autora e os desenvolvedores de IA. Ao invés de sentir a IA como uma ameaça à propriedade intelectual a sociedade japonesa entende que isso representa maiores possibilidades de inovação.

No caso do Reino Unido, a Lei de Direitos Autorais de 1988, estabelece que, no caso de uma obra literária, dramática, musical ou artística gerada por computador, o autor será a pessoa por meio de quem serão realizadas as atividades necessárias para criar uma obra⁵⁶ (UK, 1988). Está mesmo dinâmica acompanha países como: Nova Zelândia, Hong Kong, África do Sul. Esses países defende o princípio básico que sustenta o direito do autor que está vinculado ao reconhecimento da relação autor obra como uma expressão um reflexo da personalidade.

No caso do Brasil por exemplo o Código civil estabelecer um amplo universo de competências para as autoridades brasileiras em relação aos litígios internacionais, tal e como dispõe os artigos 21 e 22⁵⁷. A referida norma possibilita que o tribunal seja competente quando o demandado sem importar sua nacionalidade, esteja domiciliado em Brasil, quando a obrigação deva ou tenha que ser cumprida no Brasil o quando o fato tenha ocorrido ou foi praticado no Brasil.

53 (YANISKY, 2017)

54 (HRISTOV, 2020)

55 (KENJU TOSAKI, 2024)

56 (UK, 1988)

57 (BRASIL, 2002)

Já o Marco Civil da Internet determina que a responsabilidade por danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros, não é imputável aos provedores de conexão, segundo o artigo 18 da referida norma⁵⁸. Em outro de seus artigos também deixa claro que as violações por questões relativas a direitos autorais⁵⁹ devem seguir a legislação específica o que afasta a aplicabilidade do Marco Civil a Internet a casos que envolvam direitos autorais. Este ponto representa uma complexidade maior tendo em vista o avanço das IA versus a ausência legislativa.

Atualmente estão em discussão no senado vários textos sobre IA e direitos autorais. O primeiro deles que chama nossa atenção é o PL nº262 de 2024 que pretende alterar o Decreto Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o aumento na pena para crime de violações de direito autoral, quando houver uso de IA, e criar o crime de falsidade científica ou acadêmica. O projeto pretende criminalizar práticas como a realização de trabalhos acadêmicos por encomenda, e o uso não autorizado de obras protegidas pelo direito autoral envolvendo IA.

Já o PL nº2338 de 2023 que dispõe sobre o uso da inteligência artificial ne se quer abordar as violações de direitos autorais que estariam necessariamente na discussão sobre o uso de IA no Brasil. Chama nossa atenção que o referido PL autoriza o uso de obras pelas IA, sem que isso constitua ofensa ou violação aos direitos autorais, porém faz uma ressalva sendo apenas permitido em instituições de pesquisa, jornalismo, museus e bibliotecas. Essa possibilidade garante em princípio que o uso de obras protegida ou terá um fim social ou terá um fim científico e acadêmico, o que nos parece bastante adequado caso se torne lei

Esse entendimento do projeto de lei respeita o que já está disposto em Cbe e a própria lei de direitos autorais vigente. Outro ponto que chama nossa atenção é no que refere ao uso e a finalidade. Ao preservar o uso e finalidade o PL implementa a chamada regra dos três passos onde pode ser realizadas reproduções desde que não tenha como objetivo a distribuição ou comercialização e não prejudique os interesses econômicos e legítimos dos detentores dos direitos autorais.

Contudo poderia ser equiparado o uso da inteligência artificial com a responsabilidade civil de conteúdo gerado por terceiros? Lembremos que os atores como provedores, conexão e de conteúdo ou usuário. Hoje sob o ponto de visto da sociedade, a maior oferta de bens on-line é absolutamente benéfica, pois possibilita o acesso à cultura, educação e informação ao mesmo tempo que cria conteúdo. Entretanto, tais benefícios têm sido questionados com a chegada da IA. O mais óbvio é o grande volume de usos ilícitos, resultado da vasta quan-

58 (BRASIL, 2014)

59 (BRASIL, 2014)

tidade de usuários que utilizariam a IA para replicar, aproveitar e compartilhar conteúdos que estão protegidos pelos direitos autorais.

Tal e como refere Paesani⁶⁰ a realidade hoje dos direitos autorais na internet, apresenta uma série de dificuldades como: identificar o infrator, já que muitos atuam no anonimato, ou no mínimo depender de grandes esforços para ter sua identidade revelada, de maneira que a persecução judicial passa a depender de institutos como a cooperação jurídica internacional, que não resulta um mecanismo céleres para combater violações.

As violações de direitos autorais no ordenamento jurídico brasileiro estão previstas em vários artigos da Lei 9610/98. Desde o art 5 VII onde queda definido o conceito de contrafação como a reprodução não autorizada. Já o artigo 29 traz uma série de supostos jurídicos onde é necessária a autorização prévia e expressa do autor para utilizar a obra: exemplos como reprodução parcial ou integral, edição, tradução, adaptação, distribuição, inclusão em bases de dados e quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas, o que configura a utilização das IA. Também o artigo.68 exige a previa autorização para obras musicais, fonogramas, teatrais, representações etc.⁶¹.

Por último, o Código Penal brasileiro, estabelece como um delito as violações de direitos autorais. Quando detectado o infrator e analisado a magnitude das violações a legislação penal determina que violar os direitos de autor e os que lhe são conexos são passíveis de responsabilidade penal com pena de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano ou multa⁶².

Nesse sentido e analisado as colocações anteriores, a priori corresponde compreender que não existe a possibilidade de reconhecer as IA como autores de obras, ao menos na maioria dos países de sistema civil law. Tendo em vista que os países de civil law apenas reconhecem como criadores aos autores pessoas físicas o que não poderia ser enquadrado no âmbito das máquinas inteligentes. Dito isto, afasta-se conseqüentemente a possibilidade de punir os infratores por violações ao direito autoral quando realizam o uso não autorizado de obras protegidas, seja para processar dados sejam para criar novas obras.

CONCLUSÕES

A IA se apresenta como uma tecnologia promissória que adentra na vida social e transforma a maneira como criamos e consumimos obras intelectuais. Esta tecnologia já impacta significativamente os direitos autorais no modelo tradicional ao redor do mundo, apresentando-se como um desafio jurídico para todos os ordenamentos sejam *civil law* ou *common law*.

60 (PAESANI, 2014, p. 21)

61 (BRASIL, 1998)

62 (BRASIL, 2003)

A dissolução das fronteiras físicas que provocou a chegada da internet foi reforçada com o uso da IA no mundo. Como uma tecnologia transnacional a IA provoca uma maior complexidade quando se trata de violações ao direito autoral, provocando a necessidade de repensar conceitos como *lex loci protectionis* ou lei do local da proteção.

É uma realidade hoje o predomínio de uso de IA para criação de obras intelectuais, se tornando uma prática cada vez mais frequente e popular. A impossibilidade de reconhecer essas obras e proteger no contexto dos direitos autorais cria um limbo jurídico difícil de ser superado no contexto internacional e nacional.

Por último, no contexto jurídico brasileiro atual, não resulta oportuno responsabilizar a IA pelo uso não autorizado de obras protegidas pelos direitos autorais. O status jurídico difuso ou inconcluso das IA frente às violações de direito autoral, não possibilita, que sua responsabilidade seja determinada. É um desafio considerável para os operadores do direito apontarem qual seria a melhor solução frente aos entraves da legislação existente. A impunidade prevalece.

REFERÊNCIAS

ABA. *Comments in Response to Draft Issues Paper on Intellectual Property and IA*. Genebra: OMPI, 2020.

BASSO, M. *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. 1era. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BRASIL. *Lei 9610 Lei de Direitos Autorais*. Diário Oficial. Brasília: [s.n.]. 1998. p. 10.

BRASIL. *Lei nº 10.406. Código Civil*. Diário Oficial. Brasília: [s.n.]. 2002. p.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*.

BRASIL. *Código Penal (Lei nº 10.695, de 1º.7.2003)*. Brasília : DOU, 2003.

BRASIL. *Lei 12.965 Marco Civil da Internet de 23 de abril de 2014*. Diário Oficial da União. Brasília. 2014. (1).

BRASIL. *Marco Civil da Internet. LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014*. Diário Oficial. Brasília. 2014.

CAVALIERI FILHO, S. Direito autoral e responsabilidade civil.. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 4, p. 43-50, jul 2001. ISSN 13.

CHAVHAN, P. M. K. A. H. *Artificial Intelligence in Agriculture: an emerging era or Research*. Department of Information Technology, Kavikulguru Institute of Technology and Science. Maharashtra, p. 7. 2019.

- FREITAS, J. F. & T. B. **Diriето e Inteligencia Artificial: em defesa do Humano**. 1era. ed. Belo Horizonte: Forum, v. 1, 2020.
- GERVAIS, D. J. The Machine as Author. *105 Iowa L. Rev.* 2053, Iowa, v. 105, p. 54, July 2020. ISSN 5.
- GOLDSCHMIDT, W. **Derecho internacional privado Derecho de la tolerancia**. 8a ed. Barcelona, 1992. Barcelona: Depalma, v. 8va, 1992.
- GUIDDES, A. **O mundo na era da Globalização**. 6ta. ed. Lisboa: Editora Presença, 2006.
- HRISTOV, K. Artificial Intelligence and the Copyright Dilemma. **IDEA: The IP Law Review**, New Hampshire, v. 57, p. 2017, jun 2020. ISSN 3.
- IRAMINA, A. Responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet por infrações a direitos autorais no Brasil: desafios e perspectivas. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**, São Paulo, v. 2, n. 4, jul/set 2019.
- JANE C. GINSBURG, L. A. Authors and Machines. **Columbia Law School Scholarship Archive**, New York, v. 34, p. 107, Juno 2019. ISSN 1.
- JOHN MCCARTHY, M. L. M. E. S. R. **A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence**. A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence. Hanover: [s.n.]. 1956. p. 17.
- KENJU TOSAKI, H. T. C. K. Report on AI and Copyright Issues by Japanese Government. **NO&T IP LAW Update**, Tokyo, v. 1, n. Nagashima Ohno & Tsunematsu, p. 7, abril 2024.
- LEVENDOWSKI, A. How copyright law can fix artificial intelligence's implicit bias problem. **Washington Law Review**, Washington, v. 93, n. 2, p. 630, jun 2018.
- LUTZI, T. **Internet Cases in EU Private International Law Developing a Coherent Approach**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- MCGROW, A. **Conceptualizing Global politics**. Cambridge: Polity Press, 1992.
- MEDINA, J. C. La muerte del principio de Lex loci protectionis. **Revista Científica UISRAEL**, Quito, v. 6, p. 20, Agosto 2019. ISSN 2.
- MEDINA, J. C. LA PIRATERIA DIGITAL EN CUBA: EL PAQUETE. **Revista de Direito UFMG**, Belo Horizonte, v. 80, p. 127, jul 2022.
- OMC. **Acordo Constitutivo da Organização Mundial de Comércio: Acordo de Marraqueche**. Criação da OMC. Marraqueche: OMC. 1994. p. 699.

OMC. **Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio**. 1era. ed. [S.l.]: OMC, v. I, 1994.

OMPI. **Convención de Berna (Modificación de 1979)**. Berna: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual 1886. Berna: OMPI. 1886.

OMPI. **Convenção que institue a criação da ORganização Mundial da Propriedade Intelectual**. Estocolmo : OMPI, 1967.

PAESANI, L. M. **Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PECUÁRIA, M. D. A. E. **BALANÇA COMERCIAL 2022-2023**. Ministério da Agricultura e Pecuária. Brasília, p. 3. 2023.

POLIDO, F. B. P. **O direito internacional da propriedade intelectual. Fundamentos principios e desafios**. 1era. ed. Rio de Janeiro: [s.n.], v. 1, 2013.

ROCHA, F. I. F. I. L. G. S.; LEMOS, R. (.). **Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros**. São Paulo: Atlas, 2014.

SANTOS, M. **Dirieto Autoral na era digital. Impactos,controversias e possíveis soluções**. 1era. ed. Sao Paulo: Saraiva, v. I, 2009.

SENFTLEBEN, M. Bridging the Differences between Copyright's Legal Traditions – The Emerging EC Fair Use Doctrine. **Journal of the Copyright Society of the U.S.A**, New York , v. 57, p. 521-552, 2010.

SIQUEIRA, M. R. B. D. **La regla de los tres pasos como norma interpretativa del derecho de autor: por una aplicación razonable de los limites a la propiedad intelectual**. 1era. ed. Madrid: Carlos III Madrid, v. I, 2015.

SMIERS, J. **Un mundo sin copyright**. Madrid: Tritant, 2000.

STELZER, J. **O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Jurubá, v. 1, 2009.

THALER, S. **The Creativity Machine Paradigm**. New York: Springer, v. 1, 2013.

TRIMBLE, M. The multiplicity of Copyright laws on the internet. **Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal**, Nevada, v. 25, p. 69, 2015. ISSN 2.

TURING, A. Computing amchinery and Intelligence. **Mind A Quarterly Review of Psychology and Philosophy**, v. 61, p. 28, Outubro 1950. ISSN 236.

UK. **The Copyright, Designs and Patents Act 1988**. Londres: UK, 1988.

USA. *Calder v. Jones*, 465 U.S. 783 (1984). U.S. Supreme Court. Washington. 1984. (1).

USA. US District Court for the Western District of Pennsylvania - 952 F. Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997). Distric Court. Pennsylvania. 1997. (1).

USA. *Public Views on Artificial Intelligence and Intellecntual Property Policy*. USPTO. Washington, p. 56. 2020.

USA. *Andy Warhol Foudantion for the visual Arts, Inc.v. Goldsmith et al.* SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Washington D.C, p. 87. 2023. (1).

USA. *Plaintiff Getty Images (US) v. Stability AI*. DISTRICT OF DELAWARE. Wilmington, p. 36. 2023. (1).

USA. *To Amen The South Carolina Code of law by Adding Sectio 39-5-190*. Tenesse: USA, 2024.

VAGTS, D. F. *Transnational business problems*. New York: The Foundation Press, 1986.

YANGFEI, Z. Court rules AI-written article has copyright. *Chinadaily.com*, Beijing, 9 janeiro 2020. 1.

YANISKY, R. Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright and Accountability in the 3A Era- the Human like Authors are already here. *Michigam State Law Review*, Michigam, jan. 2017. 684-689.

YOUNG, Y. J. L. &. J. C. Litigating Against the Artificially Intelligent Infringer. *Florida International Law Review*, Miami, v. 14, p. 259, jun 2020. ISSN 2.

Recebido em: 14/07/2023

Aprovado em: 24/06/2024

BIOMETRIA FACIAL E TECNOLOGIAS DE MONITORAMENTO À LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO TRABALHADOR: ASPECTOS DO CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA E DA SOCIEDADE DO CONTROLE NAS RELAÇÕES LABORAIS

FACIAL RECOGNITION AND MONITORING TECHNOLOGIES IN THE LIGHT OF WORKERS' PERSONALITY RIGHTS: ASPECTS OF SURVEILLANCE CAPITALISM AND THE CONTROL SOCIETY IN LABOR RELATIONS

LOURIVAL JOSÉ DE OLIVEIRA*
FABIANO FERNANDO DA SILVA**

RESUMO

O presente artigo apresenta um estudo crítico sobre a biometria facial e as tecnologias de controle e monitoramento do trabalhador e de sua produtividade no âmbito das relações laborais, sob a perspectiva da sociedade do controle e do capitalismo de vigilância, que constituem o marco teórico da pesquisa. Trata-se de um estudo teórico-doutrinário que, a partir de pesquisa bibliográfica, documental e empírica, investiga meios de monitoramento e vigilância utilizados pelo empregador que buscam sua fundamentação no poder diretivo. Como principal resultado, com ênfase no método dedutivo, a partir da vertente jurídico-sociológica, é possível afirmar que tais instrumentos tecnológicos violam o direito fundamental à privacidade, considerando-se a necessidade do pleno exercício da liberdade individual e da proteção, que se constituem nos temas principais da Lei de Proteção de Dados Pessoais.

PALAVRAS-CHAVE: Capitalismo de vigilância. Direito do trabalho. Sociedade de controle. Reconhecimento facial. Tecnologias de monitoramento.

ABSTRACT

This article presents a critical study on facial biometrics and technologies for controlling and monitoring workers and their productivity within the scope of labor relations, from the perspective of the control society and surveillance capitalism, which constitute the theoretical framework of the research. This is a theoretical-doctrinal study that, based on bibliographical, documentary and empirical research, investigates means of monitoring and surveillance used by the employer that seek its basis in the directive power. As a main result, with emphasis on the deductive method, from the legal-sociological aspect, it is possible to affirm that such technological instruments violate the fundamental right to privacy, considering the need for the full exercise of individual freedom and protection, which constitute on the main themes of the Personal Data Protection Law.

KEYWORDS: Surveillance capitalism. Labor law. Society of control. Facial recognition. Monitoring technologies.

* Doutor em Direito das Relações Sociais (PUC-SP); docente do Programa de Doutorado/Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina; docente do Curso de Graduação em Direito da mesma instituição; docente de vários Cursos de Especialização. E-mail: lourival.oliveira40@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6700-0820>

** Doutorando em Direito pela Universidade de Marília (São Paulo-SP, Brasil). Especialista em Direito e Processo Civil pelo Centro Universitário Cândido Rondon (Cuiabá-MT, Brasil), em Direito Administrativo e Administração Pública pela Universidade Federal de Mato Grosso (Cuiabá-MT, Brasil). Assessor Técnico Jurídico do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. E-mail: fabianofsilva28@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5050-080X>

1 INTRODUÇÃO

Em 1949, George Orwell publicou a obra *1984*, onde o autor britânico apresentou um cenário de vigilância e controle por meio do que chamou “Big Brother”, concepção explicada como sendo “imagens arquitetadas para que os olhos o seguissem sempre que você se movesse” (ORWELL, 1984, l. 8). Por meio de cartazes contendo a legenda “o Big Brother está de olho em você”, Orwell enuncia em sua obra um cenário onde tudo se escuta, por mais baixo que se sussurre, tudo é visto, e nada escapa aos olhos do Big Brother, pois todo movimento e som são captados, exceto os movimentos na escuridão.¹

A obra de Orwell serviu de base para inúmeros programas televisivos e filmes de ficção científica, que, focados na vigilância instantânea e integral das pessoas, se tornaram sucessos mundiais, a exemplo da franquia Big Brother, programa criado em 1999 por John de Mol, executivo e sócio da empresa holandesa Endemol, cuja mecânica consiste em selecionar pessoas para juntas, conviverem em uma casa vigiada por câmeras 24 horas por dia. No Brasil, tamanho sucesso de público e de *merchandising* – o que materializa o interesse social na política de vigilância e monitoramento da vida privada das pessoas – fez o *reality show* alcançar a sua 22ª edição.²

No cinema hollywoodiano, podem ser citadas obras como a franquia *Jogos Vorazes* e o longa-metragem *O show de Truman*, além de ser possível hoje verificar inúmeros programas de entretenimento destinados a monitorar os passos de participantes confinados 24 horas por dia, a exemplo de *The Circle* e *A fazenda*, dentre outros.³

Aquela realidade foi deslocada da ficção e do entretenimento, com filmes e *realities shows*. A frase enunciada constantemente na obra – “o Big Brother está de olho em você” – foi transportada para o mundo real, podendo ser vista em quaisquer lugares por onde as pessoas transitam, com o cartaz: “sorria, você está sendo filmado”. Não é incomum verificar essa frase estampada em cartazes espalhados por estabelecimentos, casas, repartições públicas, locais públicos e privados. Câmeras de segurança estão espalhadas por todos os lugares, o que ganha maior relevância no campo da segurança pública e no combate à criminalidade.

Ocorre que o surgimento de novos aparatos e a velocidade das inovações tecnológicas têm contribuído para a captação de dados sensíveis da população, como tem ocorrido com técnicas de inteligência artificial que captam biometria facial, sons e imagens, servindo para monitorar, em tempo real, os seus usuários. O reconhecimento facial tem sido utilizado pelas polícias de vários países

1 ORWELL, 1984, l a 10

2 BIG BROTHER, 2022

3 LOURENÇO, 2020

mundo afora, o que tem rendido severo debate sobre a proteção dos dados pessoais. Novas formas de vigilância e controle têm sido desenvolvidas com rapidez em um mundo de governança e biopoder, de modo que a geopolítica atual demanda a apuração de novos desafios, novas abordagens e um novo olhar para a pesquisa em vários campos, como o do Direito do Trabalho.

O Direito do Trabalho tem sido influenciado pelas novas tecnologias. Novas e modernas técnicas de vigilância e controle têm sido utilizadas em outros países e no Brasil, por força da desterritorialização. Valendo-se do capitalismo de vigilância, no contexto da sociedade do controle, o empregador tem feito uso de biometria facial e técnicas de vigilância, monitoramento e controle do trabalhador e de sua jornada e sua produtividade.

As citadas práticas aqui relacionadas estariam violando o direito fundamental à privacidade ou até à intimidade, constantes de forma expressa principalmente no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal? Ou no caso das relações de trabalho, as mesmas práticas ganham uma espécie de autorização em face do poder diretivo do empregador?

Objetiva-se, nesta pesquisa apresentar reflexões jurídicas sobre a biometria facial e as tecnologias de controle e monitoramento do trabalhador, de sua jornada de trabalho e de sua produtividade no âmbito das relações laborais, sob a perspectiva da sociedade do controle e do capitalismo de vigilância, os quais constituem o marco teórico da pesquisa. Pretende-se confrontar a utilização de tais tecnologias com os direitos da personalidade do trabalhador, levando em consideração principalmente a Lei Geral de Proteção de Dados, Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018, levando-se em conta principalmente o princípio da proteção.

Para tanto, o trabalho divide-se em quatro eixos. No primeiro, são tecidas breves considerações sobre o capitalismo de vigilância e a sociedade do controle, construindo-se um panorama da economia digital e do processo de monitoramento e controle do trabalhador. No segundo, apresenta-se uma constatação empírica do uso de biometria facial e tecnologias de monitoramento do trabalhador e de sua jornada de trabalho e produtividade, por meio do exame de casos concretos. O terceiro eixo destina-se a analisar a subordinação hierárquica e os limites impostos ao poder diretivo do empregador pelos direitos da personalidade e pelo princípio da proteção do empregado. No último eixo, analisa-se o uso das tecnologias de controle de produtividade e monitoramento do empregado à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

Trata-se de um estudo teórico-doutrinário que, a partir de pesquisa bibliográfica, documental e empírica, investiga meios de controle e vigilância utilizados pelo empregador, com fulcro no poder diretivo.

2. CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA E SOCIEDADE DO CONTROLE: O PANORAMA DA ECONOMIA DIGITAL E A DISRUPÇÃO TECNOLÓGICA

Desde o romance de Orwell, a concepção de vigilância aumentou seu espectro. Naquela obra, embora em constante estado de vigilância, o Big Brother não era capaz de acompanhar os passos e movimentos noturnos. Todavia, hoje, graças à evolução tecnológica, a tecnologia de visão noturna faz com que nada escape aos olhos do Big Brother, de modo que a vigilância e o controle se tornam absolutos, graças às câmeras e microfones instalados em quaisquer lugares, conforme demonstram os *reality shows* citados e as obras hollywoodianas.

Essa alegoria serve para demonstrar uma constatação empírica: as tecnologias de vigilância e controle são uma realidade e têm sido utilizadas em quaisquer searas da sociedade. Tamanha é a importância da temática, que foi constituída uma Rede Latino-Americana de Estudos sobre Vigilância, Tecnologia e Sociedade, conhecida como LAVITS, para debater e refletir sobre essa realidade.⁴

Para compreensão do tema, mostra-se imprescindível dissertar acerca da sociedade de vigilância e controle, iniciando-se pela política de captura de dados e monitoramento do tempo:

Essa é uma nova fronteira de negócios composta do conhecimento sobre o comportamento em tempo real, que cria oportunidades para intervir nesse comportamento e modificá-lo objetivando lucro. [...] Isso é o que chamo de negócio da realidade e reflete uma evolução na fronteira da ciência de dados, indo da mineração de dados para a mineração da realidade, na qual [...] sensores, telefones celulares e outros dispositivos de captura de dados fornecem os “olhos e ouvidos” de um “organismo vivo global” a partir de um “ponto de vista de Deus”.⁵

Essas tessituras proporcionadas pelo desenvolvimento de novas tecnologias entrelaçam-se com as distorções de suas funcionalidades em razão da biopolítica vigente no contexto social, que, no caso, é moldado pela política de acumulação. Permeada por essa lógica capitalista, a vigilância que a marca decorre da necessidade de dominação dos dados, tanto objetivos quanto subjetivos, dos indivíduos e do seu ambiente, com a finalidade de “conhecer, controlar e modificar comportamentos para produzir novas variedades de mercantilização, monetização e controle”.⁶

Por capitalismo de vigilância, deve-se entender o sistema vigente que domina dados, os capta e os utiliza para dominar comportamentos e direcionar condutas. Assim pode ser resumida sua concepção:

4 LAVITS, 2022.

5 ZUBOFF, 2018, p. 55.

6 ZUBOFF, 2018, p. 57.

Esses desenvolvimentos tornaram-se a base para uma nova lógica de acumulação totalmente institucionalizada que chamo de capitalismo de vigilância. Nesse novo regime, a arquitetura global da mediação por computador transforma o texto eletrônico, anteriormente delimitado dentro das organizações, em um organismo global inteligente que chamo de Big Other. Nossas possibilidades de subjugação são produzidas à medida que essa lógica institucional inovadora prospera em mecanismos inesperados e ilegíveis de extração e controle que exilam as pessoas de seus próprios comportamentos.⁷

No âmbito da sociedade de controle e de vigilância, norteadas por um capitalismo igualmente de controle e de vigilância, o uso de tecnologias no âmbito laboral para vigiar e monitorar o trabalhador e sua produtividade tem se destacado, estabelecendo uma espécie de poder soberano. Trata-se, na verdade, de um poder tendente a vigiar para dominar, e nisso a tecnologia tem importante papel. O papel da tecnologia é **assim questionado**: “será ela um objeto de desenvolvimento da qualidade da produção? Ou será um instrumento regulador do trabalho, sensivelmente imposto pela administração?”⁸

Explicando-se a sociedade de controle e respondendo as indagações acima formuladas, pode-se assim resumir o comportamento do trabalhador frente a essas tecnologias:

É visível que dentro dos modelos organizacionais, o operário é adestrado, de maneira a interiorizar cada vez mais conceitos, tais como, produtividade, capacitação, otimização, qualidade total, dentre outros. Nestas entrelinhas identifica-se o velho modelo alicerçando as novas práticas de trabalho. Para a administração é interessante e necessário manter o trabalhador sob juízo, mas de maneira que os mesmos estejam alienados e não se sintam coibidos ao sistema, e sim incorporado.⁹

Os riscos decorrentes do exercício de uma vigilância social, agora também no campo do trabalho, podem assim ser explicados:

A arquitetura automatizada e ubíqua do Big Other, sua derivação em ativos de vigilância e seu funcionamento como vigilância difusa se destacam entre outras novas características surpreendentes dessa lógica de acumulação. Esse novo panorama prejudica a relação histórica entre mercados e democracias, pois estrutura a empresa como formalmente indiferente e radicalmente distante das suas populações.¹⁰

Continua a autora, explicando sua crítica à vigilância, critério que marca a sociedade contemporânea:

O capitalismo de vigilância é imune às reciprocidades tradicionais que uniam populações e capitalistas, necessitados uns dos outros para o emprego e para o aumento do consumo. Nesse novo modelo, as populações são alvo de extra-

7 ZUBOFF, 2018, p. 58.

8 FERREIRA, 2019, p. 20.

9 FERREIRA, 2019, p. 20.

10 ZUBOFF, 2018, p. 59.

ção de dados. Esse descolamento radical do social é outro aspecto do caráter antidemocrático do capitalismo de vigilância. Sob o capitalismo de vigilância, a democracia não funciona mais como um meio para a prosperidade; na verdade, ela ameaça as receitas de vigilância.¹¹

O recorte metodológico deste trabalho, pois, é averiguar por meio de pesquisa teórica e empírica quais tipos de tecnologias têm sido utilizados no ambiente laboral, em regime presencial ou em teletrabalho, para fazer um exame de sua conformidade com os direitos do trabalhador, atentando-se para o fato de que o empregador, como bom capitalista, não alterará sua conduta, a menos que haja imposição que fuja à sua vontade:

Parece claro que as ondas de processos legais estourando na costa da nova fortaleza de vigilância provavelmente não alterarão o comportamento dos capitalistas de vigilância. A própria lógica de acumulação responsável pelo rápido aumento de uma riqueza sem tamanho e por concentrações históricas de poder seria prejudicada se os capitalistas de vigilância abandonassem suas práticas postas em xeque pelas demandas das partes prejudicadas.¹²

Com efeito, objetiva-se analisar tais tecnologias, que marcam o capitalismo de vigilância rendendo controle do empregador sobre o empregado, e apurar como têm afetado a sociedade do trabalho. Isso atentos ao fato de que “o capitalismo de vigilância estabelece uma nova forma de poder em que o contrato e o Estado de direito são suplantados pelas recompensas e punições de um novo tipo de mão invisível”.¹³ Apurar como essa nova mão invisível do mercado tem atuado e examinar quais os desafios à sociedade do emprego e ao Direito do Trabalho do futuro são as preocupações das linhas que se seguem.

3. O USO DE BIOMETRIA FACIAL E DE TECNOLOGIAS DE MONITORAMENTO DO TRABALHADOR E DE SUA PRODUTIVIDADE: UMA CONSTATAÇÃO EMPÍRICA

Importante trazer à baila uma crítica à concepção que separa ciência – considerada comumente como sendo o conhecimento necessário à produção de bens e serviços – da tecnologia – tida comumente como sendo a aplicação da ciência.

Há quem não aceita tal diferenciação e prega a necessária adoção da concepção de tecnociência, pois nega que a ciência deva ser concebida como uma verdade boa, universal e neutra – não contaminada por valores e interesses – e que seja a tecnologia a responsável por materializar valores e interesses da propriedade privada e da exploração do trabalho, anseio que justifica por meio da exposição de como ocorreu a “expropriação do conhecimento que possuía

11 ZUBOFF, 2018, p. 59.

12 ZUBOFF, 2018, p. 60.

13 ZUBOFF, 2018, p. 46.

o trabalhador na passagem do feudalismo para o capitalismo”.¹⁴ Acerca desta realidade e da construção social dessa divisão entre ciência e tecnologia, assevera o seguinte:

Entendi como a história da tecnociência capitalista se iniciava com a expropriação do saber originário do trabalhador direto e continuava com o seu aperfeiçoamento, que resultava da ação do proprietário dos meios de produção sobre o processo de trabalho para ajustar a produção de bens e serviços às demandas que derivavam da sua interação com os consumidores e com os seus competidores. E que, quando necessário – por razões de custo, escala, incerteza etc. – a experimentação controlada, a sistematização e a codificação desse resultado cognitivo poderiam ocorrer fora do ambiente da produção, em espaços especializados, para voltar a ele com maior eficiência.¹⁵

Continua o autor a apresentar as razões pelas quais foram sendo propagadas as concepções do senso comum a respeito da divisão entre ciência e tecnologia:

Percebi que se tendia a instaurar um círculo virtuoso que abarcava outros territórios que não os da produção e do consumo, como o espaço universitário, pouco submetidos à lógica do capital. Dessa forma, eu fui me convencendo de que a trajetória da tecnociência capitalista nada tem a ver com “buscar a verdade” via o “avanço da ciência” ou, apoiando-se nela, produzir com “eficiência” bens e serviços melhores e mais baratos mediante o desenvolvimento tecnológico. E que o surgimento e expansão das organizações especializadas – públicas ou privadas – onde eu me situava, orientadas ao ensino e à pesquisa, e a receber os filhos e afilhados da classe proprietária, eram tão-somente uma faceta daquela trajetória.¹⁶

Postas tais considerações a fim de justificar como se deu a expropriação do conhecimento de que possuía o trabalhador na transição do sistema feudal para o sistema de capital – o que é necessário entender, para então compreender a inserção de tecnologias no âmbito laboral –, calha adentrar no foco desta seção, qual seja, examinar as tecnologias de reconhecimento facial e de monitoramento do trabalhador, o que se faz mediante análise de casos empíricos.

No caso da tecnologia de reconhecimento facial, também chamada de biometria facial, faz-se preciso utilizar, ante o caráter interdisciplinar, a ciência da engenharia tecnológica para explicar o seu funcionamento, a fim de conhecer como tem sido utilizada na relação laboral. Assim podem ser explicados o uso e o funcionamento dessa tecnologia:

O reconhecimento se dá através da imagem adquirida da face, que basicamente pode ser do tipo bidimensional ou tridimensional. Medidas geométricas da face, como distâncias entre olhos e nariz, curvatura da boca e outras ou como o uso de imagens da face como um todo são algumas das técnicas usadas na

14 DAGMINO, 2019, p. 49.

15 DAGMINO, 2019, p. 50.

16 DAGNINO, 2019, p. 50.

classificação de faces. É um sistema essencialmente inspirado na biologia visto ser esta a maneira com que os humanos reconhecem os seus semelhantes.¹⁷

Outra observação necessária é que esse tipo de tecnologia tem sido utilizado para substituir as tradicionais e ultrapassadas formas de controle de ponto dos trabalhadores, a fim de exercer o poder de fiscalização e hierarquia do qual o empregador está investido. Sabe-se que, na história do trabalho, o controle da jornada e da produtividade do trabalhador sempre foi necessário. Primeiro, utilizou-se, para tanto, o controle manual da jornada, oportunidade em que um outro empregado ou mesmo o próprio trabalhador, mediante conferência, fazia o registro de entrada e saída do empregado do ambiente laboral.

Posteriormente, com o avanço tecnológico, instalaram-se formas mecânicas de registro de jornada, como o relógio manual e o uso de crachá, o qual, todavia, podia permitir o registro de um trabalhador para outro, mediante a cessão do cartão de ponto. Com isso, seguindo os rumos tecnológicos, surgiu a até então mais avançada forma de registro de ponto, a biometria da digital, que, devido a supostas falhas, dificuldades de leitura, formação de filas e otimização de tempo, cede lugar, agora, à biometria por reconhecimento facial, com a promessa de ser muito mais eficiente, segura e célere, reduzindo filas gigantes em estabelecimentos com muitos empregados.

As tecnologias de monitoramento disponíveis no mercado não se resumem ao reconhecimento facial para registro de ponto. Ao contrário, tem-se visto uma gama de novas tecnologias que estão sendo aliadas do empregador para dirigir os rumos do estabelecimento, com o intuito de melhorar a qualidade do serviço prestado e a produtividade, permitindo a otimização de resultados.

Para se ter a real dimensão do assunto, em 2013, o *The Wall Street Journal* publicou uma matéria na qual noticiou que o Bank of America Corp. se propôs a investigar a importância do transcurso do tempo durante o trabalho prestado fisicamente na empresa, razão por que solicitou que aproximadamente 90 empregados das centrais de atendimento a clientes fizessem uso de um crachá equipado com pequenos sensores, destinados a registrar seus movimentos e o tom de suas conversas, o que permitiu identificar falhas operacionais e técnicas de melhoria na motivação dos empregados.¹⁸

O que era apenas um teste converteu-se em realidade e, hoje, empresas “estão recorrendo a dispositivos de monitoramento para coletar informações em tempo real sobre como as equipes de funcionários trabalham e interagem”. Sensores, “que podem ser pendurados no pescoço ou instalados em móveis de escritório, registram quantas vezes os funcionários se levantam, consultam outras equipes e fazem reuniões”.¹⁹ Esse novo aparato tecnológico, inserido no

17 ZIMMERMAN, 2003, p. 37.

18 SILVERMAN, 2013.

19 SILVERMAN, 2013.

ambiente laboral, tem sido chamado de “big brother no trabalho” e consiste em um aparelho semelhante a um crachá, que tem a finalidade de monitorar os movimentos e avaliar conversas dos funcionários de uma empresa. Em 2014, o SociometricBadge – o crachá – passou a ser usado por 5 mil funcionários, de 20 empresas americanas. Dentre suas funcionalidades, registra “com quem e o quanto o empregado fala, quanto tempo caminha e quanto fica sentado, avalia a sua linguagem corporal, mede a distância entre ele e os colegas e, claro, dá a localização de todo mundo de mãos beijadas para o chefe”.²⁰

Não deve ser esquecido que as tecnologias de monitoramento em tempo real do trabalhador e sua produtividade. Um exemplo disso tem sido o uso de *softwares* para acompanhar o trabalho do funcionário dentro da empresa ou em teletrabalho, possibilitando que o empregador veja tudo aquilo que é visto pelo empregado.

Em 21 dezembro de 2021, a BBC publicou a denúncia de um funcionário, engenheiro de uma empresa, sobre um esquema de monitoramento remoto dos funcionários em teletrabalho, não somente quanto à produtividade, mas visualmente, por meio de *webcam*, em verdadeiro estágio de vigilância e controle da residência, inclusive em horário estranho ao expediente. Relatou o funcionário que, ao deslocar-se até o gerente, verificou que ele tinha acesso à tela de cada empregado e ao seu ambiente de trabalho por meio de *webcam*. Na linha do capitalismo de vigilância e controle, declarou o funcionário que o monitoramento “é um jeito muito obtuso e despersonalizante de tentar garantir que as pessoas se comportem da forma como a empresa deseja”, o que é corroborado por previsão do Instituto para o Futuro do Trabalho, segundo o qual “o crescimento da vigilância está ‘aumentando a pressão’ sobre os funcionários”).²¹ Diante daquela denúncia, o Sindicato Britânico Prospect tem defendido a produção de “normas regulatórias mais rígidas em torno do uso de tecnologia de monitoramento de funcionários”, especialmente porque um levantamento com “2,4 mil trabalhadores britânicos indica que 32% dos entrevistados no Reino Unido estão atualmente sendo monitorados por suas empresas”.²²

Essa realidade também chamou a atenção da Information Commissioner’s Office (ICO), agência encarregada do assunto no Reino Unido, que recomendou que as empresas deixem claro aos funcionários quando e por qual razão eles estão sendo monitorados, “considerem os potenciais efeitos negativos de monitorar seus funcionários e avaliem ferramentas menos intrusivas, pedindo a funcionários que reportem suas atividades por e-mail ou telefone”. O Sindicato tem protestado contra essa vigilância e pretende que o governo britânico declare

20 BECKER, 2014.

21 PARKINSON, 2021.

22 PARKINSON, 2021.

a ilegalidade do uso de *webcams* para o monitoramento de empregados em teletrabalho, à exceção do seu uso para reuniões e chamadas virtuais.²³

Outro tipo de tecnologia, muito mais invasiva, tem sido utilizado para vigiar e monitorar o trabalhador: o implante de *microchips*. Com a proposta de substituir crachás e pontos eletrônicos, assim como monitorar a produtividade, a jornada e as horas de trabalho e a própria saúde do trabalhador, a implantação de *microchips* em trabalhadores já é uma realidade em alguns países, como Suécia, Bélgica e Estados Unidos, sendo uma promessa de implantação no Brasil.²⁴ Na linha de investigação acerca dos limites morais e éticos da utilização de *microchips* implantados em trabalhadores, é possível citar, a título de investigação do estado da arte, duas recentes pesquisas científicas.

Em uma delas, chega-se à conclusão de que, ainda que a implantação de *chips* no trabalhador venha a ser admitida legalmente, é preciso questionar “a pertinência ética e de garantia dos direitos fundamentais envolvidos, pois, não restam dúvidas, de que o implante de chip invade a privacidade e a intimidade das pessoas que trabalham, porquanto sua localização geográfica e o monitoramento de seus dados pessoais e sensíveis estarão constantemente sob domínio do empregador/empresa”.²⁵

Em outra pesquisa, além dos aspectos morais e éticos, ponderam-se o direito à integridade física do trabalhador e a proteção de dados: “a implantação de microchips pode ser considerada uma invasão ao corpo da pessoa, por ser implantado de forma subcutânea. As informações que esses microchips podem conter podem violar os direitos da personalidade do indivíduo e, novamente, não há como saber quais pessoas poderão ter acesso às informações contidas nos microchips”.²⁶

Com efeito, por meio de tais demonstrações empíricas, restam expostos os embasamentos para justificar a necessidade de reflexão sobre tecnologias de monitoramento do empregado e sua produtividade – ainda mais quando podem refletir-se na própria integridade física, ainda que consentida, do empregado –, assim como de exame de uma atividade empresarial voltada para a ética, atentando-se para quais fatores e normas impõem limites a esse atuar do empregador, também chamado de poder diretivo.

23 PARKINSON, 2021.

24 SENRA, 2021; SOUZA, 2017.

25 STOLZ; ESTRADA, 2021, p. 345.

26 WÜNSCH; PAVONI, 2020, p. 248.

4. A SUBORDINAÇÃO HIERÁRQUICA E OS LIMITES IMPOSTOS AO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR PELOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E PELO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO EMPREGADO

O vínculo jurídico estabelecido entre empregador e empregado constitui-se como uma importante relação social que os liga por meio da manifestação de vontade e cuja disciplina se dá por meio da norma jurídica. Por depender da vontade das partes, a qual é externada no momento da formação do vínculo, trata-se de uma relação negocial que reduz a possibilidade de autodeterminação das partes, submetendo-as ao alvedrio das normas jurídicas.²⁷

Com efeito, a partir do vínculo contratual estabelecido entre dador e tomador de trabalho, verifica-se a desproporção existente nessa relação, pois o empregado adentra no estabelecimento empresarial para seguir ordens e está submetido às regras de hierarquia e disciplina impostas pelo empregador, justificando a necessidade de proteção:

O envolvimento significa a inserção do trabalhador na organização empregadora na qual, sob o poder de direção e disciplina do empregador, põe-se como subordinado, situação essa que por si já justifica a proteção aos seus direitos não só materiais, mas, também, de personalidade, estes mais expostos quando alguém entra numa organização alheia para cumprir ordens de serviço e de disciplina que dela emanam [...].²⁸

Também não pode ser esquecido a dependência econômica existente para o empregado em relação ao seu empregador, por conta que o resultado do trabalho acaba muitas vezes a ser a única fonte de recursos para a manutenção sua e de sua família, promovendo assim no empregado um certo “medo” de perder o emprego, ainda que desrespeitados os seus direitos.

Três são os poderes conferidos ao empregador por conta da relação jurídica travada: poder de organização da atividade, poder de controle sobre o trabalho e poder disciplinar sobre o empregado. O primeiro está ligado aos fatores de produção e aos fins empresariais, cabendo ao empregador “determinar normas de caráter técnico às quais o empregado está subordinado”. O segundo confere ao empregador os poderes necessários à fiscalização do trabalho do empregado, pois, havendo subordinação, a atividade deve ser exercida de acordo com o que pretende o empregador. Por esse poder, “a fiscalização é inerente ao poder diretivo e alcança, desde que razoável, o modo como o trabalho é prestado e o comportamento do trabalhador”. O terceiro poder – o poder disciplinar – “é o direito do empregador de exercer a sua autoridade sobre o trabalho de

27 NASCIMENTO, 2011, p. 347.

28 NASCIMENTO, 2011, p. 350.

outro, de dirigir a sua atividade, de dar-lhe ordens de serviço e de impor sanções disciplinares”.²⁹

Essa subordinação é pressuposto intrínseco da relação de emprego, o que confere ao empregador poderes sobre a relação, visando a otimizar objetivos e metas a serem alcançados. Para tanto, o próprio Direito do Trabalho reconhece o poder de direção, o poder de disciplina e o poder regulamentar do empregador. Por isso, este fixa “normas gerais de rotina de trabalho, define funções, horários, transferências, critérios de promoções que encontram na figura do abuso do direito seu limite” (Nascimento, 2011, p. 351).

Resta averiguar, pois, se no caso pesquisado as tecnologias de vigilância e monitoramento são compatíveis com o direito e se há óbices à sua irrestrita utilização no ambiente de trabalho. É preciso entender, primeiro, que, da mesma forma que o empregador tem o direito de fiscalizar seus empregados, os empregados têm direito à privacidade, e qualquer medida de rastreamento deve ser restrita ao gerenciamento das atividades profissionais, nunca da vida privada do empregado, limitando direitos que integram a sua personalidade.

O uso da tecnologia para vigiar e monitorar o trabalhador encontra limites no abuso de direito, devendo-se analisar os direitos da personalidade, que se encontram principalmente contidos no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, destacando-se o princípio da proteção como limitadores do poder diretivo do empregador. Isso porque, mesmo que o trabalhador seja subordinado e que o poder diretivo seja uma marca da relação de emprego, o empregador tem direito de determinar como a atividade deve ser exercida, e não sobre a pessoa do empregado e aspectos de sua personalidade.

É preciso analisar as tecnologias de monitoramento à luz do princípio da proteção do trabalhador. Isso se faz necessário porque o contrato de trabalho, ao contrário dos demais pactos de vontade, implica a necessária vinculação do seu objeto à pessoa física do contratante, tratando-se de uma obrigação de fazer, na medida em que compromete e vincula a própria pessoa do trabalhador com um fazer consistente na prestação do serviço por meio da força de trabalho, de caráter pessoal (*intuito persona*).³⁰

O princípio da proteção, como sendo a viga mestre dentre os princípios do Direito do Trabalho, é visto como um compensador da desproporcionalidade existente entre as partes da relação laboral. Visa ele a compensar a superioridade do empregador sobre o empregado, conferindo a este superioridade jurídica ao compensar sua inferioridade econômica. O princípio protetor visa a dar cabo às desigualdades entre as partes da relação laboral, pois se encontram em patamares diversos (Martins, 2021, p. 131).

29 NASCIMENTO, 2011, p. 371.

30 NASCIMENTO, 2011, p. 335/336.

Nesse contexto, ao confrontarem-se os efeitos provocados pelas tecnologias de vigilância e o controle que é exercido sobre o empregado, verifica-se uma grave violação aos direitos da personalidade dos empregados, assim como com os princípios norteadores da atividade econômica.

No âmbito internacional, o Tratado de Versalhes elenca princípios fundamentais do Direito do Trabalho. O primeiro deles, previsto no artigo 427, inciso I, exige que o trabalho não seja considerado como mercadoria ou artigo de comércio, o que encontra correlação com o princípio da liberdade de trabalho, previsto no artigo 5º, XIII, da Constituição Federal, não se admitindo trabalho escravo ou servil (Martins, 2021, p. 130).

Sustentáculo de todo e qualquer direito, a CF elenca a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), de modo que não se pode negar ao trabalhador a dignidade que é inerente à pessoa humana. Conferindo maior rigor à dignidade do trabalhador, a CF também elenca como fundamento do Estado Democrático de Direito “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (art. 1º, IV), o que repete ao tratar dos princípios da ordem econômica (art. 170) (Brasil, 1988).

A valorização do trabalho humano é, pois, fundamento tanto da República brasileira quanto da ordem econômica e decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, irradiando efeitos para a relação de trabalho, a qual não pode prescindir dos direitos da personalidade do empregado:

[...] dada a indissociabilidade entre o trabalho e a pessoa que trabalha, o contrato acaba por envolver com maior amplitude direitos de personalidade e um sistema de proteção maior não só ao trabalho como atividade do ser humano, mas ao ser humano que trabalha e tem direitos fundamentais como todo cidadão, que pode pôr em risco com o trabalho a sua vida, a sua integridade física e a sua saúde, dedicando grande parte do seu tempo não para o lazer e as recreações culturais, mas para o emprego.³¹

Como aspecto da dignidade humana, o trabalhador tem direito à intimidade, vida privada, imagem e livre manifestação de pensamento, exercendo livremente, nos limites do poder diretivo, o seu labor, sem pressões e interferências desmedidas do empregador que possam causar-lhe pressão desnecessária pelo monitoramento constante e integral, prejudicando a sua própria liberdade criativa, inerente ao desempenho do trabalho:

Considera primordiais da pessoa física o direito à própria imagem e o direito à honra, as liberdades civis, as liberdades físicas ou individuais – a liberdade de locomoção, liberdade de fazer e não fazer e inviolabilidade do domicílio – as liberdades morais – a liberdade de modo de vida, liberdade e esfera de intimidade e liberdade de consciência – e as liberdades profissionais.³²

31 NASCIMENTO, 2011, p. 336.

32 NASCIMENTO, 2011, p. 394.

Essa vertente dos direitos humanos não pode sofrer restrição pelo poder diretivo do empregador, não se admitindo supressão de direitos da personalidade. Por isso, é necessário discutir o princípio da eticidade empresarial.

[...] a ética empresarial é o posicionamento da empresa referente aos empregados, clientes, comunidade e investidores, ou seja, basicamente se coloca como um tipo de conceito moral e de virtudes aceitáveis dentro do contrato social, que parte do pressuposto do respeito coletivo para se manter uma plenitude, de relações arregimentadas por lei. Para se atingir uma posição mais ética possível, se faz necessário que suas escolhas e decisões devam seguir por um padrão que prime por um maior número de valores morais, que está baseado no tripé, lei, valores humanos e interesses próprios.³³

Com isso, justifica-se a intervenção estatal, por força do princípio da proteção, em favor do trabalhador, haja vista que não é apenas a energia humana empregada no labor que constitui o objeto do contrato de trabalho, mas o próprio trabalhador, devendo-se adotar práticas de gerenciamento de jornada de trabalho e controle do trabalhador e de sua produtividade mais adequadas e éticas.

Por isso, é preciso direcionar o princípio da proteção para fazer valer os direitos do trabalhador frente às tecnologias de vigilância e controle. Estas, por vezes, dissociadas da finalidade de posicionar o trabalho como elemento integrador da dignidade humana, conferem ao trabalhador a qualidade de mera mercadoria a serviço do capital, uma mera peça do modo de produção, assim provocando retrocesso social.

5. OS FINS JUSTIFICAM OS MEIOS? O USO DAS TECNOLOGIAS DE CONTROLE DE PRODUTIVIDADE E MONITORAMENTO DO EMPREGADO À LUZ DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD)

O presente item da pesquisa destina-se à reflexão sobre o questionamento destacado: os fins justificam os meios? Com isso, quer-se investigar qual o fundamento para a utilização de técnicas de reconhecimento facial e de outras tecnologias de monitoramento e controle do empregado/trabalhador.

Indaga-se: qual a finalidade de utilização das tecnologias em estudo? Essa finalidade mostra-se justificada e proporcional aos meios utilizados? Monitorar, vigiar e controlar o empregado por meio de técnicas modernas de tecnologia são condutas compatíveis com a LGPD e com o princípio da proteção do trabalhador?

Em primeiro, faz-se necessário esclarecer que, ao captar-se a imagem do trabalhador, por gravação de imagem ou reconhecimento facial, estão-se coletando dados, assim como quando se está filmando, gravando áudio,

33 FERREIRA, 2019, p. 22.

seguindo-o por meio de sensores e GPS. Tratando-se de dados, imperioso é a correta adequação à Lei n.º 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados. O empregador não pode fugir da aplicabilidade dessa lei, uma vez que ela disciplina, nos termos do artigo 1º, o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, com a finalidade de proteger direitos fundamentais de liberdade e privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

A LGPD, no artigo 5º, define e distingue dado pessoal – informação relacionada a uma pessoa natural identificada ou identificável – de dado pessoal sensível (inciso I) – dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico (inciso II).

Por tratamento de dados, deve-se entender, nos termos do inciso X do artigo 5º, da LGPD, toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

Não há dúvidas, por assim dizer, de que a utilização das tecnologias de vigilância e controle nas relações laborais, analisadas anteriormente, envolvem a manipulação de dados pessoais do trabalhador, devendo-se, portanto, respeito às normas da LGPD.

No artigo 2º, a referida lei estabelece que a proteção de dados será disciplinada, observando-se, como fundamentos, o respeito à privacidade (inciso I), a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião (inciso III), a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem (inciso IV) e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania (inciso VII).

Não se evidencia, pela própria natureza, que o uso das tecnologias de reconhecimento facial, tecnologias de monitoramento, espelhamento de tela do computador do trabalhador, sensores e GPS, gravador de voz e *webcam* no local de trabalho, na empresa ou, mais ainda, na casa do trabalhador, implique respeito aos incisos acima mencionados. Impor ao trabalhador o uso de tecnologias que o monitorem durante toda a jornada de trabalho, captando suas imagens e voz, assim como monitorando seus passos por meio de GPS, evidencia verdadeira coação moral, na medida em que cerceia o empregador de sua privacidade, imagem, liberdade de expressão e da própria intimidade.

É bem verdade que a falta de informações precisas sobre quais dessas tecnologias já estão em uso do Brasil se constitui em um fator limitador da pesquisa. No entanto, essa limitação não retira a importância deste debate. Como

demonstrado anteriormente, existem empresas especializadas em fornecimento de *softwares* para controle de jornada de trabalho por reconhecimento facial, para implantação de tecnologias de monitoramento de trabalhadores externos por GPS, além de uma gama de outras tecnologias que têm revolucionado o setor de Recursos Humanos e o processo de tomada de decisões sobre os rumos empresariais utilizando algoritmos.

Não se mostra evidenciada a correta proporcionalidade entre as finalidades a serem alcançadas e o uso de tal tipo de tecnologia, o que viola tanto os fundamentos acima indicados (art. 2º) quanto a necessidade de correta adequação entre os fins e os meios (art. 6º). Isso porque, além de exigir a boa-fé para tratamento de dados, este último artigo exige respeito aos princípios de finalidade, adequação e necessidade.

Por finalidade, entende-se a “realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades”. Por adequação, tem-se a “compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento”. Por necessidade, entende-se a “limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados”.

Com efeito, as tecnologias empregadas para vigiar, monitorar e controlar o empregado não respeitam tais princípios da LGPD. Violam a finalidade porque os propósitos não são legítimos, pois afrontam direitos da personalidade do trabalhador, os quais são irrenunciáveis. Portanto, ainda que tenha autorizado o monitoramento – o que certamente ocorre por submissão e medo de perda do trabalho –, será possível discutir o fato, uma vez que o ato ilícito não se convola em ato lícito ante a hipossuficiência do trabalhador.

Também violam a adequação e a necessidade, pois o monitoramento integral e irrestrito, por sons e imagens, captação de dados e reconhecimento facial, se mostram exagerados para as finalidades pretendidas, podendo haver a utilização de tecnologias menos intrusivas e invasivas, que não coloquem o trabalhador em estado de vigilância e pressão contínuos, prejudicando a sua própria paz de espírito e psique.

Outrossim, sendo possível a utilização de tecnologias menos invasivas, é preciso ter em mira a necessária autorização do trabalhador para a utilização de tecnologias de vigilância, monitoramento e controle, notadamente aquelas que se destinem a tratamento de dados pessoais. Nos termos do artigo 8º da LGPD, resta demonstrada a preocupação do legislador com a clareza das informações repassadas ao trabalhador, na medida em que veda o tratamento de dados pessoais mediante vício do consentimento (§4º), exigindo consentimento por forma escrita ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade

do titular (caput) e mediante a possibilidade de revogação do consentimento a qualquer tempo (§5º).

Com efeito, considerando-se que, nos termos do artigo 10 da LGPD, o legítimo interesse do controlador somente poderá fundamentar tratamento de dados pessoais para finalidades legítimas, consideradas a partir de situações concretas, não se antevê, a partir da pesquisa realizada, a justificação necessária para o uso das tecnologias aqui investigadas, as quais violam tanto o princípio da proteção quanto direitos da personalidade, assim como as normas protetivas da LGPD.

6. CONCLUSÃO

A forma como a tecnologia está sendo empregada nas relações de emprego, conforme a pesquisa empírica realizada, conduz à vigilância e ao controle do empregador sobre o empregado, com desrespeito a princípios básicos de proteção do trabalho e violação dos direitos da personalidade do trabalhador, contido principalmente no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal.

As novas tecnologias de vigilância e controle inseridas no âmbito laboral, muitas vezes estão destituídas de fundamento lógico, sendo decorrentes do mero poder diretivo do empregador empregado de forma ilimitada. Tecnologias de reconhecimento facial, *softwares* de monitoramento de produtividade e da própria pessoa do trabalhador, com dispositivos de *webcam*, gravador e GPS, são exigências desmedidas do processo de globalização sob o prisma econômico, estando inseridas nas relações sociais e mesmo culturais, o que representa muito mais que um modelo de infraestrutura, em conflito com o que foi estabelecido principalmente no artigo 170 da Constituição Federal.

As tecnologias inseridas no contexto da relação de trabalho são decorrência do próprio sistema capitalista. Afinal, assim como nos anteriores modelos – do taylorismo ao toyotismo –, sempre se demonstrou que a inserção de novas tecnologias no modo de produção contribui para o aumento de produtividade e para a redução de custos. Ocorre que, na realidade contemporânea, conforme os exemplos analisados neste artigo, as tecnologias têm sido utilizadas além daquela vertente inerente ao próprio sistema de produção. Têm sido utilizadas para vigiar e controlar o trabalhador, sua rotina e sua produtividade, violando o princípio da proteção em suas vertentes e também os direitos da personalidade do trabalhador.

A velocidade das inovações tecnológicas é um elemento essencial à nova geopolítica imposta pela revolução digital, razão por que o capitalismo de vigilância e de controle assumem o caráter de fatores reais de poder.

É possível concluir, desse modo, que a realidade trazida pelas tecnologias de vigilância e controle tem contribuído para impor ao empregado um quase absoluto controle e pressão, o que pode causar não apenas violação de sua privacidade e intimidade, como também doenças de caráter psicológico.

É muito importante ampliar os debates éticos e jurídicos do uso de tais tecnologias para vigiar e controlar o empregado, que na maioria das vezes buscam justificativas na livre iniciativa e no poder diretivo inerente à própria subordinação que marca a relação laboral, embora não se sustentem, conforme ficou exposto no presente estudo. Cabe, ainda, ressaltar a necessidade de impor ao empregador o respeito aos princípios de um trabalho decente e digno, seguindo as diretrizes instituídas pela Organização Internacional do Trabalho, a fim de erradicar a violação dos direitos da personalidade do trabalhador, os quais se constituem em limites condicionantes à livre iniciativa e ao poder diretivo do empregador.

REFERÊNCIAS

BECKER, Ana. Big brother no trabalho. *Revista Galileu*. Ago. 2014. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2014/08/big-brother-no-trabalho.html>. Acesso em: 4 jan. 2022.

BIG BROTHER (reality show). In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. *Wikipedia*, 2022. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Big_Brother_\(reality_show\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Big_Brother_(reality_show)). Acesso em 3 jan. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição Federal*. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 jan. 2022.

BRASIL. *Lei n.º 13.709*, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 5 jan. 2022.

DAGNINO, Renato. O marco analítico-conceitual da tecnociência solidária. *Redes. Revista de Estudios Sociales de la Ciencia y la Tecnología*, v. 25, n. 49, p. 47-68, 2019. p. 49. Disponível em: <https://revistaredes.unq.edu.ar/index.php/redes/article/view/51>. Acesso em: 4 jan. 2022.

EXAME. *Empresa belga chama atenção por implantar chips em funcionários*. fev. 2017. Disponível em: <https://exame.com/tecnologia/empresa-belga-chama-atencao-por-implantar-chips-em-funcionarios/>. Acesso em: 26 jan. 2022.

FERREIRA, Ana Paula Cavalcanti. Tecnologia de informação controle e mundo do trabalho: pensar tecnologia na ótica do trabalhador. *CAOS-Revista Eletrônica de Ciências Sociais*, v. 1, n. 11, p. 14-24, 2019. p. 20. Disponível em: <https://periodicos3.ufpb.br/index.php/caos/article/view/46917>. Acesso em: 4 jan. 2022.

LAVITS. *Rede Latino-Americana de Estudos sobre Vigilância, Tecnologia e Sociedade*. Disponível em: <https://lavits.org/?lang=pt>. Acesso em: 26 jan. 2022.

LOURENÇO, BEATRIZ. Big Brother: como o conceito de George Orwell aparece na cultura pop. **Revista Galileu**. jan. 2020. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Cultura/noticia/2020/01/big-brother-como-o-conceito-de-george-orwell-aparece-na-cultura-pop.html>. Acesso em: 4 jan. 2022.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 37. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 131.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 347.

ORWELL, George. 1984. Tradução Renata Russo Blazek. Montecristo Editora: São Paulo, 2021. E-book Kindle. l. 8.

PARKINSON, Justin. 'Meu chefe via pelo computador o que os funcionários faziam em casa. Era sinistro'. **BBC News Brasil**. Dez. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-59805750>. BBC News Brasil. Acesso em: 4 jan. 2022.

SENRA, Ricardo. 'Brasil será nosso próximo mercado', diz CEO que implantou chips no corpo de funcionários nos EUA. **BBC News Brasil**. Dez. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-41033209>. BBC News Brasil, ago. 2017. Acesso em: 26 jan. 2022.

SILVERMAN, Rachel Emma. Quando o crachá vira um sensor de atividades. **The Wall Street Journal**. Mar. 2013. Disponível em: Acesso em: <https://www.wsj.com/articles/SB10001424127887324735304578354971092137496>. 4 jan. 2022.

SOUZA, Murilo. Comissão proíbe implante de chips de identificação em humanos sem autorização. **Agência Câmara de Notícias**, ago. 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/520768-comissao-proibe-implante-de-chips-de-identificacao-em-humanos-sem-autorizacao/>. Acesso em: 26 jan. 2022.

STOLZ, Sheila; ESTRADA, Manuel Martín Pino. O implante de chip em trabalhadoras e trabalhadores: as vicissitudes da Lei Geral De Proteção De Dados (LGPD) brasileira e da General Data Protection Regulation (GDPR) europeia. **JURIS-Revista da Faculdade de Direito**, v. 30, n. 2, 2020. p. 248. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/juris/article/view/12461/8657>. Acesso em: 26 jan. 2022.

WÜNSCH, Guilherme; PAVONI, Isadora Geremia. Implantação de microchips em trabalhadores e as sensíveis (e necessárias) reflexões sobre a proteção de dados pessoais como limite ao poder diretivo. **Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social**, vol. 215. ano 47. p. 325-348. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev./2021. Disponível em: <https://dspace.mj.gov.br/handle/1/2907>. Acesso em: 26 jan. 2022.

ZIMMERMAN, Antonio Carlos. **Reconhecimento de faces humanas através de técnicas de inteligência artificial aplicadas a formas 3D**. 2003. 199 f. Tese (Doutorado em Engenharia Elétrica), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2003. p. 37. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/85115>. Acesso em: 5 jan. 2022.

ZUBOFF, Shoshana. Big Other: capitalismo de vigilância e perspectivas para a civilização de informação. *In*: Bruno, Fernanda *et al.* (Orgs.). **Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2018. p. 55.

Aprovado em: 27/05/2024

Recebido em: 01/12/2023

TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS E TECIDOS E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE

ORGAN AND TISSUE TRANSPLANTATIONS AND THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF SOLIDARITY

LUIZ DIAS MARTINS FILHO*

JORGE RENATO DOS REIS**

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar os transplantes de órgãos e tecidos na perspectiva do princípio constitucional da solidariedade e no contexto de uma sociedade democrática onde deve ser observado o princípio da autonomia da vontade dos doadores, bem como assegurada uma vida digna àqueles que necessitam de transplantes. A problemática da pesquisa busca responder o questionamento no sentido de verificar se as escrituras públicas declaratórias de intenção de doação de órgãos e tecidos contribuem ou não para dar maior efetividade ao princípio da solidariedade na sociedade brasileira, perquirindo se essas manifestações de vontade expressas nessas escrituras devem ser observadas pelos familiares dos doadores e consequentemente assegurar, juridicamente, o direito a uma vida digna àqueles que necessitam de transplantes. O método de pesquisa utilizado é o dedutivo e o método de procedimento é o monográfico. Historicamente, os resultados apontam que os atos notariais propiciam eficácia e segurança jurídica e podem contribuir, no caso, para dar maior efetividade ao princípio da solidariedade.

PALAVRAS-CHAVE: Transplantes de órgãos e tecidos. Solidariedade. Direito à existência digna ao que necessitam de transplantes.

ABSTRACT

This article aims to analyze organ and tissue transplants from the perspective of the constitutional principle of solidarity and in the context of a democratic society where the principle of autonomy of donors' will must be observed, as well as ensuring a dignified life for those who require transplants. The research problem seeks to answer the question in order to verify whether public deeds declaring the intention to donate organs and tissues contribute or not to giving greater effectiveness to the principle of solidarity in Brazilian society, asking whether these manifestations of will expressed in these deeds should be observed by the donors' families and consequently legally ensure the right to a dignified life for those who need transplants. The research method used is deductive and the procedural method is monographic. Historically, the results indicate that notarial acts provide effectiveness and legal security and can contribute, in this case, to giving greater effectiveness to the principle of solidarity.

KEYWORDS: Organ and tissue transplants. Solidarity. Right to a dignified existence for those in need of transplants.

* Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e Doutorando em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Professor universitário na Faculdade 7 de Setembro.

E-mail: luizdmf@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2588-6242>.

** Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Professor na graduação, mestrado e doutorado da UNISC. Professor de cursos de Pós-Graduação Lato-Sensu em diversas universidades do país. *E-mail:* jreis@unisc.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0925-5328>.

1. INTRODUÇÃO

Em momentos de crise, quando não há outra possibilidade de cura, a não ser o transplante de órgãos e tecidos, bem como nos momentos em que se verifica a morte encefálica, na qual se manifesta agudamente o sofrimento, angústia e traumas psicológicos deixados nos familiares, como fazer prevalecer a vontade daquele que deixou manifestação expressa em escritura pública declaratória de intenção de doação de órgãos e tecidos.

Dessa forma, nessas situações, devem-se buscar mecanismos jurídicos e de convencimento que contribuam para dar maior efetividade ao princípio da solidariedade e para assegurar o direito à vida digna àqueles que necessitam de transplantes de órgãos e tecidos.

Nesse sentido, trataremos aqui da inovação que ocorreu no Estado do Rio Grande do Sul no que tange às escrituras públicas declaratórias de intenção de doação de órgãos e tecidos, bem como das diretrizes e mecanismos postos na legislação brasileira que são fundamentais para organização e realização dos transplantes de órgãos e tecidos no Brasil.

Verificaremos que em nosso país foi moldada uma forma e sistemática para doação de órgãos e tecidos na direção de concretizar com segurança, transparência e eficácia as doações e os transplantes, contribuindo para um significativo avanço não só da área médica, especialmente de transplantes, mas também do Direito, auxiliando na concretização da construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Temos então como objetivo neste trabalho analisar os principais pontos e ferramentas trazidas por esse revolucionário ramo da área médica que tem relevantes interseções com o mundo do Direito. Verificaremos a forma como esses avanços auxiliaram na efetivação de direitos fundamentais bem como os tabelionatos de notas contribuem na concretização do princípio da solidariedade de *inter-partes* e para incrementar a doação de órgãos e tecidos no Brasil.¹

Desta feita, em um primeiro momento tratar-se-á do princípio da solidariedade para dar ensejo a como tal princípio comunga com a doação de órgãos e como a atividade notarial vai ao encontro e conjura esforços para a concretização da doação. Nos tópicos seguintes serão abordados os procedimentos acerca da remoção de órgãos e tecidos, bem como da morte encefálica e seu diagnóstico. Por derradeiro, será abordado como o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana atua como elo jurídico nas relações entre o receptor e o doador de órgãos e tecidos.

1 Há uma minuta de escritura pública declaratória de intenção de doação de órgãos e tecidos sugerida pelo Colégio Notarial do Brasil-Seção Rio Grande do Sul-CNB/RS, as quais são lavradas gratuitamente nos tabelionatos de notas do Estado gaúcho.

2. PROLEGÔMENOS ACERCA DA SOLIDARIEDADE

O notariado brasileiro é um serviço fundamental para assegurar direitos fundamentais, liberdade, segurança, solidariedade, igualdade e autonomia, inclusive e especialmente em casos de doação de órgãos e tecidos. Portanto, este trabalho analisa como isso vem ocorrendo e o que eventualmente pode ser alterado para dar maior efetividade a esses direitos.

Dessa forma se verifica como e em que medida o notariado concretiza os direitos das pessoas doadoras, bem como das receptoras de órgãos e tecidos e materializa, não só o princípio constitucional da solidariedade, mas também da autonomia e segurança jurídica, em observância ao princípio da dignidade humana, todos caracterizados como direitos fundamentais a partir da constitucionalização do direito privado, que se intensificou com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Observa-se também que a cada dia fica mais nítida na sociedade a ideia de que “a solidariedade é um caminho sem volta para um mundo que precisa se humanizar e reduzir desigualdades”². Filosoficamente, podemos entender que: Solidariedade (do lat. *solidus*: maciço) 1. No sentido corrente, assistência mútua em circunstâncias difíceis. 2. No sentido biológico, dependência recíproca dos elementos de um todo, seja de um organismo vivo, seja de uma sociedade. 3. Do ponto de vista moral, designa um dever decorrente da tomada de consciência das obrigações recíprocas que ligam todo homem a seus semelhantes, pois cada um depende de todos. Quando a solidariedade deixa de ser mecânica para se tornar orgânica, traduzindo-se por trocas frutuosas entre os homens ou as nações, torna-se fator de liberdade.³

São sempre apontadas como das principais características da sociedade, seja ela uma família ou uma grande sociedade política como o estado, a pluralidade, a interação, a finalidade e a solidariedade, sendo que alguns autores acrescentam ainda o objetivo comum, como elemento fundamental para a existência de uma sociedade.

Nesse contexto, *solidariedade*, como característica do grupo social, não significa inter auxílio, ajuda mútua ou cooperação, mas, antes, a consciência da unidade grupal, isto é, a consciência que deve ter cada pessoa, de que faz parte do grupo. E porque o integra ou o faz inteiro, passa a ajudar os demais parceiros e cooperar com os demais associados e companheiros. Quanto aos termos *companheiro* e *solidariedade* explica que etimologicamente, *companheiro* “significa aquele com quem se reparte o pão (do latim, cum +

2 ALBUQUERQUE, Beto. *Solidariedade com limites*. Jornal Zero Hora, ed. 4 e 5 de setembro de 2021, p. 4.

3 JAPIASSÚ, Hilton. *Dicionário básico de filosofia* / Hilton Japiassú, Danilo Marcondes. 5. ed. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, verbete “solidariedade”, p. 258.

panis), e solidariedade é a qualidade do que é inteiro, integral (do latim *solidum* = inteiro).⁴

Esclarece Agerson Tabosa Pinto que “a solidariedade não é a mesma em todos os grupos. Geralmente é maior nos grupos menores, de contatos informais e frequentes, e menos intensa nos grupos maiores, de contatos raros e formalizados. Diz ainda que Durkheim chamou aquela de mecânica, para destacar sua espontaneidade, e esta, de orgânica, pois geralmente apoiada em base contratual ou legal⁵”.

A solidariedade advém de uma origem teológica e ética, sendo considerada, em seu cerne, como uma virtude nas relações interpessoais, correlacionada também com o conceito de caridade. Assim, a mutualidade nas relações privadas, entre membros da mesma comunidade é denominada como “solidariedade dos antigos”⁶

Nesse sentido, a concepção solidarista também foi reconhecida como altruísmo, em que haveria uma ação solidária gratuita visando ajudar o próximo. Além disso, quando o Estado passou a se preocupar com questões sociais, a solidariedade foi uma solução encontrada para garantir o bom desenvolvimento da comunidade⁷

A positivação da solidariedade encontrou aporte na origem cristã e sociológica para haver uma resignificação do conceito para construir um valor necessário a ser aplicado nas relações interpessoais a fim de concretizar direitos e, em especial, como sendo um vetor de concretização da dignidade da pessoa humana. Entretanto, na Constituição brasileira, o legislador constituinte inovou ao acrescentar o princípio jurídico da solidariedade, devendo ser aplicado tanto na elaboração da legislação ordinária, execução de políticas públicas e momentos de interpretação e aplicação do direito, por todos os membros da sociedade⁸

O conceito de solidariedade se diferencia da caridade quando consideramos que para a caridade é necessária a vontade individual de fazer o bem, como compaixão. Já na solidariedade há uma ética jurídica implícita no agir, resultando em uma ação em prol do bem comum do próximo⁹

4 PINTO, Agerson Tabosa. *Teoria geral do estado*. Fortaleza: Imprensa Universitária-UFC, 2002, p. 13.

5 DURKHEIM, Émile. Da Divisão do Trabalho Social (De la Division du Travail Social), São Paulo, Martins Fontes, 1990, pp. 39-105, in PINTO, Agerson Tabosa. *Noções de Sociologia*. Fortaleza: Editora da UFC, 2000, p. 142.

6 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española. In: *Funciones y fines del derecho: estudios en homenaje al profesor Marian Hurtado Bautista*. Murcia: Universidad, Secretariado de Publicaciones, 1992, pp. 247-272. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10016/11620>>. Acesso em: 30 set 2020, p. 256-257

7 NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra Editora, 2007.

8 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

9 CARDOSO, Alenilton da Silva. *Princípio da Solidariedade: o paradigma ético do direito*

A positivação da solidariedade passa a enfatizar a necessidade de assistência por parte do Estado para a população que mais necessita, bem como passa a enfatizar a necessidade de um agir social entre a própria comunidade. No Estado Social essa noção fica mais clara e a solidariedade é tida como um valor superior¹⁰

No artigo 3º da Constituição Federal são invocados os fundamentos da solidariedade, dignidade da pessoa humana e igualdade. Nesse sentido o princípio da solidariedade está explícito no texto constitucional, entretanto, ele também está incorporado à dignidade da pessoa humana. Ou seja, sempre quando se pensar em solidariedade como princípio, deve-se ter a dignidade como um princípio maior, abarcando-a.

No Estado Democrático de Direito os direitos fundamentais de terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade e solidariedade, caracterizam-se por não mais pensar no indivíduo isoladamente como titular do direito, mas sim pensando neste inserido em um grupo, como povo e nação, caracterizando-se como direito de titularidade transindividual.

Essa dimensão de direitos traz em seu escopo os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente equilibrado, à qualidade de vida, dentre outros. O cuidado, na verdade, resulta de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas por diversos fatores, como o processo de descolonização Pós-Segunda Guerra e pelo impacto tecnológico¹¹.

O princípio da solidariedade é resultante de movimentos da evolução em que a sociedade deixa de ver o ser individualista e patrimonialista e passa a vê-lo como titular de direitos. Nesse sentido, a noção de jurisdição constitucional, que se estabelece no segundo período pós-guerra, passa a ter, cada vez mais, um cunho de concretização de direitos fundamentais e garantias.

O reconhecimento do direito do próximo por todos os membros da sociedade é fator decisivo para a construção de um ambiente que promova justiça e segurança. Nesse aspecto a vivência da solidariedade é o caminho para a plena promoção da dignidade da pessoa humana. Há, notoriamente, uma espécie de vício de comportamento social, no qual todos os membros da sociedade são acometidos pela falta de paz de espírito e insegurança¹²

contemporâneo. São Paulo: Ed. Ixtlan, 2014

10 JABORANDY, Clara Cardoso Machado. *A fraternidade no direito constitucional brasileiro: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais*. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

11 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012

12 CARDOSO, Alenilton da Silva. O princípio da solidariedade: a confirmação de um novo paradigma. In: *Revista de Direito Mackenzie*, v. 6, n. 1, 2012. Disponível em: < <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/5793/4209>>. Acesso em: 20 set. 2020.

Quando se planeja uma sociedade justa é na importância que damos para o próximo que se encontra a razão. A vida em sociedade pressupõe conviver com a diversidade e com tudo aquilo que não se assemelha com o que somos, e é nesse aspecto que a solidariedade possui sua base – em reconhecer o outro, mesmo que o outro seja diferente do que se é.

No âmbito do Constitucionalismo Contemporâneo, o princípio da solidariedade tem sentido diferente da fraternidade universal, em que supera o mito do fim supraindividual, tendo como interesse superior o pleno desenvolvimento da¹³ pessoa humana.

Face às dificuldades que vivenciamos, Yuval Harari¹⁴ observa que “os cidadãos devem pressionar os políticos a agir no espírito da solidariedade global, a cooperar com os outros países em vez de culpá-los, a distribuir fundos de maneira justa, a preservar os pesos e contrapesos da democracia – mesmo em meio a uma emergência”.

Adam Smith, professor de Filosofia Moral na Universidade de Glasgow, Escócia, Reino Unido, e posteriormente servidor da administração aduaneira britânica em Edinburgo, Escócia, destacou-se, especialmente, com a obra *A Riqueza das Nações* (*The Wealth of Nations*), publicada pela primeira vez em 1776.¹⁵ Entretanto, nessa nossa investigação, tomaremos os ensinamentos de Adam Smith consubstanciados em sua obra *Teoria dos Sentimentos Morais*¹⁶, de 1759, em que faz da simpatia o fundamento da moral. Filosoficamente, por guardar próxima relação com solidariedade, podemos entender “simpatia” como: Simpatia (do grego *sympatheia*: participação ativa no sofrimento do outro, compaixão, comunidade de sentimentos, de *pathos*: estado passivo, sofrimento, e *syn*: com, partilhado com) (...) 3. Filosoficamente, ato intencional de comunicação intersubjetiva através do qual alguém é levado a participar ativamente das alegrias ou dores de outrem, fazendo efetivamente delas suas alegrias e suas dores e tendo consciência de com esse outrem estabelecer um profundo modo de conhecimento ou uma verdadeira inteligência do sentimento, vale dizer, uma real compreensão de seu estado e de seu “segredo”: “Toda simpatia implica a

13 REIS, Jorge Renato dos. Os direitos fundamentais de tutela da pessoa humana nas relações entre particulares. In: REIS, J. R. (Org.); LEAL, R. G. (Org.). Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007. T. 7. p. 2033-2064.

14 HARARI, Yuval Noah. *Notas sobre a pandemia*: e breves lições para o mundo pós-coronavírus. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2020; p. 96. Tradução Odorico Leal, p. 96.

15 *A Riqueza das Nações* [*The Wealth of Nations*] teve sua maior ampliação, feita pelo próprio Adam Smith, na edição de 1784. In: SMITH, Adam. *The Wealth of Nations*. Introduction by Robert Reich. New York: The Modern Library, 2000, p. 6.

16 SMITH, Adam. (1723-1790). *Teoria dos Sentimentos Morais* (título original: *Theory of Moral Sentiments*), ou, Ensaio para uma análise dos princípios pelos quais os homens naturalmente julgam a conduta e o caráter, primeiro de seus próximos, depois de si mesmos, acrescida de uma dissertação sobre a origem das línguas. Tradução de Lya Luft; revisão Eunice Ostrensky. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

intenção de sentir a alegria ou o sofrimento que acompanha os fatos psíquicos do outro” (M. Scheller). É neste sentido que Aristóteles afirma que “todo amor nasce do conhecimento”, desse conhecimento intuitivo “simpático”.¹⁷

Verificaremos, portanto, a aplicação e efetividade dos princípios notariais na concretização dos direitos de doadores e receptores de órgãos e tecidos por meio dos princípios do Direito Notarial, especialmente, no caso, das escrituras **públicas** declaratórias de intenção de doação de órgãos e tecidos que são lavradas gratuitamente nos tabelionatos do Rio Grande do Sul, tendo em vista a aplicabilidade e efetividade de tais cânones desse ramo do Direito nas atividades dos tabelionatos de notas, a fim de que ocorra o reconhecimento e efetividade de uma vida digna aos que necessitam do transplantes de órgãos e tecidos, na perspectiva do princípio constitucional da solidariedade *inter partes* e da autonomia da vontade, visando a concretização, o exercício e a efetivação de direitos no âmbito dos cartórios de notas.

A harmonização, aplicabilidade, efetividade e aperfeiçoamento da atividade notarial visa sempre a segurança jurídica, sobreprincípio que norteia toda a atividade, a qual busca assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais, visando a inclusão social e concretização da cidadania, exercendo tais direitos nos tabelionatos de notas, de acordo com os métodos hermenêuticos e propostas normativas eficazes, a fim de dar efetividade às políticas públicas para que as pessoas que necessitam de transplantes de órgãos e tecidos concretizem o princípio da dignidade humana, segundo o princípio constitucional da solidariedade *inter partes* e da autonomia da vontade.

3. BUSCA DE MAIOR EFETIVIDADE DAS DOAÇÕES DE ÓRGÃOS E TECIDOS

A fim de melhor contextualizar a iniciativa dos cartórios do Rio Grande do Sul de lavrarem gratuitamente escrituras públicas declaratórias de intenção de doação de órgãos e tecidos, recorremos a texto elaborado e disponibilizado pelo Presidente Anoreg/RS¹⁸, o Registrador João Pedro Lmana Paiva¹⁹, quando de sua apresentação no 75º Congresso Anual de Notários do Rio Grande do Sul que ocorreu em Gramado-RS, nos dias 4 e 5 de agosto de 2023.

Disse o mencionado registrador que a partir da constatação da negativa das famílias em doar os órgãos de seus familiares com morte encefálica, muitas vezes por desconhecerem qual era a vontade do ente falecido, bem como do

17 JAPIASSÚ, Hilton. *Dicionário básico de filosofia* / Hilton Japiassú, Danilo Marcondes. 5. ed. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, verbete “simpatia”, p. 253.

18 Associação dos Notários e Registradores do Rio Grande do Sul-Anoreg/RS.

19 Registrador de Imóveis da 1ª Zona de Porto Alegre, Presidente da ANOREG/RS e do Fórum das Entidades Notariais e Registrais do Rio Grande do Sul.

aumento da fila de espera pela doação de órgãos, a partir de 2007 iniciou-se o projeto para elaboração de um acordo de cooperação em prol da doação de órgãos e tecidos. Observou que o desenvolvimento do projeto não avançou, apesar de várias tentativas, no período de 2009 a 2021.²⁰

Assim, após a realização de várias reuniões com os representantes do Governo do Estado, de hospitais, da Central de Transplantes, do Colégio Notarial do Brasil- Seção Rio Grande do Sul, da Anoreg/RS, do Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul-CREMERS, da Corregedoria-Geral da Justiça, dentre outras entidades, foi assinado em 5 de outubro de 2022 o Acordo de Cooperação nº 2019/2022 – DEC²¹ que tem por objetivo facilitar a doação de órgãos, tecidos e o corpo humano para estudo, no âmbito do Rio Grande do Sul.

Após a assinatura do Acordo de Cooperação, o Colégio Notarial do Brasil - Seção Rio Grande do Sul-CNB/RS assumiu a importante missão de colocá-lo em prática, visando estabelecer uma rotina de remessa de informações sobre doadores voluntários, contribuindo com um fluxo dinâmico de interconexão de informações sobre a doação de órgãos e tecidos no Estado do Rio Grande do Sul.

Observou Lamana Paiva, no referido evento ocorrido em Gramado-RS, que a concretização do projeto, com o funcionamento virtual, deve-se também a um dos protagonistas envolvidos no Acordo de Cooperação, ou seja, o Presidente do CNB/RS José Flávio Bueno Fischer²², a Diretoria do CNB/RS, bem como a todos os notários com atuação no Estado do Rio Grande do Sul. Assim, em tempo recorde, foi criada a “Central Notarial de Doação de Órgãos”, para salvar vidas, cujo lançamento ocorreu no dia 31 de março de 2023, mesma data em que o Colégio Notarial do Brasil- Seção Rio Grande do Sul-CNB/RS, completava 61 anos de atuação.

Essa “Central Notarial de Doação de Órgãos” do Rio Grande do Sul visa estabelecer uma rotina de remessa de informações sobre os doadores voluntários, contribuindo com um fluxo dinâmico de interconexão de informações sobre a doação de órgãos no Estado. Tal sistema é gerenciado pelo CNB/RS e

20 Entretanto, observou Lamana Paiva que quando o desembargador Giovanni Conti, corregedor-geral da Justiça do Rio Grande do Sul, ao tomar conhecimento do projeto, em dezembro de 2021, manifestou interesse em conhecer o trabalho. Destacou que a atuação do mencionado desembargador, bem como de sua equipe que, ao assumir o comando da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado, em fevereiro de 2022, abraçou a causa e esforçou-se para colocá-la em prática, sendo crucial para que, em poucos meses, o projeto se concretizasse. Vide também: www.lamanapaiva.com.br

21 Processo nº 8.2022.0010/000455-8

22 Ressalta João Pedro Lamana Paiva que a competência e ao dinamismo do Presidente do CNB/RS, Flávio Fischer, que também com a sua boa vontade e dedicação às causas sociais, assumiu esta missão, tornando possível transformar em realidade esse projeto num exíguo período de tempo, por meio de uma *plataforma* inovadora, a qual promoverá a virtualização de todos os serviços.

permite que hospitais e a Central de Transplantes do Estado/RS consultem, de forma sigilosa, escrituras públicas que expressem a vontade de doar órgãos e tecidos.

Dessa forma, explicou Lamana Paiva que a Central Notarial de Doação de Órgãos do Rio Grande do Sul possibilita a interconexão eletrônica entre os tabelionatos de notas, hospitais e a Central de Transplantes do Estado/RS. Por oportuno, frisa-se que o Convênio e a Central são inéditos no Brasil e para que este serviço esteja cada vez mais ao alcance da população é disponibilizado de forma totalmente gratuita. Pode-se, por conseguinte, sintetizar o funcionamento da Central Notarial de Doação de Órgãos e Tecidos:

Passo 1 – O cidadão se dirige ao cartório de notas de sua escolha e solicita a realização da lavratura da escritura pública declaratória de intenção de doação de órgãos e tecidos.

Passo 2 – O tabelionato de notas, quando do envio dos selos ao TJ/RS, também estará fornecendo para a Central Notarial de Doação de Órgãos, o espelho da Escritura Pública Declaratória de Doação de Órgãos, contendo o nome, CPF do doador e o contato do familiar indicado para autorizar a doação.

Passo 3 – Os médicos da Central de Transplantes do RS e demais autoridades públicas autorizadas, sempre que diante de um paciente, possível doador de órgãos, acessarão à Central Notarial de Doação de Órgãos gerida pelo CNB/RS, a fim de averiguar se este encontra-se na lista de doadores, e sendo o caso, na própria Central, terão acesso a uma cópia da escritura pública declaratória de intenção de doação de órgãos e tecidos e utilizarão para contatar a família, a fim de que seja autorizada a realização da doação.

Por conseguinte, tendo em vista que a atribuição dos notários é garantir o respeito e a concretização, no plano jurídico, da vontade de tantos quantos pretendam doar órgãos e tecidos no Estado do Rio Grande do Sul, assegurando a adequada consignação da manifestação livre da vontade do doador.

Considerando ainda que a fé pública conferida pelo Notário à manifestação de vontade do doador faz com que seus familiares dela tomem ciência e possam dar cumprimento, após o falecimento do seu ente familiar, assegurando o devido sigilo, guarda e o adequado processamento e acesso a essas informações, sem olvidar de observar as diretrizes da Lei Geral de Proteção de Dados-LGPD, com essa criação de instrumento de publicidade da vontade do doador.

4. REMOÇÃO DE ÓRGÃOS E TECIDOS

A Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências.²³

23 Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434compilado.htm>. Acesso em: 18/08/2023.

O Decreto nº 9.175, de 18 de outubro de 2017²⁴, regulamentou a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, tratando da disposição de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Importante destacar, desde já o que dispõem os artigos 18 e 19 do Decreto nº 9.175 de 2017, sobre a *morte encefálica*: **Art. 18.** Os hospitais deverão notificar a morte encefálica diagnosticada em suas dependências à CET da unidade federativa a que estiver vinculada, em caráter urgente e obrigatório. Parágrafo único. Por ocasião da investigação da morte encefálica, na hipótese de o hospital necessitar de apoio para o diagnóstico, a CET deverá prover os profissionais ou os serviços necessários para efetuar os procedimentos, observado o disposto no art. 13. **Art. 19.** Após a declaração da morte encefálica, a família do falecido deverá ser consultada sobre a possibilidade de doação de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para transplante, atendido o disposto na Seção II (do *consentimento familiar*) do Capítulo III. Parágrafo único. Nos casos em que a doação não for viável, por quaisquer motivos, o suporte terapêutico artificial ao funcionamento dos órgãos será descontinuado, hipótese em que o corpo será entregue aos familiares ou à instituição responsável pela necropsia, nos casos em que se aplique.

Quanto às entidades e equipes de profissionais responsáveis pela retirada dos órgãos e tecidos para transplantes, vale à pena a transcrição dos artigos 11, 12, 13 e 14 do Decreto nº 9.175 de 2017: **Art. 11.** O transplante, o enxerto ou a retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano somente poderão ser realizados em estabelecimentos de saúde, públicos ou privados, por equipes especializadas, prévia e expressamente autorizados pelo órgão central do SNT. § 1º O pedido de autorização formalmente apresentado pela CET poderá ser formulado para cada atividade de que trata este Decreto. § 2º A autorização para fins de transplantes, enxerto ou retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano deverá ser concedida conjunta ou separadamente para estabelecimentos de saúde e para equipes especializadas de transplante, enxerto ou retirada. § 3º A retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano poderá ocorrer em quaisquer estabelecimentos de saúde, desde que realizada por equipes especializadas autorizadas e com a anuência formal da CET. § 4º Em qualquer caso, no pedido de autorização, os estabelecimentos de saúde e as equipes especializadas firmarão compromisso no qual se sujeitarão à fiscalização e ao controle do Poder Público, facilitando o acesso às instalações, aos equipamentos e aos prontuários, observada sempre a habilitação dos agentes credenciados para tal, tendo em vista o caráter sigiloso desses documentos. § 5º As autorizações serão válidas pelo prazo de até quatro anos, renováveis

24 Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9175.htm>. Acesso em: 18/08/2023.

por períodos iguais e sucessivos, verificada a observância dos requisitos estabelecidos neste Decreto e em normas complementares do Ministério da Saúde. § 6º A renovação a que se refere o § 5º deverá ser requerida pelas equipes especializadas e pelos estabelecimentos de saúde ao órgão central do SNT no prazo de até noventa dias antes do término da vigência da autorização anterior. § 7º Os pedidos de renovação apresentados após o prazo estabelecido no § 6º serão considerados como pedidos de nova autorização, situação que implica a cessação dos efeitos da autorização anterior após o término de sua vigência. Art. 12. Os estabelecimentos de saúde deverão contar com os serviços e as instalações adequados à execução de retirada, transplante ou enxerto de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano, atendidas as exigências contidas em normas complementares do Ministério da Saúde e comprovadas no requerimento de autorização. § 1º A transferência da propriedade, a modificação da razão social e a alteração das equipes especializadas pela incorporação de outros profissionais, igualmente autorizados, quando comunicadas no prazo de até noventa dias da sua ocorrência, não prejudicarão a validade da autorização concedida. § 2º O estabelecimento de saúde autorizado na forma deste artigo somente poderá realizar transplante se observar, em caráter permanente, ao disposto no § 2º do art. 13. Art. 13. A composição das equipes especializadas será determinada em função da modalidade de transplante, enxerto ou retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para a qual solicitou autorização, mediante integração de profissionais também autorizados na forma desta Seção. § 1º Os critérios técnicos para concessão de autorização e de renovação da autorização de equipes especializadas e de estabelecimentos de saúde serão definidos em normas complementares do órgão central do SNT. § 2º Será exigível, no caso de transplante, a definição, em número e habilitação, de profissionais necessários à realização do procedimento. § 3º A autorização será concedida para cada modalidade de transplante, enxerto ou retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano e o pedido deverá ser formalizado para o conjunto dos seus membros, indicando o estabelecimento ou os estabelecimentos de saúde de atuação. Art. 14. Além da habilitação profissional, as equipes especializadas deverão instruir o pedido de autorização ou de renovação de autorização de acordo com as normas expedidas pelo órgão central do SNT.

Destacamos e transcrevemos, especialmente, pela relevância, os artigos 20 e 21 do Decreto nº 9.175 de 2017 que tratam do *consentimento familiar*, no que tange à doação de órgãos e tecidos: Art. 20. A retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano, após a morte, somente poderá ser realizada com o consentimento livre e esclarecido da família do falecido, consignado de forma expressa em termo específico de autorização. §1º A autorização deverá ser do cônjuge, do companheiro ou de parente consanguíneo, de maior idade e juridicamente capaz, na linha reta ou colateral, até o segundo grau, e firmada

em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte. § 2º Caso seja utilizada autorização de parente de segundo grau, deverão estar circunstanciadas, no termo de autorização, as razões de impedimento dos familiares de primeiro grau. § 3º A retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano de falecidos incapazes, nos termos da lei civil, dependerá de autorização expressa de ambos os pais, se vivos, ou de quem lhes detinha, ao tempo da morte, o poder familiar exclusivo, a tutela ou a curatela. § 4º Os casos que não se enquadrem nas hipóteses previstas no § 1º ao §3º dependerão de prévia autorização judicial. Art. 21. Fica proibida a doação de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano em casos de não identificação do potencial doador falecido. Parágrafo único. Não supre as exigências do *caput* o simples reconhecimento de familiares se nenhum dos documentos de identificação do falecido for encontrado, exceto nas hipóteses em que autoridade oficial que detenha fé pública certifique a identidade.

Por seu turno, a Portaria nº 2.600, de 21 de outubro de 2009, do Ministério da Saúde, que aprovou o Regulamento Técnico do Sistema Nacional de Transplantes.²⁵ Essa portaria do Ministério da Saúde foi editada tendo por fundamento de validade as disposições da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, do Decreto nº 2.268, de 30 de junho de 1997, da Lei nº 10.211, de 23 de março de 2001, e da Lei nº 11.521, de 18 de setembro de 2007.

Também a Portaria nº 2.600 de 2009 resulta de Consulta Pública a que foi submetido o Regulamento Técnico do Sistema Nacional de Transplantes por intermédio da Portaria nº **2.040/GM, de 25 de setembro de 2008**. Portanto, houve ampla discussão em torno do Regulamento Técnico promovida pela Consulta Pública acima mencionada, que contou com a participação efetiva da comunidade transplantadora, da comunidade técnico-científica, das sociedades médicas, dos profissionais de saúde, dos gestores do Sistema Único de Saúde - SUS, dos transplantados, dos candidatos a transplante e da sociedade em geral e as contribuições apresentadas para o aperfeiçoamento de sua formulação *técnico médica-jurídico-científica*.

Dessa forma, com a aprovação do Regulamento Técnico do Sistema Nacional de Transplantes, consubstanciado na Portaria nº 2.600 de 2009, do Ministério da Saúde, é obrigatória a observância do disposto no referido Regulamento Técnico para o desenvolvimento de toda e qualquer atividade relacionada à utilização de células, tecidos, órgãos ou partes do corpo para fins de transplante em todo o território nacional.

25 Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.434%2C%20DE%204%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201997.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20remo%C3%A7%C3%A3o%20de,tratamento%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs>. Acesso em: 18/08/2023.

Essa parte do trabalho sobre transplante de órgãos e tecidos foi elaborada com base nas informações disponíveis no portal do Ministério da Saúde, basicamente na parte que trata do Sistema Nacional de Transplantes-SNT, cuja respectiva função de órgão central é exercida pelo próprio Ministério da Saúde, por meio da Coordenação-Geral do Sistema Nacional de Transplantes-CGSNT que é **responsável pela regulamentação, controle e monitoramento do processo de doação e transplantes realizados no país, com o objetivo de desenvolver o processo de doação, captação e distribuição de órgãos, tecidos e células-tronco hematopoéticas para fins terapêuticos.**²⁶

A Coordenação-Geral do Sistema Nacional de Transplantes-CGSNT, para atingir seus objetivos, realiza ações de gestão de política **pública**, promoção da doação, logística, autorização e renovação de equipes e hospitais para a realização de transplantes, laboratórios de histocompatibilidade e imunogenética e bancos de tecidos, além de definir o financiamento e elaborar portarias que regulamentam todo o processo, desde a captação de órgãos até o acompanhamento dos pacientes transplantados.

A referida coordenação-geral-CGSNT do Ministério da Saúde tem empenhado esforços, sobretudo, na formulação de estratégias que visem ao aumento da oferta de órgãos e tecidos para transplantes e consequentemente na redução do tempo de espera dos pacientes em lista, melhorando a qualidade de vida e, em muitos casos, salvando-as.

Há informações no portal do Ministério da Saúde na *internet* de que o Brasil possui o maior programa público de transplantes de órgãos, tecidos e células do mundo, que é garantido a toda a população por meio do SUS²⁷, responsável pelo financiamento de cerca de 90% (noventa por cento) dos transplantes no país. Apesar do grande volume de procedimentos de transplantes realizados, a quantidade de pessoas em lista de espera para receber um órgão ainda é elevado²⁸.

26 Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/saes/snt>> Acesso em: 20.08.2023

27 O Brasil tem o maior programa público de transplantes do mundo. Mais de 90% das cirurgias são feitas pelo SUS, a maioria dos planos privados de saúde não cobre este tipo de tratamento. Os valores unitários básicos da tabela do SUS, para cada categoria de transplante podem ser consultados no Sistema de Gerenciamento da Tabela de Procedimentos, Medicamentos e OPM do SUS (SIGTAP), no Grupo 5 – Transplantes de Órgãos, Tecidos e Células.

28 Hoje [setembro 2022], mais de 50 mil pessoas estão na fila de espera por um transplante de órgãos no Brasil; mil são crianças. O país é referência mundial nesse quesito - ocupa a quarta posição no ranking dos que mais realizam transplantes do mundo. Segundo o Ministério da Saúde, desde 2019 foram realizados 27.831 (vinte e sete mil e oitocentos e trinta e um) transplantes de órgãos no Brasil - 3.664 (três mil e seiscentos e sessenta e quatro) só entre janeiro e junho deste ano [2022] (isso sem contar transplante de córnea e medula óssea). Apesar desses números expressivos, e de possuir o maior sistema público de saúde do planeta, estamos distantes do cenário ideal. Dados recentes da Associação Brasileira de Transplante de Órgãos, vinculada às centrais estaduais de transplantes, mostram que o potencial de doadores era quase quatro vezes maior do que o número efetivo de doações em 2021. Alguns fatores explicam por

Para vencer a desproporção entre número de pacientes na lista e o número de transplantes realizados, a Coordenação-Geral do Sistema Nacional de Transplantes-CGSNT ressalta que **é importante identificar e notificar os óbitos, principalmente os de morte encefálica**²⁹, preparar os profissionais de saúde e conscientizar a população sobre o processo de doação e transplante, fazendo com que estes últimos autorizem a doação, no caso da morte de familiares.³⁰

A fim de melhorar essa estatística relacionada ao aumento do número de doadores e consequentemente de transplantes de órgãos e tecidos realizados³¹ que se constata o mérito da iniciativa gaúcha de escrituras públicas declaratórias de doação, tecnicamente chamadas de diretiva antecipada de vontade-DAV ou testamento vital, lavrada gratuitamente pelos tabelionatos gaúchos.

Em apertada síntese, o transplante é uma cirurgia em que uma pessoa com doença grave recebe um órgão ou tecido saudável, proveniente de um doador falecido ou vivo, sendo indicado o procedimento cirúrgico de transplante quando as medidas clínicas e cirúrgicas no tratamento foram esgotadas e o transplante passa a ser a melhor e, frequentemente, a única alternativa de tratamento.

O paciente que necessita de transplante é avaliado por uma equipe especializada em transplantes autorizada pelo Ministério da Saúde. Após avaliação médica, com consulta e exames específicos e, caso a indicação para transplante seja confirmada, a equipe médica responsável realizará a inscrição do paciente no sistema informatizado de transplantes que gerencia a lista de espera³². Segundo o já citado portal do Ministério da Saúde, os órgãos mais comumente transplantados são rins, fígado, coração, pâncreas e pulmões, podendo ser transplantados também, **córneas, válvulas cardíacas, vasos sanguíneos, segmentos de ossos, ossos longos e particulados, cartilagens, tendões, fásia lata, pele, estômago e intestino**. Parte do fígado, parte do pulmão, ou um rim podem ser transplantados de doador vivo, desde que este seja parente do receptor em até quarto grau ou com autorização judicial.

que a conta não fecha: baixo índice de notificações de morte encefálica, equipe insuficiente nas redes de transplantes, importantes disparidades entre estados e regiões, limitações financeiras de alguns programas, elevados índices de recusa familiar à doação e inabilidade técnica e emocional por parte dos agentes de saúde na hora de falar com as famílias. (*Sem Limites para Viver in Revista Gol* n° 230 - agosto/setembro 2022, pp. 62-63)

29 Sobre morte encefálica vide resolução do Conselho Federal de Medicina n° 1.480, de 1997.

30 A quantidade de transplantes realizados no Brasil desde 2001 podem ser consultadas acessando “Estatísticas Gerais do SNT” no Portal dos Transplantes.

31 A lista de espera total de potenciais receptores (ativos + semiativos) é atualizada mensalmente pelo Ministério da Saúde é publicizada no Portal dos Transplantes, podendo ser consultada acessando “Lista de espera por categoria - Órgão”.

32 A situação do potencial receptor de órgãos pode ser consultada no Cadastro Técnico Único do Ministério da Saúde ou nas Centrais Estaduais ou Regionais.

Após a retirada do órgão do doador, há um lapso temporal no qual deve ser transplantado, sendo esse prazo entre a retirada do órgão do doador e o seu implante no receptor chamado de tempo de isquemia. Por curiosidade, segundo informado pelo Ministério da Saúde, no já mencionado sítio na *internet*, os tempos máximos de isquemia normalmente aceitos para o transplante de órgãos são: coração: 4 horas; fígado: 12 horas; pâncreas: 12 horas; pulmão: 6 horas; rim: 48 horas.

No Brasil, é vedada a comercialização de órgãos. Qualquer manifestação de vender ou comprar órgãos é crime. Ademais, nenhum transplante de órgãos é realizado no Brasil sem o conhecimento das Centrais Estaduais de Transplantes das Secretarias de Estado da Saúde. Portanto, não há a possibilidade de ocorrer a comercialização de órgãos³³. Doação é um ato de livre e espontânea vontade, de solidariedade e de amor ao próximo. Infelizmente, o fato de muitas pessoas acreditarem em rumores de comercialização de órgãos contribuiu para a diminuição do número de doações, tirando as esperanças e a chance de sobrevivência de vários pacientes que aguardam em lista de espera.

São também infundadas notícias de pessoas que foram sequestradas e tiveram seus órgãos retirados para transplante. Sabe-se que o transplante é uma operação muito delicada e realizada somente em centro cirúrgico e em hospitais especializados. Os órgãos são distribuídos para estes hospitais pelas Centrais Estaduais de Transplantes, organizadamente, por meio de um Sistema Informatizado de Gerenciamento-SIG/SNT baseado nas regras estabelecidas na legislação brasileira. Portanto, as autoridades brasileiras reforçam que essas notícias são completamente infundadas e prestam desserviço à população, especialmente aos pacientes que estão na lista aguardando uma doação.

A doação de órgãos é um ato por meio do qual podem ser doados de uma pessoa (doador) partes do corpo, sejam órgãos ou tecidos, para serem utilizados no tratamento de outra pessoa, com a finalidade de reestabelecer a função do órgão ou tecido doente, portanto, a doação é um ato que pode salvar vidas.

De um doador é possível obter vários órgãos e tecidos para o transplante. Podem ser doados rins, fígado, coração, pulmões, pâncreas, intestino, córneas, válvulas cardíacas, pele, ossos e tendões.

33 “Por questões éticas e para evitar o comércio ilegal de órgãos, não é possível saber quem doou e quem recebeu. A doação é sempre anônima e não custa nada para quem dá ou para quem recebe. O que a família de Antonio Carlos Mafalda ficou sabendo é que o fígado que lhe devolveu a vida veio de um jovem de 18 anos que morreu num acidente de moto. O transplantado de fígado, Antonio Carlos Mafalda, esperou nove meses na fila de transplante e celebrou muito quando chegou a sua vez. (*Sem Limites para Viver in Revista Gol* n° 230 - agosto/setembro 2022, pp. 63-64). Antonio Carlos Mafalda é “transplantado de fígado há oito anos [em 2022] depois da descoberta de um câncer agressivo, a palavra gratidão ecoa com uma força difícil de explicar, mas fácil de sentir.” (*Sem Limites para Viver in Revista Gol* n° 230 - agosto/setembro 2022, p. 62)

A doação de órgãos como o rim, parte do fígado, parte do pulmão e da medula óssea pode ser feita em vida.

A doação de órgãos de pessoas falecidas somente acontecerá após a confirmação do diagnóstico de morte encefálica ou após uma parada cardiorrespiratória. Na morte encefálica, pacientes sofreram um acidente que provocou traumatismo craniano (acidente com carro, moto, quedas etc.) ou sofreram acidente vascular cerebral (derrame) que causou a morte encefálica.

Dessa forma, é preciso haver a conscientização da importância do ato de doar um órgão e tecidos.

Muito importante que o eventual doador de órgãos avise aos familiares porque a lei brasileira exige o consentimento da família para a retirada de órgãos e tecidos para transplante. Lembra-se também aqui o que dispõem os artigos 13 e 14 do Código Civil de 2002.³⁴

Quanto a participação da família em todo esse procedimento de doação de órgãos e tecidos interessante destacar a experiência espanhola: O médico intensivista Joel de Andrade, coordenador de Transplantes de Santa Catarina e do Hospital Universitário da UFSC, referência em transplante de fígado no país, conta que o Estado reduziu em menos da metade o número de recusas familiares na última década graças à implementação de uma escuta atenta e acolhedora. “Trouxemos o bem-sucedido modelo de comunicação espanhol, que ensina profissionais da saúde a ouvir, a entender e a falar com empatia e cuidado com as famílias enlutadas.”³⁵

No Estado do Rio Grande do Sul, a fim de dar efetividade à intenção de doar órgãos e tecidos, foi criada uma central notarial estadual de doação de órgãos e tecidos que possibilita o acesso às escrituras públicas, lavradas gratuitamente pelos tabelionatos de notas gaúchos, em que o futuro e eventual doador deixa expressa sua vontade.³⁶ Apesar de não haver a obrigatoriedade legal de

34 Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial (Lei nº 9.434/2007).

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

35 Sem Limites *para Viver in* Revista Gol nº 230 - agosto/setembro 2022, p. 63.

36 A Central Notarial Gaúcha de Escrituras de Doação de Órgãos e Tecidos para Transplantes contribui para dar efetividade ao direito fundamental à vida digna, ou seja, dignidade da pessoa que necessita de transplante. Dessa forma o Notariado Gaúcho inova e constrói novas formas de concretizar as doações de órgãos e tecidos. Essa central constitui-se num sistema que possibilita a consulta pelos hospitais e pela Central de Transplantes do Rio Grande do Sul, de forma sigilosa, a escrituras públicas declaratórias contendo a manifestação de vontade relativa à doação de órgãos e tecidos realizada por eventual futuro doador, sendo a manifestação de vontade feita gratuitamente em qualquer tabelionato gaúcho. O objetivo do novo instrumento é auxiliar a informar a família sobre a decisão da pessoa de ser doadora de órgãos e tecidos,

deixar a vontade expressa em documentos ou cartórios, a existência de escritura pública facilita e agiliza a decisão da família para que atenda ao pedido expresso do doador e autorize a doação de órgãos e tecidos.³⁷

vindo a facilitar o acesso a transplantes. A ação é uma parceria da Secretaria Estadual da Saúde (SES) com a Procuradoria de Justiça do Estado, a Associação de Notários e Registradores do Rio Grande do Sul, o Colégio Notarial do Brasil – Seção do Rio Grande do Sul, Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul (Cremers), Santa Casa de Porto Alegre e Hospital de Clínicas de Porto Alegre.

- 37 A inovação ocorrida no Rio Grande do Sul: A manifestação de vontade (escritura pública) é feita gratuitamente em qualquer tabelionato gaúcho, com o interessado em ser eventual doador levando apenas documentos de identidade. Apesar da lavratura da escritura pública referente a intenção de ser futuramente eventual doador de órgãos e tecidos, a lei brasileira exige a autorização feita pelos familiares de até segundo grau.

“A maneira que encontramos de celebrar o nosso aniversário foi fazendo uma parceria de doação dos nossos serviços à comunidade através das escrituras de doação de órgãos e tecidos para o eventual interessado em doar. É uma maneira de ajudar a salvar vidas, pois, tendo havido a manifestação do doador de forma pública perante o tabelião, os parentes depois da morte do sujeito e os médicos não vão ter dúvida de que aquela pessoa efetivamente queria doar seus órgãos”, destacou o presidente do Colégio Notarial do Brasil-CNB/RS, Seção Rio Grande do Sul, o tabelião José Flávio Bueno Fischer.

O objetivo do projeto é proporcionar que os cartórios de notas ofereçam amplo e gratuito atendimento à população quanto à possibilidade da declaração, visando a incentivar a doação de órgãos e tecidos. Também visa estabelecer a rotina de remessa de informações sobre os doadores de órgãos e tecidos à Central Estadual de Transplantes da Secretaria da Saúde do Estado do Rio Grande do RS.

“Essa ação dos cartórios em parceria com a Secretaria de Saúde e a Central de Transplantes vem para contribuir significativamente, pois hoje temos 45% a 50% de negativa familiar quando alguém tem morte encefálica e há a possibilidade de fazer a doação. Uma das causas importantes desta negativa é que muitas vezes a família diz que não sabe se a pessoa havia manifestado a intenção de doar. Com essa iniciativa de lavrar a escritura pública gratuitamente de que a pessoa é doadora, caso ocorra a morte encefálica, poderemos ter acesso e dar subsídios para os hospitais e comissões intra-hospitalares para falar para as famílias que aquela pessoa manifestado em cartório e que era favorável a doação”, ressaltou o Dr. Rafael Ramon da Rosa, coordenador da Central de Transplantes do Rio Grande do Sul.

Após a assinatura do acordo de cooperação, firmado em 5 de outubro de 2022, o CNB/RS desenvolveu a Central Notarial de Doação de Órgãos e Tecidos para a interconexão eletrônica entre os tabeliães de notas, hospitais e a Central de Transplantes do Estado do Rio Grande do Sul, para o envio e consulta das informações que contenham declaração de doação de órgãos e tecidos.

“Hoje temos mais de 2,5 mil pessoas em lista de espera de transplantes no RS. Mais de 1,3 mil pessoas aguardando uma córnea. O efeito da pandemia foi muito ruim para os transplantes e estamos retomando as doações e os transplantes. Tivemos uma melhora em 2022, em comparação com 2021, com as ações de parceria da sociedade, sensibilizando, tirando os mitos da doação, deixando claro que é um processo seguro e eficaz. Tudo é feito pelo Sistema Único de Saúde-SUS. A família que doa não paga absolutamente nada. As pessoas que estão na lista de espera seguem uma ordem por gravidade, por tempo de espera e compatibilidade. Converse com a sua família, seja favorável a doação e, com isso, você pode salvar muitas vidas”, pediu o coordenador da Central de Transplantes do RS. Disponível em: <<https://www.correiodopovo.com.br/noticias/cidades/colégio-notarial-do-rs-celebra-61-anos-com-lancamento-da-central-notarial-de-doacao-de-orgaos-1.1011561>>. Acesso em: 05/10/2022.

Por conseguinte, a comunicação pelo doador à família e amigos de que é um doador de órgãos, bem como a lavratura da escritura pública, facilitam o processo de transplantes e dá maior efetividade à intenção de salvar vidas.

A existência de poucos doadores de órgãos e tecidos no Brasil decorre em grande medida da negativa familiar, pois é um dos principais motivos para que um órgão não seja doado em nosso país. Segundo o portal do Ministério da Saúde brasileiro³⁸, atualmente, aproximadamente metade das famílias entrevistadas em pesquisa por eles realizada, não concorda que sejam retirados os órgãos e tecidos do ente falecido para doação. Entretanto, em muitos dos casos a pessoa poderia ter sido um doador. Por isso ressalta-se mais uma vez a importância da iniciativa gaúcha de lavar, gratuitamente, nos cartórios, uma escritura pública deixando expressa essa intenção, além da conversa com a família sobre o desejo de doar órgãos.

Importante também lembrar que conforme a legislação brasileira não há espaço para se falar em conflito de interesse entre os atos de salvar a vida de um paciente que se declarou doador e a retirada de seus órgãos e tecidos para transplante. Portanto, a retirada dos órgãos para transplante somente é considerada e efetivada depois da confirmação da morte encefálica, quando todos os esforços para salvar a vida de uma pessoa doadora tenham sido realizados.

O sistema de captação de órgãos ocorre inicialmente com a identificação de potenciais doadores feita, principalmente, nos hospitais onde os eventuais doadores estão internados, por meio das Comissões Intra-hospitalares de Transplante, nas UTIs e Emergências em pacientes com o diagnóstico de morte encefálica.

Após autorizada a doação de órgãos e tecidos pela família, com morte encefálica confirmada, por exemplo, nas hipóteses de vítimas de acidente com traumatismo craniano, derrame cerebral, dentre outras hipóteses, são mantidos os recursos para a preservação das funções vitais dos órgãos, vindo a ocorrer a seguinte sequência³⁹:

- O hospital notifica a Central Estadual de Transplantes sobre um paciente em morte encefálica (potencial doador de órgãos e tecidos) ou com parada cardiorrespiratória (potencial doador de tecidos);
- A Central de Transplantes espera a confirmação do diagnóstico de morte encefálica e inicia os testes de compatibilidade entre o potencial doador e os potenciais receptores em lista de espera. Quando existe mais de um receptor compatível, a decisão de quem receberá

38 Disponível em: < <https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/saes/snt/faq/perguntas-frequentes-faq>> Acesso em: 20.08.2023

39 *Id, ibid.*

o órgão passa por critérios tais como tempo de espera e urgência do procedimento;

- A Central de Transplantes, através de um sistema informatizado, gera uma lista de potenciais receptores para cada órgão e comunica aos hospitais (equipes de transplantes) onde eles são atendidos;
- As equipes de transplante, junto com a Central de Transplante, adotam as medidas necessárias para viabilizar a retirada dos órgãos (meio de transporte, cirurgiões, pessoal de apoio etc.);
- Os órgãos são retirados do doador e o transplante é realizado no receptor;
- No caso de morte por parada cardiorrespiratória, após avaliação do doador por critérios estabelecidos, os tecidos são retirados e encaminhados para bancos de tecidos.

Seguindo o protocolo pré-estabelecido, após a confirmação da morte encefálica, autorização da família e localização de um receptor compatível, a retirada dos órgãos para transplante é realizada em um centro cirúrgico, por uma equipe de cirurgiões autorizada pelo Ministério da Saúde e com treinamento específico para esse tipo de procedimento. Depois disso, o corpo é devidamente reconstituído e liberado para os familiares.

Explicam as entidades envolvidas nas doações de órgãos e tecidos que após a realização da doação, o corpo do doador não fica deformado, pois expõem que a retirada dos órgãos é uma cirurgia como qualquer outra e o doador poderá ser velado normalmente.

Falando da recomposição do corpo do doador, explicam que após a retirada dos órgãos e tecidos, a equipe médica recompõe o corpo do doador, sendo visíveis apenas os pontos do local operado, não impedindo a normal realização do velório.

Para doação de tecidos oculares, o profissional coloca uma prótese ou outro material como gaze no lugar do globo ocular, e para fechamento das pálpebras pode ser usada uma cola apropriada ou pontos internos, ou seja, não aparentes, de forma que o doador permaneça com o mesmo aspecto, não apresentando qualquer deformidade.

Já para doação de tecidos musculoesqueléticos são retirados principalmente ossos do braço (úmero) e da coxa (fêmur), além de cartilagens e tendões. Em seguida, a equipe de retirada reconstitui o corpo do doador com próteses apropriadas, refazendo as juntas do joelho, quadril, ombro e cotovelo.

Por sua vez, para doação de pele é retirada somente uma fina porção da pele do dorso das costas e das coxas, sem alterações na aparência do doador falecido, conforme explicado no multicitado portal do Ministério da Saúde.

Interessante observar que praticamente todas as religiões encorajam a doação de órgãos e tecidos como uma atitude de preservação da vida e um ato caridoso, de solidariedade e fraternidade. Sabe-se que elas têm em comum os princípios da solidariedade e do amor ao próximo que caracterizam o ato de doar, por isso, geralmente deixam a critério dos seus seguidores a decisão de serem ou não doadores.

Quanto ao limite de idade para doação de órgãos, entende-se que o fator determinante para viabilidade de órgão para transplante é o estado de saúde do doador. No entanto, algumas condições podem restringir limites de idade em situações específicas.

Pertinente lembrar a possibilidade de doador vivo, que é qualquer pessoa juridicamente capaz, atendidos os preceitos legais quanto à doação *intervivos*, esteja em condições satisfatórias de saúde e concorde com a doação, desde que não prejudique sua própria saúde. O doador vivo pode doar, por exemplo, um dos rins, parte do fígado, parte do pulmão ou parte da medula óssea, a compatibilidade sanguínea é primordial em todos os casos.

Pela lei, parentes até o quarto grau e cônjuges podem ser doadores em vida. Não parentes, somente com autorização judicial. Entretanto, o doador vivo está sujeito aos riscos normais de se submeter a uma cirurgia com anestesia geral, apesar de antes do procedimento serem realizados exames a fim de prevenir minimizar os riscos.

Especificamente, na doação em vida, pode-se sim escolher o receptor, desde que atendida à legislação vigente. Por sua vez, na doação após a morte, nem o doador, nem a família podem escolher o receptor. Este será sempre o próximo da lista única de espera de cada órgão ou tecido, dentro da área de abrangência da Central Estadual de Transplantes (CET) do respectivo local do doador.

Na hipótese de doador de órgãos já falecido, apesar de que, em qualquer caso, a doação só vem a ocorrer após a autorização da família, observa-se que existem dois tipos de doadores falecidos:

(i) doador falecido após morte encefálica: paciente cuja morte encefálica foi constatada segundo critérios definidos pela legislação brasileira e que não tenha sofrido parada cardiorrespiratória. Portanto, o doador falecido nesta condição pode doar coração, pulmões, fígado, pâncreas, intestino, rins, córnea, vasos, pele, ossos e tendões. Sabe-se que um único doador pode salvar inúmeras vidas, estimam que até oito vidas. A retirada dos órgãos ocorre em centro cirúrgico, como qualquer outra cirurgia, sendo necessária, para a doação de órgãos, a manutenção da circulação sanguínea do paciente até o momento da retirada do órgão a ser doado.

(ii) doador por parada cardiorrespiratória: doador cuja morte foi constatada por critérios cardiorrespiratórios (coração parado). Portanto, o doador nesta condição pode doar apenas tecidos para transplante (córnea, vasos, pele, ossos e tendões).

Caso a pessoa venha a morrer em casa e a família pretender efetivar a doação de órgãos e tecidos, nessa situação, apenas as córneas poderão vir a ser doadas. Ademais, é muito importante que aconteça o mais rápido possível, pois a doação só será possível se for realizada em até seis horas após a parada circulatória (parada cardiorrespiratória) em temperatura ambiente. Nessas situações, a declaração de óbito deve ser providenciada e a Central Estadual de Transplantes deve ser imediatamente comunicada. Por sua vez, a Central acionará um Banco de Tecidos Oculares, cujo profissional fará todos os procedimentos necessários à retirada da córnea, inclusive a reconstituição do corpo.

Caso a morte tenha decorrido de causa não natural, o corpo deverá ir para o Instituto Médico Legal-IML para ser submetido a necropsia. A retirada de outros tecidos, como pele e tecido ósseo, não pode acontecer nestas condições pois requer um ambiente apropriado, como um hospital, por ser um procedimento mais complexo.

Os órgãos doados vão para pacientes que necessitam de um transplante e já estão aguardando em uma lista de espera unificada e informatizada. A posição na lista de espera é definida por critérios técnicos como: (i) tempo de espera, (ii) urgência do procedimento, e (iii) compatibilidade sanguínea entre doador e receptor. A compatibilidade genética entre doador e receptores, quando necessária, é determinada por exames laboratoriais. Para alguns tipos de transplantes é exigida, ainda, (iv) a compatibilidade antropométrica.

Cabe à Central Estadual de Transplantes, por meio do sistema informatizado, gerar a lista de receptores compatíveis com o doador em questão. Se não existirem receptores compatíveis no estado ou o mesmo não realizar a modalidade de transplante referente ao órgão doado, o órgão é ofertado à Central Nacional de Transplantes CNT/MS do Ministério da Saúde para a distribuição nacional.

Sempre se destaca que a existência desta lista única assegura a seriedade e a transparência de todo o processo de doação de órgãos e tecidos.

Esse Sistema de Lista Única é constituído pelo conjunto de potenciais receptores brasileiros, natos ou naturalizados, ou estrangeiros residentes no país, inscritos para o recebimento de cada tipo de órgão, tecido ou célula. Este sistema é regulado por um conjunto de critérios específicos para a distribuição aos potenciais receptores, assim constituindo o Cadastro Técnico Único (CTU).

A lista é única, organizada por estado ou região do país, e monitorada pelo Sistema Nacional de Transplantes (SNT) e por órgãos de controle federais. Isso impossibilita que uma pessoa conste em mais de uma lista e permite que a ordem legal seja obedecida, asseguram as autoridades.⁴⁰

40 Disponível em: < <https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/saes/snt/faq/perguntas-frequentes-faq> > Acesso em: 20.08.2023

5. MORTE ENCEFÁLICA E SEU DIAGNÓSTICO

Entende-se por morte encefálica⁴¹ como a parada definitiva e irreversível do encéfalo, provocando em poucos minutos a falência de todo o organismo. O encéfalo inclui o cérebro e o tronco cerebral ou tronco encefálico que é responsável pelas funções essenciais do organismo, como o controle da pressão, da temperatura e da respiração, dentre outras.

Dessa forma, após algumas agressões neurológicas, as células do cérebro podem morrer e deixar de cumprir mencionadas funções, apresentando um quadro que é irreversível. Aparelhos e remédios podem manter a respiração e a pressão arterial, mas por um espaço curto de tempo. Quando constatada a morte encefálica, significa que a pessoa está morta e que, nessa situação, os órgãos podem ser doados para transplante, se a família consentir, vontade que é reforçada quando há a escritura pública de doação de órgãos e tecidos, elemento e sistema elaborados pelos operadores do direito do Estado do Rio Grande do Sul e que vem a auxiliar e contribuir na decisão da família. Se não houver o consentimento familiar, os aparelhos serão desligados, já que o indivíduo está clínica e legalmente morto.

Há muita precisão no diagnóstico de morte encefálica, o qual é regulamentado por uma resolução do Conselho Federal de Medicina⁴² e realizado por meio de exames específicos e pela avaliação de dois médicos diferentes. O intervalo mínimo de tempo a ser observado entre os exames clínicos é de no mínimo uma hora nos pacientes a partir de dois anos de idade. Além disso, é obrigatória a confirmação do diagnóstico por, pelo menos, um dos seguintes exames complementares: angiografia cerebral, cintilografia cerebral, ultrassom com *doppler* transcraniano ou eletroencefalograma.

Por conseguinte, é possível o diagnóstico de morte encefálica por meio de exame clínico, ou seja, o diagnóstico é clínico, mas pela legislação brasileira, ele deve ser confirmado com outro método de análise, como exemplificado acima, eletroencefalograma, angiografia cerebral, dentre outros.

A princípio, o diagnóstico de morte encefálica pode ocorrer em qualquer hospital, pois referido diagnóstico básico é clínico e deve ser feito por um médico especificamente capacitado a realizar os procedimentos para a determinação de morte encefálica. Contudo, alguns hospitais não têm condições de complementar o diagnóstico com exames específicos, como a lei exige. Sendo assim, uma equipe médica e equipamentos podem ser deslocados de um hospital para outro para a realização dos exames necessários. A manutenção hemodinâmica do corpo após a morte encefálica ocorre de forma artificial, ou seja, ilustrati-

41 Vide o que dispõem os artigos 18 e 19 do Decreto nº 9.175 de 2017.

42 A Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.480, de 1997, trata do diagnóstico de morte encefálica.

vamente, o coração é induzido a funcionar à custa de medicamentos, o pulmão funciona com a ajuda de aparelhos e o corpo continua a ser alimentado por via endovenosa.

Pertinente destacar que a morte encefálica não é o mesmo que o coma. Algumas pessoas confundem morte encefálica com coma, mas essas são condições completamente diferentes. O coma é reversível; ou seja, a pessoa ainda pode “acordar”, recobrar a consciência.

Assim, um paciente com morte encefálica não tem possibilidade de acordar novamente, é quando o cérebro para de funcionar, isto é, o sangue deixa de circular não levando mais oxigênio para as suas células acarretando perda irreversível das funções cerebrais, caracterizando o óbito da pessoa. Em síntese, existem exames neurológicos que facilmente diferenciam o coma do estado de morte encefálica.

Por conseguinte, uma pessoa em estado de coma não pode ser doadora, uma vez que coma é um estado que pode ser reversível, já a morte encefálica, como o próprio nome sugere, não. Uma pessoa somente se torna um potencial doador após o correto diagnóstico de morte encefálica e a fundamental autorização dos familiares, lembrando sempre que a sistemática em que se insere a escritura pública lavrada gratuitamente nos tabelionatos gaúchos facilita e viabiliza a necessariamente rápida e ágil tomada de decisão familiar.

Sabe-se que não existe restrição absoluta, entretanto, a doação de órgãos pressupõe alguns critérios mínimos como o conhecimento da causa da morte, ausência de doenças infecciosas ativas, dentre outros pressupostos. Também não poderão ser doadoras as pessoas que não possuem documentação ou menores de dezoito anos, sem a autorização dos responsáveis.

A identificação de um possível doador ocorre por meio das Organizações de Procura de Órgãos (OPO) que atuam em parceria com as Comissões Intra-hospitalares de Doação de Órgãos e Tecidos para Transplante (CIHDOTT), junto aos hospitais com perfil notificante de determinada região geográfica, identificando potenciais doadores e viabilizando o processo de doação. As OPO e CIHDOTT são vinculadas à Central Estadual de Transplante.

Nesse contexto, há realizações brasileiras que merecem reconhecimento e que orgulham a todos, sendo que um desses feitos é o sistema nacional de transporte de órgãos, pois é referência internacional, permitindo que ocupemos a quarta posição no “ranking dos países que mais realizam transplantes e nos permite vislumbrar ainda mais pacientes sendo salvos a cada ano”⁴³. Observa Celso Ferrer que o setor aéreo nacional⁴⁴ é parte relevante dessa engrenagem desde os

43 FERRER, Celso. CEO da Gol Linhas Aéreas. *Celebrar é Preciso in* Revista Gol nº 230 - agosto/ setembro 2022, p. 10.

44 Diz Celso Ferrer que o “setor aéreo é absolutamente fundamental nessa corrida contra o tempo que uma doação demanda”. Acrescenta que “criar e desenvolver sistemas, processos e

anos 1990, quando “um acordo assinado entre as companhias aéreas e diversas entidades públicas e privadas garantiu o transporte gratuito de órgãos, ossos, tecidos, instrumentos e pessoal necessários para a realização de transplantes”.⁴⁵

Além de todos os aspectos técnicos e científicos envolvidos nos transplantes de órgãos e tecidos há também o aspecto da solidariedade e conforme declarado por membros de companhias aéreas⁴⁶ de que “nada supera a emoção de voar transportando a bordo um órgão para transplante. Alocada dentro do *cockpit*, a caixa térmica especial simboliza uma operação de resgate daquilo que nos é mais precioso, garantir que uma pessoa ganhe a chance de se reencontrar com a vida”⁴⁷.

Há também entidades que dão suporte às doações e transplantes, como a Viavida Pró-Doações e Transplantes⁴⁸, ente sem fins lucrativos, que orienta pessoas, incentivando a doação de órgãos e tecidos para viabilizar a possibilidade de cada vez maior número de vidas possam ser salvas, tendo, portanto, como objetivo de dar esperança e força para crianças, adolescentes e adultos que lutam para sobreviver na fila de espera de transplantes.

Existem iniciativas como a de “adoção de um leito” em que a Viavida, desde 2004, hospeda gratuitamente na Pousada Solidariedade, em Porto Alegre-RS, pessoas oriundas de localidades de todo o país, ou seja, doentes em pré e pós-transplante, acompanhado de um familiar cuidador. A referida pousada oferece alimentação básica, assistência social e serviços de apoio pedagógico e psicológico, além de oficinas de culinária, artesanato, informática, música e lazer, todos através do voluntariado.⁴⁹

tecnologias que trabalhem em benefício das pessoas, com criatividade, empatia, solidariedade e capacidade de realização”, afluindo o que o ser humano tem de melhor. (FERRER, Celso. CEO da Gol Linhas Aéreas. *Celebrar é Preciso in Revista Gol* n° 230 - agosto/setembro 2022, p. 10).

45 É praxe que “voos que estão transportando órgãos têm prioridade absoluta para pousos e decolagens. A urgência se dá tanto pela necessidade de quem está na fila do transplante como porque órgãos como coração e pulmão têm prazo de validade de quatro a seis horas. Além do voo, tem ainda o tempo que o agente leva para chegar ao hospital onde está o paciente. (...)” (*Sem Limites para Viver in Revista Gol* n° 230 - agosto/setembro 2022, p. 66)

46 Nessas situações de doações e transplantes de órgãos e tecidos há uma delicada corrida contra o tempo: “O processo começa no instante em que a equipe médica identifica a morte cerebral de um paciente. A partir do atestado de óbito e com o consentimento formal da família, o órgão poderá ser doado. O hospital, então, comunica a Central Nacional de Transplantes, responsável por procurar possíveis receptores espalhados pelo país reunidos numa lista única. Identificação feita, as empresas aéreas são acionadas, verificam suas disponibilidades de destino e aguardam a equipe especializada chegar com o órgão a ser transportado. A embalagem não pode passar pelo raio-X (para não danificar o órgão) e vai sempre na cabine do piloto. (*Sem Limites para Viver in Revista Gol* n° 230 - agosto/setembro 2022, p. 64).

47 FERRER, Celso. CEO da Gol Linhas Aéreas. *Celebrar é Preciso in Revista Gol* n° 230 - agosto/setembro 2022, p. 10.

48 VIAVIDA PRÓ-DOAÇÕES E TRANSPLANTES: fb/viavida.org – www.viavida.org.br – tel.: +55 51 3333-4519

49 Colaborações para ajudar na manutenção e no custeio mensal da Pousada Solidariedade são

Pertinente ainda observar que após o transplante de coração realizado no domingo, dia 27 de agosto de 2023, o apresentador Fausto Silva deu entrevista ao colunista Lucas Pasin, do Uol, no dia 31 de agosto de 2023, e além de destacar a importância do SUS-Sistema Único de Saúde, expressou a necessidade de engajar-se em projetos de doação de órgãos: “O meu primeiro pensamento foi: eu preciso motivar a doação de órgãos. O Brasil tem que ser o primeiro lugar do mundo. Tem que existir mais projetos. Precisamos fazer alguma coisa para melhorar isso e pensarmos nos próximos. Precisamos usar a fé na doação. Se eu não tivesse fé, não estaria vivo”.⁵⁰ Fica aí mais um exemplo de reconhecimento e da importância de trabalhar e incentivar as doações de órgãos e tecidos.

6. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE HUMANA - O RECEPTOR E O DOADOR DE ÓRGÃOS E TECIDOS

Na obra *Os Transplantes de Órgãos e Tecidos em Face da Lei 10.211/2001* - Uma análise sob a ótica dos direitos humanos fundamentais, os autores Andiarra Roberta Silva de Oliveira e Theobaldo Spengler Neto realizam uma análise constitucionalista acerca dos transplantes de órgãos e tecidos, através do estudo da principiologia e dos direitos fundamentais elencados na Constituição de 1988, mormente aqueles que se referem à vida e à dignidade humana, paradigmas para a compreensão do tema em questão, que foi objeto de legislação específica, especialmente, dentre outras, a Lei n.º. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, a qual trouxe grande flexibilidade na oportunidade da doação, cabendo ao doador, em vida, dispor ou não de seus órgãos, mediante registro nos documentos de identidade, e a Lei n.º. 10.211 de 2002, que alterou alguns dispositivos da lei anterior, inserindo a necessidade de autorização da família do morto para a retirada de seus respectivos órgãos, mesmo que este tenha manifestado de forma expressa em vida a opção de ser doador.

Demonstra a mencionada obra⁵¹ que, acima de tudo, a dignidade humana, o direito à vida e aos demais direitos fundamentais inerentes tanto ao receptor como ao doador de órgãos e tecidos devem ser respeitados. Ressaltam os autores que o princípio constitucional da dignidade humana é fruto de conquistas históricas. Objetivavam os autores promover o necessário amadurecimento da discussão em busca da garantia à vida digna.

realizadas por meio da conta bancária: Banco Banrisul (041) Agência 1167, conta corrente 06.062018.0-5, Via Pró-Doações e Transplantes, CNPJ 04.043.606/0001-65.

50 Jornal O Povo, Fortaleza-Ceará, sexta-feira, 01 de setembro de 2023, p. 3. Disponível em: <www.opovo.com.br> Acesso em: 01.09.2023, edição: Domitila Andrade; e-mail: domitila.andrade@opovo.com.br

51 OLIVEIRA, Andiarra Roberta Silva de Oliveira; e SPENGLER NETO, Theobaldo; *Os Transplantes de Órgãos e Tecidos em Face da Lei 10.211/2001* - Uma análise sob a ótica dos direitos humanos fundamentais. Santa Cruz do Sul/RS: Essere nel Mondo, 2014.

Os mencionados juristas, conceituando direitos fundamentais, em especial o direito à vida, demonstram que os direitos fundamentais mantêm íntima vinculação com a prática da doação e transplante de órgãos e tecidos, com integridade física, com o poder de disposição do próprio corpo, com a liberdade de consciência e de direitos de personalidade, que são direitos subjetivos privados.

Referindo-se a paradoxos envolvendo a doação e transplantes de órgãos e tecidos, os dois mencionados autores dizem que se faz necessária, partindo da legislação existente sobre o tema, “uma interpretação constitucionalizante acerca do transplante de órgãos e tecidos, de modo a concretizar a Constituição Federal de 1988”, especialmente no que tange aos seus princípios fundamentais, como a dignidade humana e o direito à vida.

Lembram⁵², desde à época da publicação da obra, em 2014, da relevância da manifestação de vontade do doador ainda em vida, devidamente documentada para a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas, para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá ainda de autorização do cônjuge ou parente, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

O livro sobre transplantes, dos autores Andiana de Oliveira e Theobaldo Spengler discute as condições e possibilidade dos transplantes de órgãos e tecidos no Brasil, a partir de uma leitura constitucional garantidora dos direitos humanos. Partindo de um resgate histórico dos direitos humanos dão ênfase ao elemento de defesa da dignidade da pessoa humana e ainda dos desejos demonstrados pelo doador enquanto vivo, ou seja, legando seus órgãos a quem deles depende para uma vida mais digna.

Por isso, inferimos e entendemos plausível que para dar efetividade ao princípio de uma vida digna aos que necessitam de transplantes de órgãos e tecidos, aceitável o entendimento que deve prevalecer a possibilidade de vida digna àqueles que precisam de transplantes, em detrimento das vontades daqueles que choram pela morte de seus entes. Por conseguinte, nessas situações, conclui-se, até em respeito ao princípio da proporcionalidade que mais importante a possibilidade do Estado assegurar a dignidade da vida dos que estão necessitando de transplantes do que acatar a vontade da família, especialmente quando o doador deixou manifestação expressa e por escrito da intenção de ser doador.

7. CONCLUSÃO

Observou-se que os atos notariais propiciam eficácia e segurança jurídica e também contribuem para dar maior efetividade ao princípio da solidariedade,

52 Na página 76 da obra de OLIVEIRA, Andiana Roberta Silva de Oliveira; e SPENGLER NETO, Theobaldo; *Os Transplantes de Órgãos e Tecidos em Face da Lei 10.211/2001 - Uma análise sob a ótica dos direitos humanos fundamentais*. Santa Cruz do Sul/RS: Essere nel Mondo, 2014.

especialmente em momentos críticos, quando não há possibilidade de cura, a não ser o transplante de órgãos e tecidos, bem como nos momentos em que se verifica a morte encefálica, onde se vivencia o sofrimento dos familiares e a importância do instrumento de convencimento que auxilia fazer prevalecer a vontade daquele que deixou manifestação expressa em escritura pública declaratória de intenção de doação de órgãos e tecidos, no caso, escrituras lavradas gratuitamente nos tabelionatos de notas do Rio Grande do Sul.

Para essas situações extremas, portanto, buscou-se mecanismos jurídicos e de convencimento que contribuíssem para dar maior efetividade ao princípio da solidariedade e para assegurar o direito à vida digna àqueles que necessitam de transplantes de órgãos e tecidos, bem como para dar eficácia e segurança jurídica à vontade do doador no momento de sua morte, contribuindo na tomada de decisão familiar.

Verificou-se a relevante inovação ocorrida no Estado do Rio Grande do Sul, no que tange às escrituras públicas declaratórias de intenção de doação de órgãos e tecidos, bem como a importância das diretrizes e mecanismos postos na legislação nacional brasileira que são fundamentais para organização, transparência e realização dos transplantes de órgãos e tecidos no país.

Por conseguinte, tendo em vista que a atribuição dos notários é garantir o respeito e a concretização, no plano jurídico, da vontade de tantos quantos pretendam doar órgãos e tecidos para transplantes, no Estado do Rio Grande do Sul, especialmente, é assegurada, gratuitamente, a adequada consignação da manifestação livre da vontade do doador, em escritura pública declaratória de intenção de doação de órgãos e tecidos, a qual também será utilizada para contatar a família e ainda auxiliar no convencimento da autorização para realização da doação.

A Portaria nº 2.600, de 21 de outubro de 2009, do Ministério da Saúde, aprovou o Regulamento Técnico do Sistema Nacional de Transplantes. Tal portaria foi editada tendo por fundamento de validade as disposições da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, do Decreto nº 2.268, de 30 de junho de 1997, da Lei nº 10.211, de 23 de março de 2001, e da Lei nº 11.521, de 18 de setembro de 2007, bem como é resultado de Consulta Pública⁵³ a que foi submetido o mencionado regulamento técnico, tendo havido ampla discussão em torno da referida norma, que contou com a participação da comunidade transplantadora, da comunidade técnico-científica, das sociedades médicas, dos profissionais de saúde, dos gestores do Sistema Único de Saúde - SUS, dos transplantados, dos candidatos a transplante e da sociedade em geral e as contribuições apresentadas para o aperfeiçoamento de sua formulação técnico médica-jurídico-científica. Dessa forma, com a aprovação do Regulamento do Sistema Nacional de Transplantes, consubstanciado na Portaria nº 2.600 de 2009, do Ministério

53 Consulta pública realizada por intermédio da Portaria nº 2.040/GM, de 25 de setembro de 2008, do Gabinete do Ministro de Estado da Saúde.

da Saúde, é obrigatória a observância do disposto na referida norma **técnica**, para o desenvolvimento de toda e qualquer atividade relacionada à utilização de células, tecidos, órgãos ou partes do corpo, para fins de transplantes em todo o território nacional.

Tendo em vista o princípio constitucional da solidariedade e a fim de se dar efetividade ao princípio de uma vida digna, bem como ao da autonomia da vontade, para se cumprir com a nobre missão dos médicos de salvar vidas e a de concretizar a vontade dos doadores consubstanciadas nas escrituras públicas declaratórias de intenção de doação de órgãos e tecidos, lavradas gratuitamente pelos tabeliães em atividade no Estado do Rio Grande do Sul, é indispensável que os familiares dos doadores se conscientizem da importância que tem a prática deste ato de amor e de generosidade, permitindo que a vida transcenda ao evento morte e assegurando a efetivação de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 2023.
- BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Brasília, 2023.
- BRASIL. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Brasília, 2023.
- HARARI, Yuval Noah. *Notas sobre a pandemia: e breves lições para o mundo pós-coronavírus*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2020; p. 96. Tradução Odorico Leal.
- HARARI, Yuval Noah. *The world after coronavirus*. Disponível em: <https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75>. Acesso em: 20 jun. 2022.
- NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; BENÍCIO, Hercules Alexandre da Costa. *Escrituras Públicas Internacionais: A Disponibilidade dos Tabelionatos Brasileiros para Pessoas no Exterior*. In: NALINI, Jose Renato; SCAFF, Ricardo Felício (org.). *Tabelionato de Notas e a 4ª revolução industrial*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 137-156.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. São Paulo: Edipro, 2016. Tradução Daniel Moreira Miranda.

Recebido em: 26/09/2023

Aprovado em: 27/05/2024

A RES PUBLICA NA REALEZA ROMANA: DIREITO, FAMÍLIA E ORGANIZAÇÃO POLÍTICA CIDADÃ

THE RES PUBLICA IN ROMAN ROYALTY: LAW, FAMILY AND CITIZEN POLITICAL ORGANIZATION

MAURICIO DA CUNHA SAVINO FILÓ*

RESUMO

O artigo verificou a organização jurídica e política da cidade romana antiga, sendo que se concentrou no período histórico conhecido como Realeza. O objetivo geral foi compreender a criação da *civitas* e de suas instituições jurídicas e políticas, a fim de responder ao seguinte questionamento: houve elementos jurídicos-políticos republicanos, durante o período da Realeza? Utilizando fontes primárias e autores especializados no tema, o desenvolvimento ocorreu em três seções. Na primeira, explicou-se o que foi a *civitas*, na segunda seção verificou-se Roma no período de domínio latino-sabino. Ao final, na terceira seção, analisou-se a dominação etrusca. Por meio de um método de abordagem dedutivo, um método de procedimento monográfico e técnica de pesquisa bibliográfica documental. Os resultados apontam para a existência de elementos republicanos desde a fundação urbe, durante o período dos primeiros reis romanos. Conclui-se, em linhas gerais, que o período republicano foi um aperfeiçoamento de um sistema monárquico eletivo e vitalício, mas não hereditário.

PALAVRAS-CHAVE: Cidadania. Direito público romano. Instituições. Paradigma jurídico. Republicanismo.

ABSTRACT

The article examined the legal and political organization of the ancient Roman city, focusing on the historical period known as the Kingship. The general objective was to understand the creation of the civitas and its legal and political institutions, in order to answer the following question: were there republican legal-political elements during the period of the Kingship? Using primary sources and authors specializing in the subject, the development took place in three sections. The first explains what civitas was; the second section looks at Rome during the period of Latin-Sabine predominance. Finally, the third section analyzed Etruscan domination. It uses a deductive approach, a monographic procedural method and a bibliographic documentary research technique. The results point to the existence of republican elements since the city's foundation, during the period of the first Roman kings. The general conclusion is that the republican period was a refinement of a monarchical system that was elective and for life, but not hereditary.

KEYWORDS: Citizenship. Roman public law. Institutions. Legal paradigm. Republicanism.

INTRODUÇÃO

A longevidade dos institutos românicos abarca treze séculos¹ de produções jurídicas; entretanto, apesar de haver certa conexão entre elas, pode-se verificar

* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor Titular na Universidade do Extremo Sul Catarinense.

E-mail: mauriciosavino@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7436-1664>.

1 A pesquisa de institutos romanos considera o que foi produzido desde a fundação da cidade em 754 a. C. e a morte de Justiniano em 565 d. C. (MEIRA, 1975, p. 13). Esse período é dividido em três grandes fases com as seguintes datas aproximadas: Realeza (754 a.C. a 510 a. C.); República (510 a. C. a 27 a. C.); e o Império (27 a. C. a 565 d. C.), que é dividido em Principado (27 a. C. a 284 d. C.) e Dominato (284 d. C. a 565 d. C.) (GIUDICE, 2016).

que houve “direitos romanos” distintos, de acordo com o lapso temporal de enfoque². Esse fator permite, e exige³, pesquisas jurídicas em períodos mais recortados.

Esta pesquisa concentra-se no surgimento e organização política da *civitas*⁴, como forma de entender os desdobramentos que levaram à passagem da Realeza à República dos romanos.

Para se aprofundar na pesquisa do Direito Romano, é necessário ir diretamente às fontes primárias, que são obras de cunho histórico, jurídico e político, cujos autores se preocupavam – algo comum naquela época – em caracterizar as grandes personalidades e suas experiências pessoais. Apesar desse estilo, a utilização direta das fontes permite compreender os romanos em seu contexto antigo.

Não obstante a confirmação da veracidade das narrativas das obras Tito Lívio e de Dionísio de Halicarnaso⁵, optou-se pela *obra liviana*, em razão de se entender que aquele autor fornece maiores detalhes⁶ jurídicos⁷ sobre os institutos antigos. Além disso, haverá a utilização de obras de renomados juristas romanistas e historiadores modernos.

O objetivo desta pesquisa é compreender a criação da *civitas* e das instituições políticas e jurídicas romanas, a fim de responder ao seguinte questionamento: no período da Realeza houve elementos republicanos?

O desenvolvimento desta pesquisa irá se dividir em três partes, sendo que na primeira seção explicar-se-á o que foi a *civitas*, na segunda verificar-se-á Roma no período de predomínio latino-sabino e na terceira seção analisar-se-á a dominação etrusca.

A pesquisa é jurídica; porém, em razão de seu objeto, necessita de um diálogo interdisciplinar. Buscar-se-á, portanto, discutir com a história do direito, com a filosofia do direito e com a ciência política, seguindo uma estrutura que propõe uma metodologia adequada a essa tarefa⁸, que envolve um método de abordagem dedutivo, um método de procedimento monográfico e técnica de pesquisa bibliográfica documental.

2 BREZONE, 1998, p. 31.

3 FERRAZ, 1989, p.27.

4 *Civitas* significava a associação política ou religiosa de Roma, enquanto *urbe* significava o local físico daquela organização, que era considerado como um verdadeiro santuário da associação consagrada (COULANGES, 2006, p. 117; ROULAND, 1997, p. 34). Todavia, neste artigo, tanto *civitas* quanto *urbe* são utilizados para designar aquela antiga organização dos romanos.

5 ROULAND, 1997, p. 27.

6 SILVA; MORAIS, 2021.

7 RIBAS ALBA, 2009, p. 113-114.

8 Segundo se verifica em Mezzaroba e Monteiro (2014).

1. A CRIAÇÃO DE ROMA

Há inúmeros mistérios sobre a formação de Roma, fomentados pelas incertezas sobre fatos ocorridos na Península Itálica⁹, quando, séculos antes da formação da Magna Grécia¹⁰, vieram diversos agrupamentos indo-europeus. Todavia, algumas comprovações e descobertas sobre esse período primitivo permitem verificar o porquê de seus hábitos pragmáticos¹¹ e militares¹², desde a ocupação dos Sete Montes¹³.

O gênio romano¹⁴ formou-se ao contato com diversos povos (mediterrâneos, provenientes do norte da Europa, latinos, úmbrios, etruscos e gregos)¹⁵, sendo que somente o latim arcaico se conservou inalterado¹⁶.

A importância desse fato para o Direito está em se considerar o grupo étnico dos latinos – inserido nos povos indo-europeus – um dos pressupostos para a constituição¹⁷ de um Ordenamento Jurídico próprio¹⁸, que permitiu ultrapassar limites primitivos e se chegar a uma estrutura arcaica própria.

A vocação à integração se manifestou cedo, por meio de instituições que garantiram a autonomia dos grupos e evitaram conflitos, o que explica o embrião da organização política romana: a família¹⁹.

Quando se aprofunda a investigação da primitiva organização familiar, verifica-se um chefe (*pater familias*) como detentor de poder e de autoridade (*potestas-auctoritas*). Essa família²⁰ não encontrou um Estado ou uma estrutura que concorresse com seus interesses, razão pela qual pôde-se constituir em uma comunidade política soberana dotada de dois objetivos: manter a ordem entre seus associados e defendê-los de ameaças externas.

9 CARDOSO, 1987, p. 57-58.

10 LE GLAY, 1990, p. 54.

11 ROULAND, 1997, p. 22-26.

12 HOMO, 1960, p. 69; HOMO, 1958, p. 5-7.

13 LE GLAY, 1990, p. 57.

14 A expressão “gênio romano” refere-se à idiosincrasia do povo romano, que se revelava pragmática, criativa e agregadora.

15 PETIT, P., 1971; HOMO, 1960, p. 52.

16 Os etruscos primitivos (ou *Tyrrhenoi*, para os gregos) influenciaram os romanos sobretudo no aspecto artístico e religioso, enquanto a influência grega é por acultramento peninsular, e encontra-se inicialmente no direito e nas instituições (LE GLAY, 1990, p. 55-56).

17 Quando se utilizar a palavra “constitucional” ou “constituição” referenciando o período Antigo se quer referir à natureza da *cidade*, sua forma de organização, sua estrutura e instituições, ou seja, os desdobramentos ocorridos desde sua raiz primitiva até a urbe. Não se faz referência a conceitos modernos de direito público constitucional nem às constituições imperiais romanas, advindas posteriormente, no Principado e no Dominado.

18 RIBAS ALBA, 2015, p. 18.

19 VALDITARA, 2008, p. 3.

20 DURANT, 1971, p. 46-48.

Aquela concepção familiar difere da concepção contemporânea, geralmente, pautada pelo parentesco sanguíneo, pelo elo civil ou vínculo afetivo²¹, pois o *pater familias* a controlava com *potestas* absoluto todos os seus membros e toda a propriedade (*mancipium*)²², que possuía características de soberania. Como outra prova de sua autonomia, ainda havia uma religião familiar que, consistindo no culto aos deuses lares²³, unia ainda mais seus membros.

Como todos os varões estavam ligados ao genitor ou ascendente direto mais velho, podia-se utilizar o instituto da *emancipatio*²⁴, cujo objetivo era o surgimento de um novo *pater*²⁵; porém, por razão de costume, enquanto vivo, a *potestas* do *pater* era maior que a *potestas* de seu filho²⁶.

A organização familiar era autônoma, mas possibilitava convivência harmônica com outras famílias romanas; a autonomia se manteve inalterada na época primitiva por motivos de escassez econômica²⁷ e/ou desconsideração de um ente (divino ou governamental) que pudesses (ou devesse) uni-las; entretanto, é um erro considerá-las uma espécie de pequeno estado, pois não havia continuidade da estrutura familiar. Era efêmera²⁸.

Todavia, pode-se dizer que havia certa *personalidade jurídica* naquela organização, em razão de que a morte do *pater*, apesar de liberar os descendentes imediatos do vínculo que os prendia, não lhes transmitia a herança propriamente²⁹, pois permanecia a propriedade comum do solo (*ager publicus*).

Não obstante isso, as novas famílias possuíam uma ligação de união em razão do primeiro ancestral ou progenitor. Essa ligação se chamou *gens* e era perpetuada pelo nome comum gentílico³⁰. Quando as famílias se enriqueceram e começaram a sofrer assaltos de povos externos, puderam buscar na *gens* uma forma de defesa externa mais eficiente e conceder, com menor riscos e de forma precária, o uso de terras para pessoas poderem se agregar a alguma família. Essas pessoas foram chamadas de *clientes*³¹.

O patrício, ao se tornar patrono, celebrava um acordo de confiança com o cliente beneficiado chamado *fides*, que tornou-se a base do fenômeno jurídico romano: às obrigações do vassalo, havia contrapartidas obrigatórias pelo *gentile*

21 VALDITARA, 2008, p. 3.

22 NORONHA, 1994, 163.

23 ROSTOVZEFF, 1983, p. 40.

24 VALDITARA, p. 4-5.

25 GIARDINA, 1991, p. 14-15.

26 VALDITARA, 2008, p. 5.

27 ROULAND, 1997, p. 26.

28 VALDITARA, 2008, p.4-5.

29 RIBAS ALBA, 2015, p. 28.

30 PETIT, E. H. J., 2003, p. 34.

31 VALDITARA, 2008, p. 6.

correlato, sob pena capital de este ser considerado *sacer*: uma expulsão como maldito, alguém a ser exterminado³².

Com o enriquecimento da campanha romana, as *gentes* passaram a demonstrar incapacidade em sua missão de defesa externa e manutenção da ordem interna, o que ensejou alianças de cunho religioso entre famílias que habitavam aldeias contíguas³³, quando, por receio de uma invasão do povo Sabino, criou-se a Liga das Sete Colinas (Sete Montes).

Naquele momento, surgiram as cúrias, espécie de organização que transcendia o vínculo de parentesco, permanecendo após o misterioso aparecimento da *cidade*. Apesar de se verificar, em fontes primárias, a exaltação heroica da fundação da urbe e a escassez de detalhamento histórico sobre os primeiros quatro reis, o período da Realeza possui dados históricos confiáveis, que tornam possível a compreensão dos institutos jurídicos de forma ampla, segura e prudente³⁴.

Quando se criou a urbe, realizou-se um ritual de natureza religiosa (talvez etrusca), mas com efeitos jurídicos: foram assinalados os limites do *Pomerium*, um local que, com aprovação de Júpiter, ficaria a salvo do caos do mundo³⁵.

Relevando os aspectos míticos das fontes, surgem aspectos históricos e jurídicos³⁶ que possibilitam verificar que a legitimação do poder ocorreu, desde seu início, por meio do voto e que a *potestas* do rei não poderia ser absoluta, como ocorria com o *pater familias*³⁷.

Como a urbe necessitou de um chefe capaz de garantir a ordem interna e externa, razão de ser de qualquer tipo de associação romana, provavelmente com o consentimento de um restrito conselho de (cem) *patres* (Senado), elegeu-se o *primus pater*³⁸. O monarca, apesar de vitalício, esforçava-se para agradar ao povo, pois sabia que dele provinha seu poder³⁹.

Os romanos primitivos rapidamente se uniram com parte dos sabinos (liderados pelo rei Tito Tácio) e incorporaram o elemento etrusco. Houve a divisão do povo em trinta cúrias, a criação de três centúrias de cavaleiros e o

32 Nas palavras de Meira (1983, p. 394) significaria uma pessoa a ser morta por qualquer um do povo, para Ribas Alba (2015, p. 38) era uma expulsão como maldito.

33 À semelhança do que teria sido a liga dos albaneses, cujo centro foi Alba Longa (VALDITARA, 2008, p. 7-8).

34 Grandazzi, 2010, p. 135-136.

35 LÍVIO, 2008, Livro I, VII.

36 Como a religião e a *Civitas* serem igualmente fontes legitimadoras do poder real (GRANDAZZI, 2010, p. 135-136).

37 LÍVIO, 2008, Livro I, VII, após o fratricídio, precedeu-se a convocação da multidão em assembleia e a nomeação de Rômulo como Rei vitalício, com poderes para ditar a legislação necessária para o Povo.

38 VALDITARA, 2008, p. 12.

39 ROULAND, 1997, p. 37.

umento do número de senadores para duzentos⁴⁰. *Comitia (cum-ire)* significava ir junto com (as cúrias), por isso na *comitia curiata* (comício por cúria) reuniam-se os membros das trintas cúrias, cuja decisão se converteu em *lex curiata*⁴¹.

No processo eleitoral que perdurou até a República, havia um espaço para que todos (particulares e eleitos: rei e, posteriormente, magistrados) manifestassem sua opinião de forma livre, individual, informal e direta, antes de ocorrerem manifestações nos *comitia*; entretanto, havia outro espaço, de equilíbrio, denominado *contio*, uma assembleia não deliberativa, mas que formalizava ou causava a desistência de propostas serem encaminhadas às deliberações. Os *comitia calata* eram uma assembleia que possuía natureza mista entre o *contio* e os *comitia curiata*⁴².

Somente em razão dessas cúrias – base da cidadania – cujo consenso era necessário para mudanças nas relações políticas, e do instituto da realza eleita e não hereditária é que se pôde conservar o poder originário do *pater familias*⁴³.

Mas isso não significou que os atos iniciais tenham se dado por meio de votação em assembleia, mas, sim, que houve um poder delegado para realizar o que fosse necessário para se transpor a fase primitiva pela fundação da urbe⁴⁴.

Os *patres*, que entregaram seu poder ao Rei para que este gerisse a *Res Publica* da melhor forma possível, realizaram uma espécie de contrato vitalício, dando ao monarca eleito condições de implementar a ordem interna e externa.

A eleição – um dos princípios do direito público, desde a Monarquia – revela um direito eleitoral em Roma composto por um mecanismo complexo, organizado por meio da declaração de vontade dos cidadãos, denominado *suffragium*⁴⁵. Não se utilizou em Roma a aclamação da proposta do líder, comum em sociedades primitivas, manifestada pelo bater de escudos e armas acompanhados de rugidos da tropa de cidadãos. O *suffragium* sempre foi um direito de decidir por meio de manifestação individual de vontade, que –

40 LÍVIO, 2008, Livro I, XIII.

41 As decisões dessa assembleia eram de natureza administrativa, apesar do nome (*lex*), como ocorria na cerimônia da *adrogatio* que era dirigida pelo *rex* (e, posteriormente, na república pelo *pontifex maximus*), mas mantendo-se a soberania daquele comício. Mas como a *lex curiata* poderia ser também uma resposta à *adrogatio* do monarca, extrai-se um início de atividade legislativa nas cúrias, após maioria de votos, que seriam dezesseis das trinta cúrias (VALDITARA, 2008, p. 15-17; HOMO, 1958, p. 9). Além de eleger o rei e votar a *lex*, a assembleia realizava declaração de guerra e paz, apelações das decisões em processos criminais emitidos pelo rei ou seus delegados e atuava na concessão da cidadania, a *adrogatio*, a adoção e o testamento (HOMO, 1958, p. 9; PETIT, E. H. J., 2003, p. 36).

42 Cf. Ribas Alba (2009a, p. 126-140).

43 VALDITARA, 2008, p. 14-15.

44 LÍVIO, 2008, Livro I, VIII; JUSTINIANO, 2005, p. 24, D1.2.2.1.

45 Conforme Ribas Alba (2009b, p. 51), “o *suffragium* dos cidadãos se integra dentro de um sistema eleitoral complexo que surpreende a quem pela primeira vez se acerca a ele pensando que encontrará um mecanismo rudimentar de assinalação de cargos públicos. Não é assim” (tradução nossa).

integrado num sistema eleitoral complexo – permitia verificar o princípio da maioria.

2. AS INSTITUIÇÕES NO PERÍODO DE PREDOMÍNIO LATINO-SABINO

Além dos institutos de direito romano eleitoral, outro aspecto importante para se entender o contexto em que os romanos estavam inseridos é o relativo ao uso que se poderia fazer da propriedade. O fim da independência das *gens* inspirou ideias de bem comum e proporcionou a instituição da *res publica* (coisa pública) como patrimônio da coletividade, o que impediu que qualquer cidadão explorasse bens de forma a prejudicar a urbe⁴⁶. Nesse sentido, observa-se um grande erro histórico defender que, no período da Realeza ou da República, havia a possibilidade de uso ilimitado da propriedade agrária, pois a propriedade privada teria sido concedida somente dentro do *Pomerium*, o restante seria *ager publicus*⁴⁷.

Os *patres*, ao se organizarem em um órgão unicameral, denominado “Senado”, realizaram *sua composição com chefes de famílias de maior e de menor relevância para as gentes*⁴⁸; apesar de ser um colégio que representava um aspecto de autoridade honorífica, não se tratou de mero órgão de anciãos conselheiros⁴⁹.

A origem do Senado não está ligada à formação das *gentes*, que nunca possuíram chefes para comandar as soberanas famílias dos Sete Montes, fora dos períodos de guerra ou de defesa externa. O que ocorreu foi a necessidade da inserção daqueles *patres* mais influentes no Senado, por meio de uma concessão, para viabilizar a fundação da urbe⁵⁰. Como se queria fundar uma nova cidade, em uma região de constantes ataques, é natural que se quisesse contar com as famílias mais poderosas.

A Autoridade (*Auctoritas*) do Senado possuía natureza obrigatória, e não meramente opinativa, tanto que aqueles *patres* impediam que as prerrogativas

46 Os bens comuns pertencem a todos, presumindo uma exploração criteriosa, como o curso da água, uma montanha, uma mina (SCHIAVONE, 1991, p. 25-26).

47 Conforme Ribas Alba (2015, p. 42), “cada cidadão recebe em propriedade uma parcela, *heredium*, [...] na zona situada entre a Cidade e o limite miliário. Mais além desse território, a terra era *ager publicus* [...]” (tradução nossa).

48 VALDITARA, 2008, p. 18-19.

49 Como defenderam historiógrafos como Homo (1958, p. 9-10) e Mommsen (2017, p. 51), concluindo – equivocadamente – que, primitivamente, o Senado reuniu todos os chefes das *gentes* para aconselhar permanentemente o rei, cuja importância política se restringia ao período do interregno real.

50 Conforme detalha Valditara (2008, p. 19), indo mais além de Rouland (1997, p. 41-42), que prefere ver nos senadores pessoas idosas que eram extremamente enérgicos e combativos a mudanças.

das assembleias por cúrias⁵¹ fossem absolutas⁵², mas preservava-lhes a *maiestas* (soberania)⁵³.

Com a predominância de latinos e de sabinos sobre os etruscos, o povo romano, unido sob o mano da autoridade real⁵⁴, revelava-se superior a seus magistrados. A legitimação do poder não poderia ocorrer por si só. Ser eleito a um cargo é um direito e uma honra, mas que não pode ir além do que se estabeleceu na eleição. Em razão disso, os reis eleitos possuíam a *maiestas* subordinada para cumprir a missão de preservar a *res publica*, não podendo se sobrepor às *maiestas* do *Populi Romani*.

Pela complexa organização da *Civitas*, justifica-se que os romanos tenham sido identificados como povo realista⁵⁵, avesso a teorias ou concepções sistematizadas; seus problemas, ao contrário, eram resolvidos quando a premência lhes exigia.

Dessa forma, o *populus romanus* se configurou em um sujeito político com personalidade distinta de seus membros, mas sem ser fictício, por se constituir de cidadãos⁵⁶ que atuavam, direta e indiretamente, para preservar a *res publica*, notadamente, por meio de três institutos: rei, Senado e comícios por cúrias.

Com a morte de Tácio, acaba-se a diarquia, e Rômulo completa um reinado unificado de trinta e sete anos (753-716)⁵⁷. O rei latino-sabino garantiu

- 51 As cúrias foram uma divisão da Cidade em trinta partes, a fim de que a diarquia monárquica (Rômulo e Tácio) pudesse administrar a *civitas* por meio do sufrágio de seus membros, surgindo leis curiatis (JUSTINIANO, 2005, p. 24, D.1.2.2.2)
- 52 Com sua autoridade, estabelece-se que o *rex* deveria pedir parecer ao Senado (*senatus consulta*) sobre todas as questões relevantes ao Estado (*civitas*) e que ele deveria conceder sua autorização (*auctoritas patrum*) às decisões do *comitia curiata* para que elas se tornassem leis (PETIT, E. H. J., 2003, p. 36-37).
- 53 A fórmula da *civitas* primitiva seguiu a seguinte fórmula: a soberania (*maiestas*) permaneceu nas cúrias (muitos) convivendo com um Senado cada vez mais oligarca (poucos), o que não deixava de ser um fator de limitação do poder do *rex* (um) (VALDITARA, 2008, p. 20). Segundo Ribas Alba (2009b, p. 83): “a *maiestas* do *Populi Romani* é exercida por meio do magistrado, o qual é titular de uma *maiestas* subordinada e derivada da majestade popular”.
- 54 Surgiu uma ordem de cavaleiros, fundamental para a defesa externa, que subdividia inicialmente em três partes para indicar sua origem étnica: o nome de rammenses, por causa de Rômulo e *titienses* por causa de Tito Tácio, e *luceres*, provavelmente, em razão do líder da raça etrusca Lucuwio que se incorporou a Roma (LÍVIO, 2008, Livro I, XIII, p. 67; PETIT, E. H. J., 2003, p. 33)
- 55 Esta é a expressão de Homo (1960, p. 111). Conforme Touchard (1959, p. 91-94), implementar o ócio sem necessidade premente era um ato imoral, pois a moral estabelecia primeiro viver (agir), depois filosofar” (*primum vivere (agere), deinde philosophari*), a única exceção romana à abstração intelectual era com relação ao direito dos homens e das coisas, pois isso oferecia um quadro diretamente ligado à ação. Esta abstração sobre o direito gerou um registro que foi chamado de “razão escrita” (SERRA, 1954, p. 141).
- 56 Conforme Ribas Alba (2015, p. 44), homens ou mulheres, vivos ou mortos, estes em razão de que os antigos costumes e determinações (*Mores Maiorum*) deveriam ser preservados como fonte jurídica.
- 57 LÍVIO, 2008, Livro I, XIV-XVI.

a autonomia dos *patres*, para que continuassem tendo soberania em seus domínios particulares, mas sem possibilidade se oporem ao poder real⁵⁸ ou prejudicarem a *Res Publica*.

O poder real continuou derivado do poder dos *patres* durante toda a época pré-etrusca, o que se comprova por meio de uma *lex curiata* surgida na época da monarquia etrusca, que transferiu, somente naquela época, todo o poder de comando militar dos *patres* ao monarca⁵⁹.

Outro fato que comprova isso é o retorno do poder aos *patres* quando o rei morria; o poder (oriundo inicialmente de todos os *patres*) passava a ser exercido provisoriamente por um rei interino (*interrex*) eleito no Senado até a eleição de um novo monarca (*interregnum*)⁶⁰, assim como o poder real de ver os auspícios (*auspicia ad patres redeunt*)⁶¹. Esses *patres* e seus descendentes formaram a ordem dos patrícios.

A importante função da jurisdição cabia ao rei que instituía um tribunal, montado no lugar das assembleias e ordenava (*ius*) nos dias sagrados (*dies fasti*). Essa separação de *ius* e *fasti* revela a distinção entre atividades judicantes (secretas) e legislativas (de origem gentílica)⁶².

O rei organizava os processos privados, podendo exigir uma contribuição das partes para as despesas (*munera*), além de contribuições para as obras públicas. Nos processos criminais, que exigiam uma pena pública, passou a ser assistido por colaboradores, notadamente, os *quaestores parricidii*⁶³.

Chegou a haver um direito privado e outro público, mas essa divisão não se enquadra nas concepções jurídicas modernas⁶⁴ – por exemplo, inicialmente, o assassinato do *pater familias* (parricídio ou *parricidium*)⁶⁵ e a alta traição à *Res Publica* (*perduellio*) foram os únicos objetos do direito penal público. Essa concepção de direitos público e privado permitiu que o Direito barrasse manifestações de interesses individuais dos *patres* que fossem nocivas ao *populus*

58 PARICIO; BARREIRO, 2014, p. 46.

59 VALDITARA, 2008, p. 13 e 31-32.

60 PARICIO; BARREIRO, 2014, p. 46

61 VALDITARA, 2008, p. 12

62 MOMMSEM, 2017, p. 111

63 VALDITARA, 2008, p. 14

64 Segundo Meira (1972, p. 184), o critério para se saber se o hermeneuta está diante de um direito público ou privado romano é verificar se o interesse da norma visa o indivíduo (direito subjetivo, privado) ou a coletividade (direito objetivo, público).

65 A morte de um *pater familias* causava grande repercussão social, pois a constituição da urbe era realizada com base na unidade familiar, que tinham nos *Patres* não só a responsabilidade pela administração dos bens de todos os membros de sua família até a sua morte, mas também grande autoridade moral. Rocher (1984, p. 109), salienta a gravidade do *parricidium* e do *perduellio* para a subsistência da *civitas*.

*romanus*⁶⁶. Em linhas gerais, pode-se afirmar que tudo o que afetasse mais a coletividade do que o indivíduo seria objeto do direito público, excluindo-se, dessa forma, a possibilidade de haver um uso ilimitado e irresponsável da propriedade.

O desenvolvimento do Direito (*ius*) ocorreu pela manutenção dos conceitos primitivos e pela resolução dos casos que se apresentavam na urbe⁶⁷. Como as leis eram consuetudinárias e guardadas em sigilo e interpretadas somente por sacerdotes (pontífices), evitavam-se alterações na estrutura social. De fato, por muito tempo os costumes se apresentaram como a única fonte certa do direito privado⁶⁸.

Nessas funções os pontífices – que não eram literalmente “construtores de pontes” ou líderes carismáticos⁶⁹, mas sábios que dominavam os conhecimentos sobre os números, os calendários e a história – foram os primeiros peritos e técnicos do direito e da religião, assistindo o monarca⁷⁰, que se inclinava a seguir suas indicações.

Segundo Lívio⁷¹, quando o Rômulo desaparece em 716, talvez vítima de um assassinato, houve um grande impasse sobre o seu sucessor, provocado pela cisão entre romanos e sabinos, que exigiam um *rex* de sua tribo. Então, em razão desta necessidade, surge o procedimento jurídico do interregno, que instituía o *interrex*, permitindo à cidade permanecer com suas funções internas e externas ativas pelo chefe provisório⁷².

O novo rei foi o sabino Numa Pompílio (715-673), que, vendo o povo romano demasiadamente belicoso, tentou abrandar seu caráter por reformas de

66 A cognição “mágico-sacral-religiosa” e a cognição do *ius* foram realizadas para a compreensão de como deveria ser a atuação dos *patres*, pelo que se criou o colégio dos sábios pontífices que prescreviam aspectos de sociabilidade terrenos e divinos (NICOLETE, 1991, p. 76-77).

67 O desenvolvimento do *ius* ocorreu pelas respostas (*responsa*) dos pontífices aos *patres* sobre conflitos entre famílias e *gentes*, cuja consulta se baseava na recordação das tradições (*mores*), experiências sociais e conceitos religiosos (NICOLETE, 1991, p. 76-78).

68 Sendo o *fas* a norma que regula a relação com o divino, o *ius*, produzido nos dias *fasti* era a aplicação daquela norma por meio de *sacra*, cujas fórmulas ao serem somente reveladas casuisticamente pelos sacerdotes, permitiam o equilíbrio e a manutenção dos valores romanos (VALDITARA, 2008, p. 22). Também nesse sentido Durant (1971, p. 21) e Petit E. H. J. (2003, p. 43).

69 Não se encontra na cultura islâmica ou hebraica similar atuação jurídica em seus juristas-teólogos e somente alguns traços comuns com os exegetas atenienses (BRETONNE, 1998, p. 89).

70 A religião é traço comum na família e na *civitas*, pois se o *pater familias* é o sacerdote do culto aos deuses lares, o monarca será por sua vez o sumo sacerdote (AHRENS, 1897, p. 38-39).

71 LÍVIO, 2008, Livro I, XVI e XVII.

72 A nomeação (*dictio*) do *interrex* gerava um mandato limitado ao período de cinco dias, ao qual poderiam suceder outro *interrex* sucessiva e ilimitadamente, por também cinco dias, até que um deles conseguisse reunir os comícios por cúrias (HOMO, 1958, p. 9).

caráter ético-religioso⁷³: divisão do ano em doze meses, criação de sacerdotes⁷⁴, escolha de um pontífice para ter pormenorizado e transcrito ritos sagrados, com datas, fontes das despesas pagadoras e a instituição de cerimônias públicas e privadas que visassem o respeito ao direito divino⁷⁵.

Não obstante isso, a grande obra do segundo rei está no culto e na devoção à *fides*, que se torna o juramento mais solene, pois lembrava aos romanos que o que fosse jurado por eles teria como testemunha os deuses⁷⁶. Esse fundamento *numaico* muito se aproxima do *pitagorismo*, razão pela qual, em Roma, homenageou-se Pitágoras com uma estátua em local sagrado, provavelmente, por considerarem Numa como seu discípulo. Independentemente desta última possibilidade⁷⁷, verifica-se que o romano não era contrário às influências externas, especialmente vindas da Grécia, desde que lhes fossem úteis.

Aquela religião *numaica* criou a primeira forma de processo privado, quando se passou a analisar as causas com base na justiça por seu fundamento inicial, ou seja, o que foi sacramentado (*sacramentum*), verificando-se, principalmente, se houve falsidade no juramento⁷⁸.

As decisões que se seguiam eram registradas pelo colégio mais importante, o dos pontífices⁷⁹, que realizou a primeira obra jurídica de que se tem notícia, anotando e registrando várias jurisprudências e as primeiras fórmulas processuais⁸⁰.

73 Se o período de Rômulo foi o da guerra, em Numa se tem o rei da paz, revelando que a harmonia contribuiu para a cidade tanto quanto a força (LÍVIO, 2008, Livro I, XXI). Cícero (1967, livro II, p. 75) ao dar sua versão do que seriam as leis, explica também como deveria ser a constituição religiosa, que daria estabilidade à cidade, pouco diferindo do que teria sido estabelecido por Numa.

74 O sacerdócio pressupunha o conhecimento do bom e do justo, a fim de separá-lo e poder cultuar a justiça (JUSTINIANO, 2005, Livro I, D.1.1.1.1.1, p. 17).

75 Conforme se verifica nas fontes (LÍVIO, 2008, Livro I, XX).

76 Fundando o Santuário de *Fides Publica*, seu juramento introduziu o sistema básico de obrigações recíprocas entre homens e entre estes e deuses, sendo por muitos séculos considerado condição de paz e fundamento daquela religião (LE GLAY, 1990, p. 63).

77 Lívio (Livro 1. 18) e Cícero (2016, p. 76, livro II, XV) entenderam ser impossível uma relação de discipulado por questões cronológicas. Mas em sentido contrário: há registro de Numa utilizar ritos gregos; descobriu-se que uma estátua de Pitágoras ficava no local sagrado dos Comícios; e, na própria sepultura de Numa, foram encontrados papíros em latim e em grego, cuja leitura de Plínio concluiu que *in iis libris scripta erant philosophiae Pythagoricae* (nos livros, os escritos eram da filosofia de Pitágoras) (VITUCCI, 1976, p. 153-162).

78 Valditara (2008, p. 21) ressalta que qualquer falsificação era causa de severa punição.

79 As associações possuíam arquivos particulares, nos quais guardavam todos os documentos políticos e religiosos, sendo que o colégio pontífice era o de maior hierarquia (HOMO, 1960, p. 5; MEIRA, 1975, p. 46).

80 Nos colégios (*collegia*), ou associações, havia diversos tipos de sacerdotes, que se organizavam para cumprir algum objetivo. Seus serviços variavam desde guardar a história e o direito, até oferecer sacrifícios, purificar a *urbe* na cerimônia lustral e fazer os auspícios (DURANT, 1971, p. 52).

O segundo colégio mais importante foi o dos *feciais* (guardiões da paz), depositário de regras que podem ser consideradas como o direito internacional arcaico⁸¹, obrigando os romanos a cumprir o tratado com aqueles que não fossem do *Populus Romani*.

O monarca era o supremo sacerdote, em razão de a religião conservar a *civitas* e proporcionar a paz (*pax deorum*), cujas quatro intervenções básicas eram: a nomeação do rei, a verificação dos auspícios para atos relevantes para a cidade, a sanção de crimes e a produção do direito⁸².

Pelas fontes⁸³, o terceiro rei de Roma foi Tulo Hostílio (672-641), de origem romana, um monarca que adorava a guerra e cujo mérito foi a duplicação dos cidadãos romanos pela ruína da Alba e pela derrota dos Sabinos que não se instalaram em Roma com o rei Tácio.

O quarto rei de Roma – seguindo Lívio⁸⁴, foi Anco Márcio (640-117), neto de Numa Pompílio, cuja obra se voltou para a revitalização das práticas religiosas e instituição de cerimônias de guerra, além de estender a cidade, o território e as fronteiras.

Pela narrativa das fontes referente ao período latino-sabino, muito se especulou sobre a existência de dualismo em toda a Realeza, como uma espécie de prelúdio a dualismos na República, como a diarquia consular e a disputa entre ordens⁸⁵.

Durante a Realeza latino-sabina, a clientela passou a ser incrementada também por ex-escravos que se vinculariam ao antigo dono. Os escravos estavam abaixo de todas as classes ou ordens. A escravidão podia ocorrer como forma de pagamento de dívida ou execução de dívida, quando o devedor respondia com seu próprio corpo⁸⁶.

Mas, em sua maioria, os escravos eram prisioneiros de guerra agraciados pela comutação da morte em escravidão, passando a ser tratados como membros da família e exercendo desde a direção dos negócios indicados pelo *pater* até ofícios cujos ganhos eram repartidos com seu senhor⁸⁷.

81 Valditara (2008, p. 21-25) ressalta que o Colégio dos Feciais criou as primeiras fórmulas de Direito Internacional Público que se conhece.

82 VALDITARA, 2008, p. 20

83 LÍVIO, 2008, Livro I, XXX

84 2008, Livro I, XXXII-XXXIII

85 Segundo Le Glay (1990, p. 61) não dão exemplo “[...] os gêmeos Rômulo e Remo, a associação Rômulo e Tito Tácio, rei dos sabinos, o par Rômulo/Numa, isto é, o fundador político e o criador religioso [...]”. Sendo que o político/religiosos ou guerra/paz se repetem depois em Tulo Hostílio/Anco Márcio. Outra explicação possível seria a criação da mitologia para esses quatro reis se enquadrarem na tripartição existente em todo sistema político, religioso e social indo-europeu, que garante três funções essenciais de soberania político-religiosa (reis, sacerdotes, magistrados); forças produtivas (trabalhadores) e poderio militar (soldados), sendo que a própria religião apresentava essa trindade em seu funcionamento com Júpiter, Marte e Quirino (LE GLAY, 1990, p. 62).

86 ALFÖLDY, 1989, p. 27

87 ROSTOVITZ, 1983

O ponto mais controverso nesta historiografia, todavia, refere-se aos plebeus, pois, sem serem clientes ou escravos, estiveram em situação de grande fragilidade. A controvérsia é alimentada pelo fato de que muitos clientes e patronos, pelos mais diversos motivos⁸⁸, transformaram-se em plebeus (*transitio ad plebem*)⁸⁹.

Parece que a plebe estava no início da cidade, ou logo após sua formação, conforme se confirma pela leitura das fontes⁹⁰, sendo que, naquela fase primitiva, alguma distinção entre plebeus e vassalos já se fazia notar⁹¹.

Em Justiniano⁹², registra-se que a clientela é acessória à ordem patrícia e a plebe é incompatível com o conceito de povo. Mas pesquisas recentes demonstram que o dualismo plebeu-patrício não esteve presente no início da *civitas*, sendo fruto de uma “mobilidade social horizontal”⁹³.

No início, somente havia pessoas que viviam da criação de rebanhos e de pequenas horticulturas com seus vassalos⁹⁴, sendo a propriedade privada um dos elementos de poder e soberania dos *patres*, mantendo a família como a pilastra de toda a organização social⁹⁵.

Descobriu-se que na Antiguidade, contudo, que senhores e ricos mercadores trocavam de povo e de soberano, mas raramente de classe social, o que era permitido em Roma⁹⁶.

A origem da plebe é entendida como fruto da posterior vinda de populações mais pobres e outras que foram em busca de riqueza e bem-estar⁹⁷, mas não fruto de uma exclusão inata⁹⁸.

88 Por exemplo, os contratos quando leoninos eram anulados para se evitar o desequilíbrio, mas quando válidos eram regidos pelo *pacta sunt servanda* (SCHIAVONE, 1991, p. 27), não se admitindo a insolvência nos empréstimos, sob pena de escravização fora de Roma ou morte do patrício (CARDOSO, 1987, p. 63), fato que podia transformar outros clientes e patrícios em plebeus.

89 PARICIO; BARREIRO, 2014, p. 50

90 LÍVIO, 2008, Livro I, IX, p. 57.

91 PETIT, E. H. J., 2003, p. 35.

92 JUSTINIANO, 2005, Livro I, 1.2.4.

93 GRANDAZZI, 2010, p. 153-155.

94 LE GLAY, 1990, p. 70.

95 VALDITARA, 2008, p. 20.

96 Conforme Grandazzi (2010, p. 153-156). Comprova isso os membros do Senado, *patres maiorum* e *minorum gentium* – e os *conscripti*, com iguais prerrogativas. Estes foram somados àquele órgão e que os *patres minorum gentium* possuíam provavelmente menos terras que os *patres maiorum*, o que revela um patriciado indefinido e não uma ordem fechada e exclusivamente descendente dos *patres* originais (ROCHER, 1984, p. 12).

97 Em uma época desprovida de qualquer tipo de proteção social ou profissional, a urbe aparecia como uma ótima opção para os que quisessem recomeçar ou mudar de vida (ROULAND, 1997, p. 34).

98 GRANDAZZI, 2010, p. 153-157.

3. A DOMINAÇÃO ETRUSCA NA CIDADE ROMANA

Não há uma data exata para o predomínio etrusco em Roma. Suas cidades-Estados caracterizavam pelo poder centralizado, abuso de tradições religiosas na vida política e organização social em dois grupos, um de nobres e outro praticamente escravizado⁹⁹. Desde o contato direto com os etruscos, os romanos se recusaram adotar a cultura daquele povo oriental, o que deu ensejo à fidelidade dos patrícios aos valores inicialmente estabelecidos, que passaram a ser considerados imutáveis¹⁰⁰.

O quinto rei, Lúcio Tarquínio Prisco, era etrusco. Em seu governo (661-579), dobrou o número de cavaleiros das três centúrias, propiciando a derrota dos sabinos e a subjugação de toda a raça latina¹⁰¹.

Com os etruscos surgiu uma nova concepção política tendente a absorver de forma absoluta – no *imperium* – os poderes de comando militar dos *patres* e a enfraquecer os comícios e o Senado, desvirtuando o instituto de *suffragium*¹⁰².

Acaba-se com a concepção original da reciprocidade entre o *rex*, a vontade popular (comícios) e a *auctoritas patrum* (Senado), necessária para o exercício das funções reais (*regia potestas*) – mais especificamente, acaba-se com o binômio *auctoritas-potestas*, presente desde o início da monarquia¹⁰³.

Mas essa nova era é marcada pelo desenvolvimento da urbe, na qual o trabalho de engenharia etrusca consegue tornar pela primeira vez cultivável vastas terras da campanha romana¹⁰⁴.

A ordem dos plebeus aumentou por novos cidadãos vindos em três vertentes: ampliação do comércio, a necessidade de produtos manufaturados e a conquista do Lácio, que fez plebeus os pequenos agricultores latinos, enquanto seus patronos eram admitidos como patrícios¹⁰⁵.

A plebe podia habitar o solo romano, mas, ao não fazer parte das *gentes*, era afastada dos direitos políticos, civis, religiosos e costumeiros¹⁰⁶. Todavia,

99 ALFÖLDY, 1989, p. 19.

100 ROULAND, 1997, p. 27-30.

101 LÍVIO, 2008, Livro I, XXXIV-XXXVIII.

102 O símbolo do *imperium* era a “fasces” (cinta cilíndrica de couro vermelho tendo um machado preso em uma parte), carregada pelos *lictors* para açoitar, e pelo “*labrys*” (machado de dupla lâmina) para decapitar os *patres* desobedientes. O *suffragium* passou a ser um ritual no qual o exército, convocado, aclamava, com armas nas mãos, o *rex* eleito (VALDITARA, 2008, p. 32-34).

103 MORA, 1999, p. 90-92.

104 Em fontes arqueológicas descobriram-se túneis verticais de cinco metros de profundidade, que seguiam por até mais de 4 quilômetros para secar e circular o ar no solo (ROULAND, 1997, p. 27-32).

105 ROSTOVITZ, 1983, p. 34.

106 HOMO, 1958, p. 10-11.

ao não serem considerados inicialmente cidadãos, os plebeus não tiveram obrigações concernentes ao serviço militar e ao pagamento de impostos¹⁰⁷.

Alguns plebeus logo se enriqueceram em tempos de conflitos, cuja classe¹⁰⁸ ainda foi aumentada por muitos *clientes* serem recompensados com independência e terras conquistadas pelo serviço militar prestado¹⁰⁹, havendo, ainda, plebeus que se tornaram ainda mais pobres¹¹⁰.

Mas, pelo aumento da ordem plebeia, Tarquínio amplia o número de membros nas 30 cúrias, transformando em patrícias algumas famílias plebeias que se chamaram *minores gentes* ou pelo nome de uma das três tribos mais o adjetivo *secundi*¹¹¹.

Sérvio Túlio, de origem etrusca, foi o sexto rei de Roma (578-535), ao substituir Tarquínio, que havia sido assassinado. Ele distribuiu terras aos plebeus e criou uma divisão social de classes pela fortuna das famílias¹¹².

A cidadania, que na República era adquirida sob a base (hereditária) do *ius sanguinis*, chegou a ser concedida inicialmente ao arbítrio do *pater familias* pela *manumissio* do próprio escravo e depois foi estendida a grupos que se incorporaram a Roma, desde a época dos albaneses¹¹³.

A partir de Tarquínio, a economia já não era somente agrária, havendo uma nova classe rica não proprietária de terra, o que enseja uma nova classificação de cidadania e de direitos políticos pelo capital¹¹⁴. Substituiu-se o *ius sanguinis* pelo critério da residência com fins de participação armada¹¹⁵ e criou-se o instituto do censo¹¹⁶.

Encargos passaram a ser distribuídos em razão da classe e não da origem da pessoa, havendo pena de prisão ou morte por tentativa de eludir o censo¹¹⁷. Desconsiderava-se o critério anterior das ordens para haver maior arrecadação de impostos e soldados no exército¹¹⁸.

107 PEIXOTO, 1997, p. 22.

108 Esclarece-se que quando se utilizar os termos “classe” ou “ordem” para plebeus ou patrícios, não há qualquer conotação em seu sentido marxista, surgida posteriormente aos fatos em análise. Deve-se ressaltar o sentido de ordem e não de classe, pois os plebeus não buscaram direito novo, mas “[...] pretenderam e vagarosamente conseguiram, nos agitados períodos da história romana, a participação nas instituições então existentes” (FERRAZ, 1989, p. 22).

109 ROSTOVITZ, 1983, p. 37.

110 ALFÖLDY, 1989, p. 29.

111 PETIT, E. H. J., 2003, p. 37.

112 LÍVIO, 2008, Livro I, XLII, p. 141.

113 VALDITARA, 2008, p. 25-26.

114 LE GLAY, 1990, p. 70-71.

115 HOMO, 1958, p. 13-14.

116 VALDITARA, 2008, p. 36-38.

117 LÍVIO, 2008, Livro I, XLII e XLIV

118 FERRAZ, 1989, p. 35.

Apesar de o objetivo ter sido fortalecer e preservar a urbe e seu território, o exército e o *ager romanus*, inseriu-se o princípio timocrático¹¹⁹. O conceito de *civitas* foi alterado pelo censo, pois a cidadania tarifada trouxe a desigualdade social e política¹²⁰.

O voto de cada cidadão se computava na respectiva centúria e a unidade votante era a própria centúria: uma centúria equivalia a um voto. Entretanto, se os cavaleiros e a primeira classe que detinham a maioria dos votos entrassem em acordo, de nada valeria as demais centúrias, que nem chegavam a ser convocadas para votar. Com exceção da segunda classe, rarissimamente as classes mais baixas eram chamadas para votar¹²¹.

Dessa forma, nasceram os *comitia centuriata*, uma assembleia somente convocada pelo rei, que englobou todo o povo romano (patrícios e plebeus). O que ali fosse deliberado somente se tornaria lei após a outorga da *auctoritas patrum*, sendo mantida intacta a assembleia por cúrias¹²².

O comício centuriato torna-se uma assembleia política em razão da desvalorização do ordenamento curiato e da confusão do termo *suffragium* com manifestações militares de legitimação do poder¹²³.

As reformas obtiveram três resultados significativos: a) ampliação dos quadros do exército para todo o povo; b) distribuição do imposto de acordo com a renda; c) a instituição de nobres pelo patrimônio¹²⁴.

As formações militares de elite introduzidas pelos etruscos (*hoplitenpoliteia*) começaram a ser realizadas conjuntamente por soldados patrícios e plebeus, possibilitando a estes o conhecimento sobre armas¹²⁵.

O objetivo etrusco, ao não poder contar com o apoio do Senado formado por cidadãos mais antigos e influentes, era poder contar com os cidadãos mais ricos que se incorporavam à *civitas*¹²⁶. E, talvez, Sêrvio Túlio intencionasse substituir a monarquia por outro regime, razão pela qual teria sido morto e ultrajado por seu genro Tarquínio filho (ou neto) do quinto rei¹²⁷.

Em 534, o sétimo rei Tarquínio (o Soberbo) instaurou um regime de brilhantes vitórias no exterior e enriquecimento para a urbe; mas, com a legitimidade da espada, que não poupava nem senadores, foi um típico tirano grego, unindo as antigas *gentes*¹²⁸.

119 SCHIAVONE, 1991, p. 33.

120 LE GLAY, 1990, p. 70-71.

121 LÍVIO, 2008, Livro I, XLIII, p. 145

122 PETIT, E. H. J., 2003, p. 39

123 VALDITARA, 2008, p. 36

124 PETIT E. H. J., 2003, p. 40

125 ALFÖLDY, 1989, p. 30

126 LE GLAY, 1990, p. 71

127 LÍVIO, 2008, Livro I, XLIX, p. 157

128 HOMO, 1958, p. 18-19; PEIXOTO, 1997, p. 198

A tradição apresenta que a expulsão do rei etrusco teve como gota d'água a morte de Lucrecia¹²⁹, e as novas fontes não deixam de considerar Tarquínio como usurpador, tirano e autor de atos cruéis contra os romanos¹³⁰.

Não se pode esquecer também, todavia, que a realeza etrusca havia entrado há muito em conflito com a aristocracia romana e que Tarquínio planejava implementar uma dinastia hereditária¹³¹, ao mesmo tempo que desagradava imensamente aos plebeus, o que, de fato, selou seu fim na revolução republicana de 509 a. C.¹³².

O último Tarquínio feriu o binômio que havia entre *auctoritas* e *potestas*, por abusar de seu *imperium*; dessa forma, com a *auctoritas* anulada, acabava o equilíbrio das instituições monárquicas, gerando a necessidade de uma reformulação¹³³.

Houve claras diferenças nos valores das monarquias latino-sabinas e etruscas. Enquanto monarquias latino-sabinas se fundaram na *fides*, na liberdade de autodeterminação do *pater familias* e no equilíbrio advindo da religião cuidada pelos pontífices, as monarquias etruscas eram concebidas no *imperium*, na complexidade organizacional, na implementação de cultos comuns¹³⁴, em substituição aos cultos particulares, e na desvalorização das cúrias e do Senado¹³⁵.

Em razão dos atos que antecederam o fim da Realeza, a República será tida como sinônimo de liberdade: quem não conseguir entender essa nova forma de pensar será sancionado e quem souber utilizá-la será glorificado¹³⁶.

CONCLUSÃO

Há grande material de pesquisa nas fontes do direito público romano, que, como se pôde confirmar pelas fontes pesquisadas, não eram simplistas ou frágeis, negando a notória premissa de que os romanos teriam sido gigantes no direito privado e pigmeus no direito público. Nada mais falso, ainda mais perante a verificação do crescente desenvolvimento daquelas instituições, criadas e aperfeiçoadas pela necessidade diária.

Na fundação da Urbe não o rei não utilizou assessores ou magistrados, sendo o monarca quem deveria resolver as contingências para o bem estar dos cidadãos. Não obstante isso, o poder real foi legitimado pela vontade do povo

129 LÍVIO, 2008, Livro I, LX).

130 LE GLAY, 1990, p. 75-76

131 VALDITARA, 2008, p. 25-26

132 HOMO, 1958, p. 18-19

133 Nesse sentido Petit P. (1971) aponta que uma das características principais da República romana foi a separação entre a Autoridade (*auctoritas*) e o Poder (*imperium* ou *potestas*).

134 DEL GIUDICE, 2006, p. 35.

135 VALDITARA, 2008, p. 50-52

136 LE GLAY, 1990, p. 75-76

romano e autorizado pela *auctoritas* do Senado, para garantir estabilidade às instituições, o que revela elementos de republicanismo naquele período real.

A tentativa de desnaturalizar as instituições de direito público romano, a fim de que houvesse uma concentração de poder na figura real, durante o domínio etrusco, fez com que surgisse o Período Republicano, que, na verdade, foi uma forma de reafirmar o valor republicano inerente à formação da *civitas*, cuja maior expressão encontrava-se em seu princípio de liberdade.

REFERÊNCIAS

AHRENS, Enrique. **Compendio de la historia del derecho romano**. Notas críticas de F. Giner, G. de Azcárate y A. G. de Linares. Madrid: Librería de Victoriano Suarez, 1879.

ALFÖLDY, Gèza. **A história social de Roma**. Tradução de Maria do Carmo Cary. Lisboa: Presença, 1989.

BRETONE, Mario. **História do direito romano**. Tradução de Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Estampa, 1998.

CARDOSO, Ciro Flamarion Santana. **A Cidade-Estado antiga**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1987.

CATALANO, Pierangelo. **Populus romanus quirites**. Torino: Giappichelli, 1974.

CHAMOUNT, Ebert. **Instituições de direito romano**. 5. ed. Rio de Janeiro: : Forense, 1968.

CÍCERO. **Das Leis**. Tradução, introdução e notas por Otávio t. de Brito. São Paulo: Cultrix, 1967.

CÍCERO. **Da República**. Edição: Ridendo Castigat Mores. Versão para eBook. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/darepublica.html>>. Acesso em: 15 ago. 2022.

COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: EDAMERIS, 1961.

DEL GIUDICE, Federico. **Il nuovo manuale di storia del diritto romano (diritto pubblico romano)**. 5. ed. Napoli: Grupo Editoriale Simone, 2016.

DURANT, Will. **César e Cristo: história da civilização romana e do cristianismo até o ano 325**. Tradução de Mamede de Souza Freitas. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1971.

FERRAZ, Manuel de Figueiredo. **Do tribunado da plebe**. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 1989.

GIARDINA, Andrea. O homem romano. In: ANDREA, Giardina (Dir.) **O homem romano**. Tradução de Maria Jorge Vilar de Figueiredo. Lisboa: Presença, 1991. p. 7-18.

GRANDAZZI, Alexandre. As origens de Roma. Tradução de Christiane Gradwohl Colas. São Paulo: Unesp, 2010.

HOMO, Leon. **La Italia primitiva y los comienzos del imperialismo romano**. Tradução para o espanhol de Jose Lopez Perez. 2. ed. México: Union Tipográfica Editorial Hispano Americana (UTEHA), 1960.

HOMO, Leon. **Las instituciones políticas romanas, de la ciudad al Estado**. Tradução para o espanhol de Jose Lopez Perez. Direção de Henri Berr. 2. ed. México: Union Tipográfica Editorial Hispano Americana (UTEHA), 1958.

JUSTINIANO I, Imperador do Oriente. **Digesto de Justiniano**. Livro primeiro: Introdução ao direito romano. Tradução de Hécio Maciel França Madeira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Livro 1: Introdução ao direito romano/imperador do Oriente.

JUSTINIANO I, Imperador do Oriente. **Digesto de Justiniano**. Livro segundo: Jurisdição. Tradução de José Isaac Pilati. Florianópolis: Ed. da UFSC; FUNJAB, 2013.

LE GLAY, Marcel. **Grandeza y decadencia de la República romana**. Tradução de Antonio Seisdedos. Madri: Cátedra, 1990.

LÍVIO, Tito. **Historia de Roma**: desde a fundação da cidade. Edição Bilingüe. Tradução de Mônica Costa Vitorino. Introdução e notas de Júlio César Vitorino. Revisão da Tradução Guilherme Gontijo Flores. Belo Horizonte: Crisálida, 2008. Livro 1: A monarquia.

LOPES, Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014

MEIRA, Silvio Augusto de Bastos. **A Lei das XII Tábuas**: fonte do direito público e privado. 3ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

MEIRA, Silvio Augusto de Bastos. **Curso de direito romano**: história e fontes. São Paulo: Saraiva, 1975.

MEIRA, Silvio. O “imperium” no direito romano. **Revista de Informação legislativa**, Brasília, Ano 23, n. 90, p. 99-118, abr./maio/jun. 1986.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOMMSEN, Theodor. **História de Roma**. Livro primeiro: Desde la fundación de Roma hasta la caída de los reyes. Disponível em: <<https://cideargumentacio->

nes.files.wordpress.com/2013/08/theodor-mommsen-historia-de-roma-libro-i.pdf >. Acesso em: 15 ago. 2022.

MONTANELLI, Indro. **História de Roma**. Tradução de Sandra Lazzarini. Rio de Janeiro: Record, 1969.

MORA, Francisco Javier Casinos. El dualismo autoridade-potestad como fundamento de la organización y del pensamiento políticos de Roma. **Polis: revista de ideas y formas políticas de la Antigüedad Clásica**, Alcalá de Henares, n. 11, p. 85-109, 1999. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/148867.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2022.

NICOLETE, Claude. O cidadão e o político. In: GIARDINA, Andrea (Org.). **O homem romano**. Tradução de Maria Jorge Vilar de Figueiredo. Lisboa: Presença, 1991. p.73-86.

NORONHA, Carlos Silveira. Conceito e fundamentos de família e sua evolução na ordem jurídica. **Revista Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 10, p. 161-174, jul. 1994. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/69389/39157>>. Acesso em: 15 ago. 2022

PARICIO, Javier; BARREIRO, A. Fernander. **História del derecho romano e su recepción europea**. 10. ed. Madrid: Marcil Pons, 2014.

PEIXOTO, José Carlos de Matos. **Curso de direito romano**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. t. 1.

PETIT, Eugène Henri Joseph. **Tratado elementar de direito romano**. Tradução de Jorge Luíz Custódio Porto/Adaptação e notas Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2003.

PETIT, Paul. **História antiga**. Tradução de Pedro Moacir Campos. São Paulo: Edipe, 1971.

PILATI, José Isaac. Nota do tradutor. In: JUSTINIANO, Imperador do Oriente. Tradução de José Isaac Pilati. Florianópolis: Ed. da UFSC; Funjab, 2013. Livro segundo: Jurisdição.

RIBAS ALBA, Jose Maria. **Democracia en Roma: introducción al derecho electoral romano**. Granada: Editorial Comares, 2009b.

RIBAS ALBA, José Maria. **Génesis del derecho en Roma: prolegomenos al estudio del derecho romano arcaico**. Madrid: Tecnos, 2015.

RIBAS ALBA, José Maria. **Libertad: la vía romana hacia la democracia**. Granada: Editorial Comares, 2009a.

ROCHER, Laura Sancho. **El Tribunado de la Plebe en la República Arcaica (494-287 A.C.)**. Zaragoza: Gorfisa, 1984.

ROSTOV'TZEFF, Mikhail. **História de Roma**. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A., 1983.

ROULAND, Norbert. **Roma, democracia impossível?: os agentes do poder na urbe romana**. Tradução de Ivo Martinazzo. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

SCHIAVONE, Aldo. O jurista. In: GIARDINA Andrea (Org.). **O homem romano**. Tradução de Maria Jorge Vilar de Figueiredo. Lisboa: Editorial Presença, 1991. p. 19-48.

SERRA, Antonio Truyol y. **Historia de la filosofía del derecho: de los orígenes a la baja Edad Media**. Madri: Manuales de la Revista de Occidente, 1954.

SILVA, Adriana Campos; MORAIS, Ricardo Manoel de Oliveira. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 78, pp. 17-40, jan./jun. 2021. Disponível em: < <https://doi.org/10.12818/P.0304-2340.2021v78p17>>. Acesso em: 15 ago. 2022

VALDITARA, Giuseppe. **Lo stato nell'Antica Roma**. Soveria Manelli: Rubbettino, 2008.

VITUCCI, Giovanni. Pitagorismo e legislazione “numaica”. In: **Colloquio Italo-Francese: La filosofia greca e il diritto romano: problemi attuali di scienza e di cultura**. Roma: Accademia Nazionale dei Lincei, 1976. t. 1, p. 153-162.

Recebido em: 21/01/2023

Aprovado em: 22/04/2024

EMPLOYEE'S RIGHT TO INFORMATION IN ECHR JUDGMENTS: ANALYSIS OF SPECIFIC CASES WHERE THIS RIGHT WAS VIOLATED OR RECOGNIZED

DIREITO DO TRABALHADOR À INFORMAÇÃO NOS ACÓRDÃO DO TEDH: ANÁLISE DE CASOS ESPECÍFICOS EM QUE ESTE DIREITO FOI VIOLADO OU RECONHECIDO

OLEG M. YAROSHENKO*

NATALIIA O. MELNYCHUK**

OLENA YE. LUTSENKO***

NATALYA M. VAPNYARCHUK****

VIKTORIIA I. SHEVERDINA*****

ABSTRACT

Observance of the employee's right to access information is important because the priority direction of state policy is the formation of a democratic country, which presupposes a strict observance of inalienable human rights and freedoms, maintenance of the rule of law and democracy. This study contributes to the development of the national legal system, protection of human rights, and preparation of Ukraine for integration into the European legal framework. It is necessary to take into account and adapt European standards to ensure fair and effective mechanisms for protecting employees' rights. Therefore, the study of the ECHR cases on the employee's information right can help Ukraine to adapt its legislation and judicial practice to European standards,

RESUMO

A observância do direito do funcionário de acessar informações é importante porque, após a declaração de independência da Ucrânia, a direção prioritária da política estatal é a formação de um estado democrático legal, uma das tarefas do qual é a observância estrita de direitos humanos e liberdades inalienáveis, desenvolvimento abrangente do estado de direito e democracia. O estudo deste tópico contribui para o desenvolvimento do sistema jurídico nacional, proteção dos direitos humanos e preparação da Ucrânia para integração no espaço jurídico europeu. É importante levar em consideração e adaptar os padrões europeus para garantir mecanismos justos e eficazes para proteger os direitos dos funcionários. Portanto, o estudo dos casos do Tribunal Eu-

* Doctor of Law. Professor at the Department of Labor Law, Yaroslav Mudryi National Law University. *E-mail:* oleg-yaroshenko@edu-knu.com.

** Doctor of Law. Professor at the Department of Labor Law and Social Security Law, Institute of Law, Taras Shevchenko National University of Kyiv. *E-mail:* melnychuk8267-7@edu.cn.ua.

*** PhD in Law. Associate Professor at the Department of Labor Law, Yaroslav Mudryi National Law University. *E-mail:* o.lutsenko8267-2@edu-knu.com.

**** PhD in Law. Leading Researcher at the Scientific Research Institute of State Building and Local Government, National Academy of Legal Sciences of Ukraine. *E-mail:* vapnyarchuk8033@sci u-niv.com.

***** PhD in Law. Senior Researcher at the Scientific Research Institute of Providing Legal Framework for the Innovative Development, National Academy of Legal Sciences of Ukraine. *E-mail:* viktorii_a_sheverdina@sci-univ.com.

which is a necessary step towards joining the European Union.

KEYWORDS: Access to information. ECHR judgments. Information. Right to access information. Human rights.

ropeu de Direitos Humanos sobre o direito do funcionário à informação pode ajudar a Ucrânia a adaptar sua legislação e prática judicial aos padrões europeus, o que é um passo necessário para ingressar na União Europeia.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à informação. Julgamentos da CEDH. Informação. Direito de acesso à informação. Direitos humanos.

INTRODUCTION

The protection of human rights in the information sphere is one of the main priorities of a democratic country. This is stated in such international documents as the International Covenant on Civil and Political Rights¹ and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms². According to these documents, guarantees of a citizen's ability to get free access to information are essential elements of the information security of every state and legal society. Without the right to information, it is impossible to fully exercise the right to participate in the governance of one's country. The right to information is enshrined in the Constitution of Ukraine³ and contributes to the realization of various human rights and freedoms.

The topic of the employee's right to information is very relevant and important in the context of the ECHR judgments for several reasons. The employee's right to information contributes to ensuring transparency and openness in the labor sphere, which is important for the effective functioning of labor relations⁴. Transparency and access to information can help employees monitor and protect their personal and financial interests. At the same time, it is vital to guarantee the confidentiality and protection of employees' data, as the right to information is also linked to the right to privacy. The right to information also helps prevent discrimination in the workplace⁵. If employees do not have access to information about their working conditions, this can lead to situations of inequality and infringement of their legitimate rights and interests. Adequate protection of the right to information also protects employees from arbitrary decisions by employers or the state. Transparency and access to information helps to maintain a balance and influence informed decision-making by both employers and public authorities. The right to information contributes to social

1 International Covenant on Civil and Political Rights. (1966). 4

2 European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. 1950.

3 Constitution of Ukraine. 1996. 4

4 YAROSHENKO, MELNYCHUK, PROKOPIEV, ANISIMOVA, & KAPLINA, 2022, p. 490.

5 BORYSOVA, IVANOVA, IUREVYCH, & OVCHARENKO, 2019, p. 75.

justice and equality at work, as non-disclosure of information can lead to inequalities in pay, working conditions, and other aspects of employment⁶.

The study of the employee's right to information in the ECHR judgments is important for the development of legislation and judicial practice in the state of Ukraine, especially concerning future integration into the European Union. Studying the ECHR judgments will improve the quality of judicial protection of employees' rights in Ukraine, as it is possible to study the case law and standards that are already effectively applied in the ECHR and to adopt the existing positive experience⁷. This will also allow for the adaptation or revision of legislation in line with European standards.

We should not forget about the issues related to confidentiality and protection of personal data of employees, which is becoming especially relevant in the digital world. In addition, the study of this topic can help to increase public trust in the justice system and the government; it can help to maintain transparency and openness in the activities of government agencies and employers; it can affect the business environment, as it helps to create stable and transparent conditions for entrepreneurship. Thus, the aim of the research is to analyze the ECHR cases on the employee's right to information and to provide recommendations for improving legislation, court practice, and protection of employees' rights to information.

METHODOLOGICAL FRAMEWORK

A range of tools and methods were applied to analyze court decisions, legislative acts, and sources. The textual analysis method was used to study court decisions. This helped the study to thoroughly check the decisions by identifying the key positions of the ECHR on the employee's right to information. This process involves identifying the arguments, facts, standards, and approaches used by the ECHR in a certain case. The research of court decisions involved an analysis of the applicable law, including conventions, treaties, national legislation, and court decisions. The legal analysis helped to identify the standards and precedents used to make the court's decision. The comparative method was used to compare court decisions in different cases to identify similarities and differences, as well as to provide conclusions and recommendations for further improvement of legislation and court practice in this area.

The dialectical method was used to analyze the contradictions and interrelationships in the development of the employee's right to information in the ECHR rulings. The author examines the significance of the ECHR case law on the right to information. Using the formal logical method, the author

6 SPASIBO-FATEEVA, 2019, p. 215.

7 PETRYSHYN & HYLIKA, 2021, p. 19.

analyses the ECHR judgments and draws logical conclusions regarding the employee's right to information. This method helped to examine the structure of decisions, arguments, and reasoning of decisions, as well as to pay attention to how the ECHR interprets and protects this right in the context of specific cases. The systematic method was used to analyze the human rights system and the basic principles underpinning the work of the ECHR. It was considered how the employee's right to information fits into this system and how the ECHR complies with its obligations to protect this right under the European Convention on Human Rights.

The selection of the ECHR cases for the study was based on the following criteria and factors: cases with a relevant and important context for human rights and the employee's right to information, which reflect current challenges and issues in the field of labor; cases of significant public interest dealing with the establishment of legal standards and norms; cases of high public interest dealing with the establishment of legal standards and norms; and cases that have a considerable impact on the establishment of legal norms and standards.

RESULTS

Article 8 of the European Convention on Human Rights establishes the principle of respect for private and family life. As the ECHR case law demonstrates, an important component of this right is the employee's right to information. It enshrines the following rights and opportunities: access to information on working conditions, material remuneration, and other information important to the employed person. The state must ensure the protection of employees' right to information, as well as the protection of their private and family rights from unlawful interference. In case of violation of these rights refusal to provide proper information or other unlawful actions that violate the right to information, a person may apply to the ECHR for protection of legal rights and file a complaint⁸.

In cases involving the protection of employees' right to information, the ECHR determines the following factors: what information was available and what it meant to the employee; what were the justifications and whether the limitations of the right to information were proportionate; whether measures were taken to protect the person's rights to privacy and confidentiality; and whether there was another way for the individual to obtain the necessary information. It should be noted that in each case, the ECHR considers all the circumstances and conditions of the case establishes whether the employee's right has been violated, and then makes a decision⁹.

8 KRASNOVA, 2020.

9 ROME, 2019, p. 44.

The first case on access to information was *Leander v Sweden*¹⁰. It concerned Mr Leander's ability to obtain information about himself that was stored in the archives of the intelligence services. Mr Torsten Leander took on temporary duties as a technician in a museum. However, his duties were terminated due to the need for an investigation. The results were negative, so Mr Leander was informed that he could not continue working (Stanko, 2020). To find out the reasons for the refusal, Mr Leander turned to the fleet commander. The latter explained that some of the museum's objects are located on the territory for which he is responsible, so to become a museum employee, he must pass the appropriate check. No specific reasons for the refusal were given. Mr Leander appealed to the government to reverse the commander's decision and permit him to work in the museum without restrictions. In several of his complaints, he also asked for an explanation of the reason for the refusal¹¹.

Thus, it was a question of the person's ability to obtain information about himself held by state authorities. However, the information was refused. However, according to Swedish law, a person applying for a position with a first-degree classification of "secret" had the opportunity to speak out if there was no special reason for this. The right of every individual to obtain official documents is established by the Swedish Press Freedom Act. However, the law makes an exception - areas where access is restricted. According to the Act on Restriction of the Right of Access to Official Documents, extracts from or information about the contents of police registers are issued, inter alia, for employment purposes at the request of a person who needs them for relevant matters. The government may also issue a special order authorizing the disclosure of information on matters of national security. In addition, if a person believes that his or her rights depend on information from the register and prove it, the state may grant him or her permission to obtain such information.

The ECHR held that the infringement upon Mr Leander's private life was "prescribed by law", as defined by Article 8. As regards the right to obtain information, the Court noted that its primary concern was the prohibition of government action that would impede an individual's ability to receive information from others who are willing or able to communicate it. In other words, it can be concluded that the Court sees the main concern here as the impossibility of discrimination. However, Article 10 does not grant a private person the right to gain access to a register that includes information about his or her circumstances. At the same time, the state is not obliged to communicate this information to a private person. Consequently, the Court finds no infringement upon Mr. Leander's freedom to obtain the information guaranteed by Article

10 LEANDER vs SWEDEN. 1987.

11 GETMAN, YAROSHENKO, SEREDA, MALIUHA, & ZHYGALKIN, 2023, p. 65.

10 of the Convention. This decision of the Court allows to see the gradual development of the right to information. In the first case concerning access to information, the Court emphasized equal access but noted that the state is not obliged to inform an individual about his or her situation¹².

Another important precedent for the protection of employees' rights to information was *Barbulescu v. Romania*¹³, which is a very important decision of the ECHR on the right to privacy and control over the personal information of a worker in the context of an employment relationship. In this case, the applicant was employed at an enterprise where he used a work email account for work-related correspondence. The case file shows that the employer had warned the applicant not to use his work email for personal correspondence¹⁴. The employer checked the applicant's work email account and found personal emails and messages. Subsequently, the employer used this information against the applicant as grounds for dismissal. In his complaint to the ECHR, the applicant argued that this inspection of his email was a breach of his right to confidentiality and privacy of correspondence. This right is enshrined in Article 8 of the European Convention on Human Rights¹⁵.

In its judgment, the ECHR recognized a breach of the applicant's right to privacy and, in turn, Article 8 of the Convention was violated. It was related to the lack of warning and consent of the employee to check his email account, as well as the lack of proper measures to ensure the confidentiality of his correspondence¹⁶. The ECHR also recognized that an employee has the right to protection of personal correspondence and confidentiality even in an employment relationship, and the lack of justification and consent to check his email, in this case, led to a violation of these rights.

This case demonstrated the need and importance of protecting the confidentiality and control of employees' data in labor relations. It was emphasized that employees have the right to confidentiality and inviolability of correspondence provided for in the European Convention on Human Rights. They are entitled to this right even if they use corporate resources, such as work email accounts, in the workplace and the course of their professional duties. The ECHR also drew attention to the need for the employer to obtain proper consent from the employee, and the employer, in turn, must justify verifying the personal data of employees¹⁷.

12 DENYSOVA, BLAGA, MAKOVII, & KALIUZHNA, 2023, 114-133.

13 BARBULESCU vs ROMANIA. 2017.

14 ORLANDIĆ, 2020, p. 85-99.

15 TOPLAK & BREZOVNIK, 2019, p. 12-21.

16 POHREBNIAK, 2020, p. 47-52.

17 ANTOŠ, 2019, p. 50.

The case of *Gaskin v. the United Kingdom*¹⁸ is another precedent on the right to gain information and right to respect for private and family life. The claimant argued that his right to information had been violated because data on pension rights and pension payments were part of his private life. He claimed that he should have access to this information according to Article 8 of the Convention. Having considered this case, the ECHR noted that jointly with the predominantly negative obligations, there may also exist certain positive obligations which are characteristic of a respect for private life, delineated in Article 8 of the Convention. In order to ascertain if these positive obligations exist, it is necessary to achieve a balance between the interests of the public at large and those specifically of the individual in question. Their aims as set out in Article 8(2) are of some importance. In *Gaskin's* case, there was a file containing information about the applicant's childhood history, which he was unable to fully examine. When assessing the case circumstances, the ECHR determined that the country had violated its positive obligation as outlined in Article 8 of the Convention.

According to the European Court of Human Rights, a positive obligation arises in such circumstances to ensure an "effective and accessible procedure" that will allow the applicant to gain access to "all relevant information". Therefore, the ECHR concludes that the state failed to fulfill the positive obligation to guarantee an accessible procedure that would enable the applicant to obtain all necessary information (paragraphs 158, 163, 167). This positive obligation was also identified when the applicants requested access to their medical records and were refused by the information controller¹⁹.

The ECHR upheld the claimant's complaint in this case and stressed that according to Article 8 of the Convention the right to information is an important part of private and family life which should be protected. Information and data on pension rights and benefits, an individual must know and possess this information to secure his or her financial future based on the completeness of all information²⁰. In this case, the right to information takes precedence over the individual's awareness of his or her financial situation. And this, according to the ECHR, plays an important role in protecting privacy and interests²¹.

Next, it is necessary to consider *Süss v. Germany*²², which is an important precedent in the field of employees' rights to information on working conditions and remuneration and reflects important human rights norms in the context of labor relations. The applicant, i.e., an employee of a German company, applied

18 GASKIN v UNITED KINGDOM. 1989.

19 D'APONTE, 2021, p. 200.

20 YAROSHENKO, STESHENKO, ANISIMOVA, YAKOVLEVA, NABRUSKO, 2022, p. 507.

21 SANDEEN & MYLLY, 2019. p. 1.

22 SÜSS v. GERMANY. 2008.

with the ECHR stating that his employer refused to provide information on working conditions and financial compensation. The applicant expressed his intention to get acquainted with specific data and information on the calculation, which would allow him to compare his working conditions and remuneration with another employee who performed similar work but received higher financial compensation. Therefore, the employer refused to provide this information, claiming that it was confidential. In this case, the ECHR ruled in favor of the applicant. The ECHR expressed the position that employees have the right to access information on working conditions and remuneration. The judgment recognized that transparency and openness is a fundamental factor in the protection of employees' rights. Lack of access to this data may limit an employee's ability to exercise their rights, compare working conditions with other employees, and ensure fairness and protection of their rights in the workplace²³.

The ruling of the ECHR in the case of *Süss v. Germany*, the Court concluded that employers are required to provide employees with access to information about their working conditions and financial compensation. After all, compliance with these postulates will help maintain legality and fairness in labor relations. This ECHR judgment helps to protect the rights of employees to information that allows them to monitor their working conditions and remuneration and compare them with other employees. That is why employers must provide all the necessary information to employees so that they can objectively analyze their financial situation and opportunities in this area. The decision also emphasizes the need for the state and employers to comply with human rights norms and standards on labor and employment. In general, the case of *Süss v. Germany* reflects the principles of human rights in labor relations and emphasizes the importance of transparency and the protection of employees' right to information.

Furthermore, it is important to consider the case of *Guisset v. France*²⁴, which concerns a complaint by an employee against a French employer who refused to provide her with information on the rules for using the retirement age benefits granted to women under current French law. It is known that some countries, including France, have special pension benefits or rules for women at retirement age or pension payments to compensate for the discrepancies in pay between male and female workers, as well as to ensure social protection for women, enshrined in law and regulated by the state.

During her work, the complainant wanted to know what advantages she had in the system of pension rights for women. She inquired about the

23 MAČIULAITIS, 2023, p. 190.

24 GUISSSET v. FRANCE. 2013.

employment rules regarding the retirement age and the possibility of choosing reduced working hours after reaching a certain age. She asked her employer to provide information about these things. The employer, in turn, refused to provide the complainant with the necessary information and rejected her request. He explained that this was private information and it was not his responsibility to explain such things²⁵.

In its judgment, the ECHR argued that the employer in this case was obliged to provide the complainant with information about her rights to retirement age and benefits that he was entitled to under the law. In this judgment, the ECHR also noted the need for access to information on social and pension rights to ensure equality and to help employees exercise their rights to the full extent provided by law²⁶.

The ECHR judgment in *Guisset v. France* has important implications for the protection of employees' rights to information on their social and pension rights. The case emphasizes the importance of employees' right to access information about their social and pension rights. Employers must provide this information so that employees can fully understand and exercise their pension rights and options. This contributes to raising awareness among employees and ensures that they can fully exercise their rights. French law provides for special pension benefits for women to compensate for discrepancies in pay between male and female workers. Therefore, the ECHR judgment in this case also contributes to gender equality in the field of pensions. It confirms the right of women to be informed about these benefits and to be able to enjoy them²⁷.

The ECHR judgment in this case also promotes transparency, openness, and fairness in working relationships. Employers are obliged to provide their employees with information about their social and pension rights to ensure equality and the ability to enjoy these rights without discrimination and violation of rights. In this case, the Court emphasizes the importance of protecting the rights of female employees in the context of social, occupational, and pension protection. The ECHR judgment ensures that women can enjoy pension benefits designed to compensate for their lower salaries compared to men. Overall, *Guisset v. France* reflects important human rights principles, namely, the right to information and gender equality, and highlights the importance of these principles in the field of labor and social protection²⁸.

Thus, it is possible to conclude that in assessing the violation of the employee's right to information and in determining the key aspects of legal protection the ECHR is guided by the basic principles, namely: the principle

25 SHEVCHUK, DROZDOV, KOZAK, VYLTSAN, & Verhoglyad-Gerasymenko, 2023, p. 160.

26 VANÍČKOVÁ & BÍLEK, 2021, p. 546.

27 NEPYIPA, p. 23-29, 2020.

28 MANIA, 2019, p. 63-77.

of the rule of law; openness, equality and competitiveness; proportionality and legitimacy; respect for private and family life; confidentiality and inviolability of correspondence. Evaluation criteria are an analysis of the legitimacy of restricting the right to information; necessity and proportionality of intervention, and the provision of procedural guarantees.

The analysis of the ECHR case law shows that in assessing the violation of the employee's right to information, the Court is guided by the principles of proportionality, the rule of law, the legitimacy of the purpose of intervention, and procedural guarantees. In this regard, it is important to ensure a balance between the rights of the employee and the interests of the employer or the state. This emphasizes the importance of studying each case in detail, taking into account specific circumstances and context.

DISCUSSION

The cases we have reviewed establish the right of employees to information about working conditions, procedures, and decisions affecting them, as well as the right to defend their rights and interests in labor relations and provide appropriate tools for this. These cases of the ECHR set important legal precedents that uphold employees' legitimate rights, and define the basic principles and standards for protecting employees' rights to information and confidentiality in employment relations.

Employees' confidentiality must be protected, even in the employment context. Employers should respect restrictions on the use of employees' data and respect their legal right to confidentiality. There should be adequate and transparent justification for the grounds for collecting information about employees. The verification and collection of personal data must be reasonable, and lawful and cannot violate employees' rights to privacy, confidentiality, and information. It should be noted that this creates a balanced approach between the interests of the employer and the rights of employees. The case law of the ECHR confirms that the right to obtain information is not absolute. The state may impose restrictions required by national security²⁹.

The ECHR developed a firm position that public authorities, which are subjects of disposal of information of public interest, must guarantee access to any person whose interests are affected by public information. access to it. It is not only about providing a timely, complete, and qualified response to the subject's request, but also about fulfilling a positive obligation to inform citizens about information important to their rights. The effective exercise of rights under the European Convention on Human Rights can often be achieved through measures adopted by the government. According to the ECHR, the same actions of information holders are often even mandatory. in the area of

29 AVRAMENKO, 2019.

relations between private individuals, when the right is protected, in particular, by Article 8. Failure to comply with these requirements means a breach of the provisions of the Freedom of Information Convention.

The main principle applied by the ECHR in regulating issues arising from the organization of public access to information is the recognition that the Convention guarantees the right of the public information to be “duly informed”. The ECHR notes that the public has the right to obtain information and ideas of public interest. It is especially important to prevent state interference in the dissemination of information not only by public media but also by individuals. The most pressing problems that require urgent and serious attention to reach the level of core democracies in the area of access to information are the concealment of information by the authorities, the provision of incomplete information or refusal to provide copies of requested documents, and the violation of deadlines for responding to requests. Finally, an important disciplinary factor should be the introduction of real accountability of officials for their violations in the exercise of applicants’ rights to information.

Borrowing positive experience for Ukraine in the ECHR cases under consideration should include the development of several legislative norms ensuring the right of employees to information and confidentiality of their data, as well as the obligation of employers and the State to provide access to information by the law and circumstances.

In the scientific literature, the protection of the right to information is addressed by such scholars as Politansky³⁰, who studied the genesis of the concept and essence of the right to information as a fundamental human right, as well as the main directions of its implementation. Kodinets³¹ aimed at developing the theoretical foundations of civil law regulation of binding information relations, defining their features and system, formulating proposals and recommendations for improving legislation on information and intellectual property relations. Posikaliuk³² examined the balance between the right to information and intellectual property rights in the case law of the ECHR. Guivan³³ aimed to study the topical issue of legal support for an individual’s access to information as an opportunity to exercise the constitutional right to freedom of information. Teptyuk³⁴ paid attention to defining the essence the constitutional right to public information, clarifying the problematic aspects in the procedure for its introduction, and determining the judicial protection of human right.

30 POLITANSKY, 2017.

31 KODINETS, 2016.

32 POSYKALYUK, 2017.

33 GUIVAN, 2019, p. 46.

34 TEPTYUK, 2018.

It is worth noting that for a long time the right to information has been considered exclusively within constitutional law. However, within labor law it has not yet become the subject of a separate study. In this regard, one of the pressing issues of the modern science of labor law is to study the right of employees to information in the context of the ECHR case law.

This study may have some drawbacks and limitations. In particular, this concerns the number of cases studied, which, in turn, could be subjective, since the interpretation of texts and judgments has always been based on the author's subjective opinion, based on his experience and knowledge, as well as the literature studied in the course of the research. The quality of the study, in turn, could also be affected by the availability and quality of the information sources used for research and analysis. To improve the study and address these limitations and shortcomings, a more thorough and objective approach to the selection of cases for analysis could be applied, the number of sources of information studied could be increased, and updates could be made over time to reflect changes in case law and legislation.

CONCLUSION

The human right to access information is an important element of freedom of speech and expression. This freedom will be ineffective if people cannot obtain information. It is the basis of a democratic way of life. The peculiarity of exercising the right to information is that information freedom is an activator of other rights. Access to information is often necessary for people seeking to exercise other rights. The right to information plays a supporting role, i.e., without it, neither society nor an individual will be able to exercise their other rights. Without the realization of the right to information, it is impossible to fully exercise the right to participate in the governance of one's country.

In this regard, it is important to develop a clear and specific legal provision on what information can be requested by the employer, how and when it should be provided, and what restrictions may exist. The legal provisions should be in line with international standards and decisions of international organizations such as the ECHR to ensure that international human rights are respected. There should be effective mechanisms in place to allow employees to seek information and file complaints if their legitimate rights and interests are violated (e.g., hotlines, ombudsman, or other forms of recourse). At the national level, it is essential to guarantee adequate access to the courts and prompt resolution of cases in this area. Civil society organizations, journalists, and civic activists oversee and protect workers' rights to information at the national level. Therefore, the legislator should facilitate their activities and access to information.

This study is important and relevant for modern society, so there are several areas for further research, such as research on the impact of new technologies, such as artificial intelligence, mass data collection and analysis, on workers' rights to information; what is the role of NGOs and the media in advocating for and providing support to workers' rights to information; research on the influence of international human rights on national legislation on workers' rights to information; how social, economic, and cultural rights at work can be promoted. This will certainly help to improve the protection and understanding of workers' rights to information in different countries and contexts.

REFERENCES

ANTOŠ, M. The constitutional right to information in the Czech Republic: Theory and practice. *International Comparative Jurisprudence*, v. 5, n. 1, pp. 47-55, 2019.

AVRAMENKO, A. V. (2019). Legal regulation of relations regarding the circulation and protection of employee personal data in the labor law of Ukraine (Doctoral dissertation, Kyiv, 2019). Retrieved from: < https://scc.knu.ua/upload/iblock/20b/aref_Avramenko%20A.V..pdf > date of access: 23.08.2024

BARBULESCU vs ROMANIA. 2017. Retrieved from: < <https://hudoc.echr.coe.int/ukr#%7B%22fulltext%22:%5B%22Barbulescu%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-177083%22%5D%7D> > date of access: 23.08.2024

BORYSOVA, V.I., IVANOVA, K.Y., IUREVYCH, I.V., & OVCHARENKO, O.M. Judicial protection of civil rights in Ukraine: National experience through the prism of European standards. In *Journal of Advanced Research in Law and Economics*, v. 10, n. 1, p. 66-84, 2019.

D'APONTE, M. New technologies and respect for the worker's privacy in ECHR case law. *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, v. 4, p. 192-203, 2021.

DENYSOVA, A. V., BLAGA, A. B., MAKOVII, V. P., & KALIUZHNA, Y. S. The right to a fair trial: the ECHR case-law and its implementation in the Ukrainian judiciary. *Relações Internacionais no Mundo Atual*, v. 3, n. 41, pp. 114-133, 2023.

European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. 1950. Retrieved from: < https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_ENG > date of access: 23.08.2024

GASKIN v UNITED KINGDOM. (1989). Retrieved from: < <https://hudoc.echr.coe.int/ukr#%7B%22fulltext%22:%5B%22Gaskin%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-57491%22%5D%7D> > date of access: 23.08.2024

GETMAN, A.P., YAROSHENKO, O.M., SEREDA, O.H., MALIUHA, L., & ZHYGALKIN, I.P. Social dialogue at the national and European levels as a factor in the formation of a common labor and social policy. *Society Register*, v. 7, n. 3, pp. 51-72, 2023.

GUISSET v. FRANCE. (2013). Retrieved from: < <https://hudoc.echr.coe.int/ukr#%7B%22fulltext%22:%5B%22Guisset%20v.%20France%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D%7D> > date of access: 23.08.2024

GUIVAN, P. D. Protection of the right to access to information: European experience. *Scientific notes of TNU named after V. I. Vernadskyi. Series: Legal Sciences*, v. 30, n. 69, pp. 44-49, 2019.

International Covenant on Civil and Political Rights. (1966). Retrieved from: < https://treaties.un.org/doc/treaties/1976/03/19760323%2006-17%20am/ch_iv_04.pdf > date of access: 23.08.2024

KODINETS, A. O. *Civil law regulation of binding information relations*. Kyiv: Alert, 2016.

KRASNOVA, A.V. The right to information and consultations in the system of labor rights. 2020. Retrieved from < <http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/12805/Krasnova%20A.%20B.%20Right%20to%20information%20and%20consultation%20in%20system%20labor%20prav.pdf?sequence=1&isAllowed=y> > date of access: 23.08.2024

LEANDER vs SWEDEN. 1987. Retrieved from: < <https://hudoc.echr.coe.int/ukr#%7B%22fulltext%22:%5B%22Leander%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-57519%22%5D%7D> > date of access: 23.08.2024

MAČIULAITIS, V. Boundaries of the employee's privacy in employment relationship. *Entrepreneurship and sustainability issues*, v. 10, pp. 186-198, 2023.

MANIA, K. Monitoring of the employee's Internet use in the workplace in the light of selected case law of the European Court of Human Rights and Polish case law. *Przegląd Europejski*, v. 4, pp. 63-77, 2019.

NEPYIPA, R.O. Issues of the execution of judgements of the European Court Of Human Rights in Ukraine and their possible solutions. *Legal Horizons*, v. 20, n. 33, pp. 23-29, 2020.

ORLANDIĆ, M. K. Employee's right to privacy: where is the bound of the employer's right to monitor employees' communications. *Strani Pravni Život*, v. 64, n. 4, pp. 85-99, 2020.

PETRYSHYN, O.V., & HYLIKA, O.S. Human rights in the digital age: Challenges, threats and prospects. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, v. 28, n. 1, pp. 15-23, 2021.

POHREBNIAK, V.Ya. The juridical nature of termination of subjective civil right. *Legal Horizons*, v. 20, n. 33, pp. 47-52, 2020.

POLITANSKY, V. S. *The right to information as a fundamental human right*. Kharkiv: Pravo, 2017.

POSYKALYUK, O. O. *The balance between the right to information and the right to intellectual property in the practice of the ECHR*. International Congress of European Law: collection. of science works (Odesa, April 21–22, 2017, pp. 328-332). Odesa: Phoenix, 2017.

ROME, O. M. Collective labor rights as principles of labor law of the European Union. *Actual Problems of Domestic Jurisprudence*, v. 5, pp. 43-46, 2019.

SANDEEN, S. K., & MYLLY, U. M. Trade secrets and the right to information: a comparative analysis of EU and us approaches to freedom of expression and whistleblowing. *NCJL & Tech.*, v. 21, pp. 1, 2019.

SHEVCHUK, O. M., DROZDOV, O. M., KOZAK, V. A., VYLTSAN, A. O., & Verhoglyad-Gerasymenko, O. V. Human Right to Access Public Information: The Experience of Ukraine and the Practice of the ECHR. *Hasanuddin Law Review*, v. 9, n. 2, pp. 155-167, 2023.

SPASIBO-FATEEVA, I. Implementation and Protection of the Right to Freedom of Expression in Ukrainian Civil Law: Modern Problems. *Baltic Journal of European Studies*, v. 9, n. 3, pp. 205-223, 2019.

STANKO, I.Ya. Theoretical and legal analysis of the principles of law as an integrating element of the legal system. *Legal Horizons*, v. 20, n. 33, pp. 15-22, 2020.

SÜSS v. GERMANY. (2008). Retrieved from: < [https://hudoc.echr.coe.int/ukr#{%22fulltext%22:\[%22Süss%20v.%20Germany%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/ukr#{%22fulltext%22:[%22Süss%20v.%20Germany%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}) > date of access: 23.08.2024

TEPTYUK, Ye.P. *Constitutional right to access public information: problems of legislative regulation and judicial protection*. Kyiv: Koretsky Institute of State and Law of National Academy of Science of Ukraine, 2018.

TOPLAK, J., & BREZOVNIK, B. Information delayed is justice denied: lengthy procedures deny the right to access information. *Informatologia*, v. 52, pp. 12-21, 2019.

VANIČKOVÁ, R., & BÍLEK, S. Employee privacy protection versus interests and property employer. *International Journal of Law and Management*, v. 63, n. 6, pp. 537-552, 2021.

Constitution of Ukraine. 1996. Retrieved from: < <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text> > date of access: 23.08.2024

YAROSHENKO, O.M., MELNYCHUK, N.O., PROKOPIEV, R.YE., ANISIMOVA, H.V., & KAPLINA, H.A. Violation of labour rights in the context of compulsory vaccination against Covid-19. *Comparative Law Review*, v. 28, pp. 485-502, 2022.

YAROSHENKO, O.M., STESHENKO, V.M., ANISIMOVA, H.V., YAKOVLEVA, G.O., NABRUSKO, M.S. The impact of the European court of human rights on the development of rights in health care. *International Journal of Human Rights in Healthcare*, v. 15, n. 5, pp. 501-513, 2022.

TRATAMENTO LEGAL DO PLANO DE RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL BRASILEIRO NA HIPÓTESE DE INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL

LEGAL TREATMENT OF BRAZILIAN OUT-OF-COURT REORGANIZATION PLAN IN CASE OF CROSS-BORDER INSOLVENCY

SABRINA MARIA FADEL BECUE*

RESUMO

Com a promulgação da Lei 14.112/2020, o Brasil adotou, com poucas alterações, a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Insolvência Transfronteiriça. Este artigo analisa os requisitos legais para o reconhecimento de processos estrangeiros e se o plano de recuperação extrajudicial brasileiro poderia, em tese, ser qualificado como tal para fins de reconhecimento e cooperação jurídica. Analisamos o plano de recuperação extrajudicial brasileiro em ambas as modalidades. Foi dada especial atenção a dois requisitos de elegibilidade disciplinados pelo artigo 2 da Lei Modelo UNCITRAL: a natureza coletiva do processo e a necessidade de controle ou supervisão por parte de uma autoridade estrangeira. Após revisar o guia legislativo e o compilado de jurisprudência da UNCITRAL e algumas decisões estrangeiras, o artigo conclui que o plano de recuperação extrajudicial brasileiro atende aos requisitos legais para reconhecimento como processo estrangeiro.

PALAVRAS-CHAVE: Insolvência Transnacional. Plano de Recuperação Extrajudicial. Reconhecimento de Processo Estrangeiro.

ABSTRACT

With the enactment of Law 14.112/2020, Brazil adopted, with few changes, the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency. This article analyzes the legal requirements for recognition of foreign proceedings and if Brazilian out-of-court reorganization plan could, in thesis, be qualified as one for the purpose of recognition and legal cooperation. We looked at Brazilian out-of-court reorganization plan in its both modalities. Especial attention was done to two eligibility requirements set by article 2 of UNCITRAL Model Law: the collective nature of the proceedings and the need of control or supervision by a foreign authority. After revising UNCITRAL legislative guide, UNCITRAL Digest of Case Law and few foreign rulings, the article concludes that Brazilian out-of-court reorganization plan meets the legal requirements for recognition as a foreign proceeding.

KEYWORDS: Cross-Border Insolvency. Out-of-court reorganization plan. Recognition of Foreign Proceedings.

1. INTRODUÇÃO

O regime da insolvência empresarial foi substancialmente alterado pela Lei n.º 14.112/2020. O instituto da Recuperação Extrajudicial passou por atualizações importantes, dentre as quais destacam-se: (i) a possibilidade de sujeição dos créditos de natureza trabalhista e por acidentes de trabalho; (ii) a redução do quórum para a aprovação do plano e a concessão do prazo para

* Doutora em Direito Comercial pela USP e Pós-Doutoranda em Direito Comercial pela mesma instituição. Membro fundadora da ADEPAR - Associação Paranaense de Direito e Economia. Professora de Direito da FAE Business School (Curitiba). E-mail: sabecue@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9997-8401>.

obter a anuência dos credores, no curso da recuperação extrajudicial; (iii) a previsão de *automatic stay*; (iv) a previsão que atos praticados nos termos do plano de recuperação extrajudicial não serão declarados ineficazes ou revogados posteriormente em caso de decretação de falência. As mudanças têm por objetivo tornar a solução extrajudicial mais atrativa e incentivar sua utilização, já que os dados apontam uma preferência dos empresários pela recuperação judicial, inobstante tenha aumentado proporcionalmente o número de pedidos de recuperação extrajudicial após a reforma¹.

A promoção de soluções consensuais é um dever do Estado e, na última década, a desjudicialização dos conflitos tornou-se uma das políticas prioritárias do Conselho Nacional de Justiça. Importantes reformas legislativas estimularam o uso de métodos de solução consensual e extrajudiciais de conflitos, a exemplo do Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015) e da Lei de Mediação (Lei n.º 13.140/2015).

O legislador reformista, por meio da Lei n.º 14.112/2020, abraçou essa tendência ao inserir disposições relativas à conciliação e mediação antecedente ou incidental ao processo de recuperação judicial (arts. 20-A a 20-D, LREF²), também ao manter inalteradas as regras que autorizam acordos privados entre devedor e seus credores (art. 167, LREF) e, ainda, nas modalidades de recuperação extrajudicial.

Outro ponto da reforma foi a inserção de capítulo próprio sobre Insolvência Transnacional (Capítulo VI-A). O Brasil finalmente adotou o regramento sugerido pela UNCITRAL - Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, equiparando-se a outras nações de grande relevância no comércio internacional³.

*The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency (1997)*⁴ contém conceitos-chaves para aplicação de seu conteúdo, entres eles a definição de processo estrangeiro e de autoridade estrangeira. Procedimentos não enquadrados no arquétipo legal não são reconhecidos e não atraem o regime da insolvência transnacional.

Em razão das duas modalidades de recuperação extrajudicial, com sua natureza de composição privada e com diferentes graus de intervenção judicial, este artigo analisará a subsunção da recuperação extrajudicial às definições de processo estrangeiro e de autoridade estrangeira nos termos da Lei Modelo

1 OBRE, 2022.

2 Lei de Recuperação de Empresas e Falências ou Lei 11.101/2005.

3 Até o momento, a Lei Modelo UNCITRAL sobre Insolvência Transnacional foi adotada por 56 jurisdições, incluindo o Brasil, entre elas: Austrália, Canadá, Chile, Colômbia, Estados Unidos, Israel, Japão, México, Nova Zelândia, Reino Unido, Singapura. A atualização dos países é disponibilizada pela UNCITRAL: < https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency/status>. Acessado em 09/01/2023.

4 Doravante referido como Lei Modelo UNCITRAL.

UNCITRAL. O debate é relevante tendo em vista que as mudanças inseridas pelo Lei n.º 14.112/2020 almejam estimular pedidos de recuperação extrajudicial e não seria razoável limitar o instituto a manifestações puramente domésticas da crise. A contribuição deste artigo pode ser constatada tanto pela novidade do tema, como pela abordagem a partir dos instrumentos editados pela própria UNCITRAL e pela experiência estrangeira.

Ressalta-se que a análise se assenta na Lei Modelo UNCITRAL⁵, no entanto, por tratar-se de um instrumento de *soft law* e um arquétipo legal, no processo de internalização da Lei Modelo cada país é livre para alterar a redação, excluir ou inserir textos. Por essa razão, nosso exercício comparativo se baseia num juízo teórico e na constatação que os principais parceiros comerciais do Brasil e adotantes da Lei Modelo UNCITRAL não divergiram, de forma significativa, da redação originária. E para melhor embasar nossas conclusões, foram analisadas algumas decisões de jurisdições estrangeiras.

O artigo divide-se em duas partes, além desta introdução e notas conclusivas. A primeira seção apresenta breves explicações sobre a insolvência transnacional, sua origem e caracterização. A segunda parte discorre sobre o pedido de reconhecimento de processo estrangeiro. Nela foram analisados os pressupostos legais para deferimento do pedido, com destaque para o conceito de processo estrangeiro e questionamento se um plano de recuperação extrajudicial brasileiro estaria em condições de ser reconhecido no exterior, segundo o regime proposto pela UNCITRAL. A hipótese em investigação é se o pedido de recuperação extrajudicial pode ser caracterizado como um procedimento de cunho coletivo e que submete os bens e a atividade do devedor ao controle da autoridade judicial, a fim de admitir o enquadramento como processo estrangeiro, nos termos do art. 2(a)⁶ da Lei Modelo UNCITRAL.

A partir da revisão da literatura sobre o tema, bem como com apoio na interpretação proposta pelos guias legislativos produzidos pela UNCITRAL e decisões judiciais estrangeiras, o artigo conclui que os planos de recuperação extrajudiciais satisfazem, em tese, os requisitos para serem chancelados por tribunais estrangeiros, segundo a normativa da insolvência transnacional.

2. INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL: CONCEITO E OBJETIVOS

Preocupação com as repercussões internacionais da insolvência não é tópico novo e permanece fermentoso definir o melhor modelo jurídico para tanto. Em 1962, Amílcar de Castro alertava que, em razão disparidade de

5 Todos os artigos referidos correspondem ao texto “The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency (1997)” disponível para consulta na página a UNCITRAL: https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency.

6 Apenas para facilitar a interpretação destaca-se que o texto originário da UNCITRAL foi traduzido de modo similar no art. 167-B, I, da LREF.

conteúdo relativo às leis de insolvência dos países, o objetivo a ser perseguido deveria ser “considerar separadamente cada um dos efeitos da declaração de falência, para regê-lo pelo direito que conduza a solução mais útil e mais justa, sem a preocupação de manter sistema puro, ou predominante, seja o da unidade, ou o da pluralidade”⁷. O Brasil contou com regimes pontuais de insolvência transnacional ao longo do século XX, porém os diplomas eram anacrônicos e não atendiam às novas necessidades⁸.

Em 2020, o Brasil renovou parte de seu sistema de insolvência e com a inclusão do capítulo VI-A da LREF adotou o instrumento de *soft law* dedicado à insolvência transnacional: “*The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency (1997)*”. A proposta da UNCITRAL lida com duas questões sensíveis ao direito internacional privado: harmonização das leis e força normativa da *soft law*.

Nenhum destes temas alcançou consenso mínimo para elaboração de uma teoria geral e foge ao escopo deste artigo revisitar as dúvidas que os cercam. Contudo, a doutrina reconhece que o processo de harmonização, seja por canais formais conduzidos por processos legislativos ou informais, conduzidos por práticas de mercado, é uma marca dos modernos sistemas legais⁹. A aproximação entre sistemas jurídicos, pelas diferentes formas que podem ser usadas, mira sobretudo a interpretação e aplicação similar do direito ao invés de mera padronização de termos normativos. Nas áreas mais conectadas com características locais do sistema jurídico, com políticas públicas ou normas morais, o movimento de harmonização depende de certa flexibilidade e pragmatismo. O campo da insolvência é apontado como exemplo no qual a aplicação absolutamente uniforme é utópica em razão de seus estreitos vínculos com a cultura doméstica¹⁰.

A partir deste diagnóstico, a UNCITRAL apostou em tecnologias legais que permitem a flexibilidade necessária para conduzir a um processo gradual de harmonização numa área sensível como da insolvência¹¹. A Lei Modelo UNCITRAL é essencialmente procedimental, buscando a construção de uma estrutura compartilhada para cooperação jurídica internacional independentemente da tradição jurídica de cada país ou das diferenças – as vezes

7 CASTRO, 1962.

8 BECUE, 2018.

9 ANDENAS, ANDERSEN & ASHCROFT, 2011, p. 973.

10 ANDENAS, ANDERSEN & ASHCROFT, 2011, p. 993-994.

11 “A *soft law*, serve, frequentemente também de apoio para o fornecimento de parâmetros técnicos e detalhamento de normas convencionais (...) a *soft law* pode integrar um movimento de criação de um clima político favorável para o avanço de medidas vinculantes em determinadas áreas. Dificilmente em temas mais delicados, os Estados irão relativizar a sua soberania sem que antes tenha se formado um clima político para tal.” (GUERRA, 2023, p. 55-56). Conferir também: BLOCK-LIEB & HALLIDAY, 2015.

abissais – entre os sistemas de insolvência. Ela em si é um diploma sugestivo – lei modelo ou lei quadro – que depende do processo de internalização pelo poder legislativo de cada país para ganhar efetividade. Portanto, é uma *soft law* no que diz respeito ao seu desenvolvimento, já que foi gestada por uma organização internacional (UNCITRAL) e a partir de propostas de especialistas de diferentes países e/ou organizações internacionais¹². A Lei Modelo UNCITRAL ao se transformar em *hard law* com a sua adoção legislativa não deve se isolar de outros instrumentos de *soft law* criados pela UNCITRAL e que integram a moldura do regramento de insolvência transnacional, a exemplo de guias legislativos, textos explanatórios e outras fontes de pesquisa¹³. Afinal, *soft law* deve ser “compreendida menos por sua estrutura e mais pela função que exerce dentro do atual sistema normativo internacional.”¹⁴.

A cooperação jurídica pretendida pela UNCITRAL assume contornos próprios e distintos de outros instrumentos legais¹⁵ e se diferencia também quanto aos objetivos¹⁶. Nos casos de insolvência transnacional, a cooperação visa aumentar a segurança jurídica para o desenvolvimento de atividade econômica e captação de investimentos, bem como para permitir uma administração justa e eficiente de processos de insolvência em curso perante diferentes países. Já os instrumentos tradicionais de cooperação jurídica internacional possuem vocação distante como, por exemplo, a de cumprir uma decisão prolatada por uma autoridade estrangeira, razão pela qual via de regra precisam tramitar por intermédio de uma autoridade central brasileira, no caso do auxílio direto, ou ser submetidos ao juízo de delibação de competência do Superior Tribunal de Justiça, no caso da homologação de sentença estrangeira e carta rogatória, antes de produzir efeitos executivos no território brasileiro.

A utilização do termo insolvência pela UNCITRAL é propositamente ampla. Esta designação abarca qualquer manifestação de crise sujeita aos meios de reestruturação ou liquidação, segundo o regime jurídico de cada país. Apenas para ilustrar, a LREF oferece um tratamento para crises empresariais,

12 WESSELS & BOON, 2019.

13 O trabalho da UNCITRAL é contínuo e abarca outros temas relacionados à insolvência. Para além de leis modelos, a UNCITRAL edita *legislative guides, explanatory texts* e *additional resources*. No campo da insolvência transnacional, em complemento à da Lei Modelo UNCITRAL de 1997, a UNCITRAL elaborou os seguintes instrumentos: (i) UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective; (ii) UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation; (iii) Digest of Case Law on the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency. Todos os documentos estão disponíveis para consulta: <https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency>. Acessado em 26/04/2024.

14 GUERRA, 2023, p. 58.

15 Dentre esses instrumentos podemos citar a homologação de sentença estrangeira, a carta rogatória e o auxílio direto, disciplinado no Código de Processo Civil. Todavia, existem outras modalidades de cooperação jurídica internacional e nada impede que novos meios sejam recepcionados ou criados.

16 CAMPANA FILHO & CORRÊA, 2021.

mas perante outras jurisdições pode não existir a distinção entre crise de atividades empresárias e não empresárias ou insolvência civil. A ser adjetivada de transnacional o sentido pretendido é aquele dado pelo art. 1^o17-18 da Lei Modelo UNCITRAL, ou seja, a transnacionalidade se revela na necessidade de pedir ou conceder assistência em relação a outra jurisdição [art. 1(a)(b)] e na concomitância entre procedimentos de insolvência local e estrangeiro(s) pertinentes ao mesmo devedor [art. 1(c)]¹⁹. Essas duas situações exigem a cooperação jurídica internacional e, na estrutura proposta pela UNCITRAL, a cooperação será conduzida via procedimento de reconhecimento de processo estrangeiro.

No caso brasileiro, o capítulo VI-A não é um espelho fiel da Lei Modelo UNCITRAL, porque a recepção no ordenamento pátrio impôs adaptações ao conteúdo e, em segundo lugar, porque o legislador brasileiro optou por criar algumas disposições inéditas. Mas de modo geral, a versão brasileira da Lei Modelo UNCITRAL permite o diálogo com outras jurisdições e satisfaz o propósito de “abordagem uniforme” do tema entre países adotantes²⁰.

É necessário analisar os pressupostos legais para o reconhecimento do processo estrangeiro, já que ele é a chave que aciona todas as vantagens procedimentais idealizadas pela Lei Modelo UNCITRAL²¹ – e incorporada pelo Brasil – e pode ser pré-requisito para acesso ao Poder Judiciário de determinados países.²²

17 “1. This Law applies where:

(a) Assistance is sought in this State by a foreign court or a foreign representative in connection with a foreign proceeding; or

(b) Assistance is sought in a foreign State in connection with a proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency]; or

(c) A foreign proceeding and a proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency] in respect of the same debtor are taking place concurrently”

18 Portanto a “mera existência de bens, credores ou atividades do devedor em outro território não transforma, per se, um procedimento de liquidação ou reestruturação em uma insolvência transnacional. Igualmente, não é qualquer procedimento em trâmite no exterior que satisfaz a definição legal.” (TOLEDO e BECUE, 2021, p. 887). Apenas para fins comparativos, o artigo 1^o da Lei Modelo está refletido no art. 167-C da LREF.

19 Apenas para fins comparativos, o artigo 1^o da Lei Modelo está refletido no art. 167-C, *caput* e incisos, da LREF.

20 UNITED NATIONS, 2014, p. 19.

21 FLETCHER, 2011, p. 457.

22 Segundo Selinda Melnik “A Chapter 15 case is commenced by filing a petition for recognition of a foreign proceeding under Section 1515. (...) Chapter 15 effectively is an entry visa jurisdictional prerequisite to seeking relief from any court within the United States” (MELNIK, 2012, p. 446).

3. RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL E O RECONHECIMENTO DE PROCESSO ESTRANGEIRO.

A recuperação extrajudicial foi uma das grandes inovações da LREF ao tempo de sua promulgação²³. O instituto superou a desconfiança do legislador nas negociações privadas e conduzidas fora do Poder Judiciário entre devedor e seus credores e, principalmente, quando estas negociações envolvem apenas parte dos credores²⁴. No entanto, tratava-se de inovação meramente teórica, desprovida dos estímulos necessários para convencer os credores sobre os benefícios das negociações informais e da construção de uma solução privada²⁵. Nos seus 15 (quinze) primeiros anos, a recuperação extrajudicial “revelou-se mecanismo de reestruturação inviável, inadequado e ineficaz”²⁶.

Alinhado aos aprimoramentos trazidos pela Lei 14.112/2020, é preciso superar discussões sobre a natureza jurídica e da efetiva caracterização da recuperação extrajudicial. Quer se saliente a natureza predominantemente contratual do instituto – contrato solene e de cooperação – ou seus aspectos processuais – procedimento de jurisdição voluntária que tem por finalidade a homologação do acordo privado²⁷, admite-se duas únicas modalidades de

23 “[É] importante salientar, em uma perspectiva histórica, que o instituto da recuperação extrajudicial (a rigor, arts. 161 a 166) e a permissão de negociação privada entre devedor e seus credores (art. 167) não são soluções inéditas, enquanto mecanismos formar de reorganização extrajudicial, posto que a LFRE não representa a primeira referência a eles no Direito Falimentar brasileiro. A despeito disso, parece-nos que estamos diante de um regime jurídico materialmente inovador, que estimula soluções de mercado para a superação da crise empresarial (...). E tal constatação ganha em importância porque o regime do Decreto-Lei 7.661/45 (antiga Lei de Quebras), seguindo orientação instituída pela Lei 2.024/1908, sancionava como ato falimentar, capaz de justificar pedido de falência do devedor, a simples convocação, por ele, de seus credores com a finalidade de propor dilação, remissão de créditos ou cessão de bens (leia-se: moratória amigável, perdão e dação em pagamento) com o objetivo de superar a situação de crise empresarial. Em outras palavras, a própria Lei de Quebras possuía dispositivo que sabotava qualquer tentativa do devedor de reunir seus credores a fim de propor-lhe uma solução de mercado” (SPINELLI, TELLECHEA e SCALZILLI, 2013, p. 66-68).

24 Inobstante o art. 2º, III, do Decreto-Lei 7.661/45 tipificar como ato de falência da convocação dos credores, pelo devedor, para propor “dilação, remissão de créditos ou cessão de bens”, parte da doutrina defendia que não deveria ser visto como expediente dilatório “o fato de o devedor convocar todos os seus credores para demonstrar-lhes, com sinceridade, a suficiência de seu ativo comercial e propor a todos ou a alguns deles os referidos meios de dilatar a exigibilidade dos respectivos créditos, como meio de conjurar um embaraço momentâneo, consequente de a força maior e removível em breve tempo. É óbvio que se a aceitação for geral não poderá haver falência, porque, nesse caso, a dilação concedida somente poderia significar crédito e confiança. Mas, se um ou mais credores a recusassem, não seria possível, em face da lei, negar-lhes o direito de requerer falência” (REQUIÃO, 1979, p. 74)

25 PAIVA, 2012.

26 PAIVA e BONTEMPO, 2021, p. 1.174.

27 Para resumo sobre as posições doutrinárias acerca da natureza jurídica do instituto, conferir: SPINELLI, TELLECHEA e SCALZILLI, 2013.

recuperação extrajudicial: a meramente homologatória e a impositiva²⁸. O traço comum entre elas é a imprescindibilidade fase judicial da homologação²⁹. A recuperação extrajudicial situa-se no “*espaço*” entre a complexidade do procedimento de recuperação judicial e a informalidade dos acordos privados (*workouts agreements*)³⁰, porém a autorização para a “realização de outras modalidades de acordo privado entre o devedor e seus credores”, contida no art. 167, não pode ser confundida com uma terceira espécie de recuperação extrajudicial.

De igual maneira, é equivocada a ideia de que a homologação judicial do plano de recuperação extrajudicial seria uma faculdade. O devedor, no gozo da sua autonomia privada, pode celebrar acordos que permitam a reestruturação empresarial via negociação individual ou coletiva com seus credores, sem submetê-los à chancela judicial. Esta pode ser, inclusive, a única alternativa para devedores que não preenchem os requisitos legais para pleitear a homologação do plano de recuperação extrajudicial³¹ ou em relação a credores não sujeitos³², mas sem, contudo, caracterizar o instituto em exame.

O regime jurídico da recuperação extrajudicial, na forma tipificada pela LREF, exige que o efeito pretendido pelo devedor seja a homologação judicial do acordo formulado extrajudicialmente. As modalidades se distinguem quanto aos efeitos da homologação, “se simples ou expansiva, e não quanto à homologação em si”³³, já que a recuperação extrajudicial meramente homologatória vincula somente os credores signatários e na modalidade impositiva o plano homologado obriga a minoria discordante.³⁴

Trazendo para esfera da insolvência transnacional, já foi mencionado que o pedido de reconhecimento é uma nova forma de cooperação jurídica internacional e, deste modo, depende do preenchimento de certos requisitos legais. A Lei Modelo UNCITRAL criou um dever legal de reconhecimento de processo estrangeiro (art. 17) quando as seguintes condições forem observadas: (i) não configurar manifesta ofensa à ordem pública; (ii) o processo estrangeiro, em benefício do qual se busca o reconhecimento, satisfaz os requisitos mínimos

28 PAIVA, 2005.

29 ADAMEK, 2021, p. 816.

30 SOUZA JUNIOR, 2007, p. 524.

31 COSTA e MELO, 2022, p. 458.

32 TEBALDI, BÁRIL e BIOLCHI, 2022, p. 822.

33 ADAMEK, 2021, p. 834.

34 “Em outras palavras, o questionamento que se quer reiterar é o seguinte: para que um procedimento de negociação entre o devedor e seus credores seja considerado uma recuperação extrajudicial, é imprescindível a homologação judicial do plano? Parece-nos que a resposta há de ser positiva. Isso porque o regime jurídico da recuperação extrajudicial pressupõe a existência de um plano de recuperação extrajudicialmente negociado (e cumprido fora do juízo), mas judicialmente homologado.” (SPINELLI, TELLECHEA e SCALZILLI, 2013, p. 65).

impostos no art. 2 da Lei Modelo; (iii) o pedido foi apresentado por quem exerce a função de representante estrangeiro, (iv) foram anexados todos os documentos necessários; e (v) o pedido foi apresentado ao juízo competente para reconhecer o processo estrangeiro, nos termos da legislação do país.

Extraí-se do conceito legal de processo estrangeiro³⁵ que ele pode ser de natureza judicial, administrativo e, inclusive, cautelar. A natureza jurídica é irrelevante, o que importa é que cumulativamente possa ser caracterizado como um procedimento coletivo³⁶, relacionado às regras de insolvência vigentes no país³⁷, que os bens e atividades do devedor estejam sob supervisão de uma autoridade estrangeira e ter por finalidade a reorganização ou liquidação. A autoridade estrangeira pode ser um juiz ou autoridade administrativa competente para controlar ou supervisionar um processo estrangeiro.

É justamente na definição de processo estrangeiro e, atrelada a ela, da função desempenhada pela autoridade estrangeira, que podem surgir divergências no tocante ao pedido de recuperação extrajudicial. Destrinchando os conceitos, é preciso averiguar se todos os pedidos de recuperação extrajudicial são capazes de atender a definição de procedimento de cunho coletivo, cujos bens e atividades do devedor estejam sob a supervisão de uma autoridade que, no caso do Brasil, é necessariamente judicial. Em relação aos demais elementos – finalidade de reorganização ou liquidação, estar relacionado às regras de insolvência – não parece haver dúvidas quanto ao enquadramento.

3.1 PROCEDIMENTO DE CUNHO COLETIVO:

A sujeição dos credores à recuperação extrajudicial segue regras similares àquelas aplicadas à recuperação judicial³⁸, porém não idênticas. A sujeição

35 Apenas para fins comparativos, o artigo 2(a) da Lei Modelo está refletido no art. 167-B, I da LREF: “processo estrangeiro: qualquer processo judicial ou administrativo, de cunho coletivo, inclusive de natureza cautelar, aberto em outro país de acordo com disposições relativas à insolvência nele vigentes, em que os bens e as atividades de um devedor estejam sujeitos a uma autoridade estrangeira, para fins de reorganização ou liquidação.”.

36 “[T]he Model Law is intended to provide a tool for achieving a coordinated, global solution for all stakeholders of an insolvency proceeding. It is not intended that the Model Law be used merely as a collection device for a particular creditor or group of creditors who might have initiated a collection proceeding in another State. Nor is it intended that the Model Law serve as a tool for gathering up assets in a winding up or conservation proceeding that does not also include provision for addressing the claims of creditors” (UNITED NATIONS, 2014, p. 39).

37 Não é exigido que a corpo normativo seja dedicado exclusivamente à insolvência, a definição envolve qualquer tipo de legislação e as regras relacionadas à insolvência podem estar disciplinadas em conjunto com a legislação societária, Código Civil etc.

38 Estão sujeitos à recuperação extrajudicial todos os créditos existentes na data do pedido, exceto os créditos de natureza tributária, créditos previstos no § 3º do art. 49 e no inciso II do caput do art. 86 desta Lei. Também não se sujeitam as obrigações assumidas no âmbito das câmaras ou prestadoras de serviços de compensação e de liquidação financeira (art.193) e os créditos decorrentes de contratos de locação, arrendamento mercantil ou de qualquer outra modalidade de arrendamento de aeronaves ou de suas partes (art. 199, § 2º). A regra inserida

dos créditos de natureza trabalhista e por acidentes de trabalho depende de negociação coletiva com o sindicato da respectiva categoria profissional. Por sua vez, o art. 161, § 1º, não replicou as exclusões atinentes ao produtor rural e disciplinadas no art. 49, §§ 6º a 9º e no art. 6º, § 13, o que permite concluir que esses créditos estão abarcados pelo rito da recuperação extrajudicial³⁹.

O legislador concedeu flexibilidade ao devedor para escolher que grupo de credores precisa incluir na recuperação extrajudicial de modalidade impositiva (art. 163, § 1º) e plena liberdade no que diz respeito à modalidade meramente homologatória (art. 162). A questão que se coloca é: existe quantitativo mínimo para determinar se o procedimento é coletivo?

O objetivo da UNCITRAL com a edição da Lei Modelo foi oferecer uma solução global e coordenada da crise para todos os afetados, no entanto, há preocupação com o desvirtuamento da sua finalidade. De acordo com o Guia, a Lei Modelo não deve ser usada para cancelar instrumentos de cobrança dos credores ou, de outra perspectiva, meio de liquidação ou reabilitação do devedor que alija os credores⁴⁰. Tanto é assim que, entre suas finalidades, está “fair and efficient administration of cross-border insolvencies that protects the interests of all creditors and other interested persons, including the debtor”⁴¹.

A LREF indica que a recuperação extrajudicial, em quaisquer de suas modalidades, também não deve ser usado para acerto de contas individual. Chega-se a essa conclusão com a referência a “credores” no plural (arts. 162⁴² e 163⁴³) e pela diferenciação entre a recuperação extrajudicial e os acordos privados admitidos pelo art. 167. Defende SACRAMONE que “a crise, para ser superada, poderá não exigir a negociação com todos os credores de uma determinada classe, mas apenas alguns. A definição do grupo de credores deverá ser clara e objetiva.”⁴⁴ e o legislador tomou as cautelas necessárias para que composição dos grupos não desvirtue a causa⁴⁵ e o propósito da recuperação extrajudicial (art. 163, § 1º).

no art. 193-A não faz alusão à recuperação extrajudicial, no entanto, a doutrina de forma majoritária aplica o dispositivo também para a recuperação extrajudicial (por todos, consultar: SACRAMONE, 2021, p. 689; CARNEIRO e BORELLI, 2022, p. 953).

39 TEBALDI, BÁRIL e BIOLCHI, 2022, p. 802.

40 UNITED NATIONS, 2014, p. 39.

41 Preâmbulo da Lei Modelo UNCITRAL.

42 Art. 162. O devedor poderá requerer a homologação em juízo do plano de recuperação extrajudicial, juntando sua justificativa e o documento que contenha seus termos e condições, com as assinaturas dos credores que a ele aderiram. (destaques nossos).

43 Art. 163. O devedor poderá também requerer a homologação de plano de recuperação extrajudicial que obriga todos os credores por ele abrangidos, desde que assinado por credores que representem mais da metade dos créditos de cada espécie abrangidos pelo plano de recuperação extrajudicial. (destaques nossos)

44 SACRAMONE, 2021, p. 613.

45 Salienta SOUZA JUNIOR que a recuperação extrajudicial “diferencia-se de um simples acordo do devedor com credores em razão da sua causa, qual seja, a preservação da empresa e

No mesmo sentido, não perde o caráter coletivo o fato de grupos ou classes de credores estarem excluídos do procedimento, quer por previsão da legislação interna ou por opção do devedor. Segundo a UNCITRAL, o que determina seu cunho coletivo é que parcela substancial dos ativos e passivo do devedor estejam abrangidos pelo procedimento, sujeitos às prioridades legais e exceções estatutárias⁴⁶.

A natureza coletiva do procedimento é considerada sob uma segunda dimensão atinente à notificação e ao direito de participação efetiva dos credores. No *Digest*, documento que reúne e analisa interpretações da Lei Modelo pelos tribunais, a UNCITRAL reforça que para um procedimento ser considerado coletivo a “participação dos credores precisa ser uma realidade”⁴⁷ e eles precisam ser devidamente notificados para tomar ciência do procedimento⁴⁸.

A lei brasileira satisfaz o padrão esperado pela Lei Modelo no tocante à proteção dos credores. O art. 164 exigiu a publicação de edital eletrônico de convocação dos credores e, ainda, o envio de carta aos credores domiciliados ou sediados no Brasil para que tomem ciência do pedido e, caso desejem, apresentem impugnações. Na presença de credores estrangeiros, a referida norma deverá ser lida em conjunto com o art. 167-G, § 2º, ou seja, o juiz deve determinar medidas apropriadas, para além do edital eletrônico, que assegurem aos credores que não possuem domicílio ou estabelecimento no Brasil conhecimento do pedido de recuperação extrajudicial e dos prazos de manifestação.

3.2 SUPERVISÃO JUDICIAL DOS BENS E ATIVIDADES DO DEVEDOR:

Outro ponto que requer cuidado é o elemento de supervisão judicial do devedor. A Lei Modelo UNCITRAL impõe que tanto os bens, como as atividades do devedor estejam sob controle ou supervisão de uma autoridade judicial ou administrativa⁴⁹. Ocorre que na recuperação extrajudicial não há previsão de

dos diversos interesses a ela relacionados.” (SOUZA JUNIOR, 2007, p. 523).

46 UNITED NATIONS, 2014, p. 40.

47 UNITED NATIONS, 2021, p. 6.

48 Para ilustrar, no caso *British-American Insurance Co*, o tribunal concluiu: “that the word “collective” in section 101(23) contemplates both the consideration and eventual treatment of claims of various types of creditors, as well as the possibility that creditors may take part in the foreign action. Notice to creditors, including general unsecured creditors, may play a role in this analysis. In determining whether a particular foreign action is collective as contemplated under section 101(23), it is appropriate to consider both the law governing the foreign action and the parameters of the particular proceeding as defined in, for example, orders of a foreign tribunal overseeing the action.” [In re *British-American Insurance Co., Ltd.* 425 B.R. 884, (Bankr. S.D.Fla. 2010), CLOUT 1005].

49 Article 2(a) “Foreign proceeding” means a collective judicial or administrative proceeding in a foreign State, including an interim proceeding, pursuant to a law relating to insolvency in which proceeding the assets and affairs of the debtor are subject to control or supervision by a foreign court, for the purpose of reorganization or liquidation.

nomeação de administrador judicial e a participação do Judiciário é bastante reduzido⁵⁰.

Todavia, considerando aspectos particulares do nosso regime, é possível sustentar que no pedido de recuperação extrajudicial os bens e as atividades do devedor estão sujeitos a algum nível de controle conduzido pela autoridade competente. De acordo com o Guia de Incorporação da Lei Modelo, o requisito de supervisão “pode ser potencial em vez de real” e não excluiu procedimentos expeditos, nos quais a atuação da autoridade vigora por um curto espaço de tempo e não submete todas as etapas da reestruturação ao controle judicial – p.ex.: homologação de plano, sem necessidade de acompanhamento do seu cumprimento⁵¹. A intervenção judicial mínima, com preferência para manutenção do devedor na condução dos negócios e concentração dos atos de reorganização fora das instâncias estatais, é a tendência das legislações modernas e reverbera nos tribunais especializados⁵².

Nesta linha, o juízo brasileiro exerce controle formal sobre a legitimidade do devedor (art. 161, caput), sobre o cabimento do pedido (art. 161, § 3º) e do próprio plano (art. 161, § 2º; art. 163, §§ 4º, 5º, art. 164, § 3º, II). Ademais, há uma etapa judicial de participação dos credores (art. 164) e, caso necessário, para alienação de ativos (art. 166). A atuação reservada ao juízo que recebe um pedido de recuperação extrajudicial está em sintonia com a pretensão da UNCITRAL quanto ao requisito de supervisão do procedimento por uma autoridade estatal.

4. CONCLUSÃO

A Lei 14.112/2020 introduziu mudanças significativas no regime de insolvência empresarial brasileiro. As alterações na regulação da recuperação extrajudicial e a recepção da Lei Modelo UNCITRAL sobre Insolvência Transnacional estão entre os destaques da reforma. O artigo dialoga com esses dois temas ao questionar se as características do instituto da recuperação extrajudicial, nas modalidades facultativa e impositiva, satisfazem os requisitos para que um pedido de recuperação extrajudicial brasileiro receba

50 “A recuperação extrajudicial possui também um caráter significativamente menos interventivo que a recuperação judicial, pois naquela inexistente a possibilidade de perda da administração da sociedade pela nomeação de um gestor judicial, assim como também não há a intervenção de terceiros, como o administrador judicial, ou o acompanhamento do cumprimento do plano pelo Poder Judiciário (arts. 61, 64 e 65, LRF).” (BULLAMAH e SCHNEIDER, 2021, e-book.

51 UNITED NATIONS, 2014, p. 41-42.

52 Cf. In re ABC Learning Centres Ltd., 445 B.R., § 332: “U.S. Bankruptcy Courts also give deference to business judgments and do not direct the daily activities of debtors, and the majority of U.S. bankruptcies proceed with minimal court involvement”; In re Ashapura Minechem Ltd., 480 B.R. 129 (2012), § 138: “Supervision or control of the company’s affairs is not a demanding standard. The foreign court need not control the day-to-day operations of the debtor”.

proteção perante outras jurisdições, por meio do procedimento de insolvência transnacional idealizado pela UNCITRAL.

As regras de insolvência transnacional inauguram o novo método de cooperação jurídica e, para tanto, há um filtro compartilhado entre os países adotantes da Lei Modelo acerca das características dos procedimentos que podem ser reconhecidos e receber a assistência perante as jurisdições estrangeiras. O art. 2º da Lei Modelo traz o conceito de processo estrangeiro, definindo-o como procedimento de cunho coletivo, iniciado em outro país e regido pelas regras de insolvência, em que os bens e as atividades de um devedor estejam sujeitos a uma autoridade estrangeira, para fins de reorganização ou liquidação.

Não há dúvida que a recuperação extrajudicial tem por finalidade a reorganização e é um regime típico de insolvência. No entanto, a natureza coletiva e sua sujeição à supervisão judicial são tópicos que demandam um exame mais acurado.

Após examinar a natureza jurídica e os contornos das modalidades meramente homologatória e a impositiva da recuperação extrajudicial e sua diferenciação em relação aos acordos privados (admitidos pelo art. 167, LREF), conclui-se que o instituto é coletivo e está sujeito ao escrutínio da autoridade judicial em graus suficientes para não destoar do conceito de processo estrangeiro.

Segundo a UNCITRAL, o que determina seu cunho coletivo é que parcela substancial dos ativos e passivo do devedor estejam abrangidos pelo procedimento e, assim, possa oferecer uma solução global para crise. A segunda dimensão levada em conta para determinar o cunho coletivo do procedimento diz respeito à notificação e efetiva participação dos credores. Um procedimento não será considerado coletivo se o objetivo for servir como acerto de contas individual ou se aos credores não for assegurada voz e poder de influir na estruturação. A Lei 11.101/2005 permite que o devedor envolva apenas parcela de credores – algumas espécies ou grupos de credores –, mas isso por si só não nega o cunho coletivo do procedimento.

O outro requisito pressupõe que tanto os bens, como as atividades do devedor estejam sob controle ou supervisão de uma autoridade judicial ou administrativa. Nas duas modalidades de recuperação extrajudicial a homologação é mandatória, diferenciando-se apenas no tocante aos efeitos do título judicial formado. Portanto, como o ato homologatório coloca o devedor e o plano ao controle formal do Judiciário, este elemento também é atendido.

Há uma expressa intenção do legislador de estimular pedidos de recuperação extrajudicial. Se na origem o instituto foi idealizado para crises de menor monta e talvez puramente domésticas, a evolução vivenciada perante outras jurisdições e a paulatina preferência do mercado pela menor intervenção judicial indica que a recuperação extrajudicial pode ser adequada para tratar também de crises transnacionais.

REFERÊNCIAS

ADAMEK, Marcelo Vieira Von. Comentários aos artigos 161 a 167. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de (coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

BECUE, Sabrina Maria Fadel. **Insolvência transnacional**: as contribuições que a lei modelo da UNCITRAL pode proporcionar para o Brasil. 2018. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. doi:10.11606/T.2.2018.tde-06112020-185232.

BLOCK-LIEB, Susan; HALLIDAY, Terence C., Less is More in International Private Law, 3 **NIBLeJ** 43, pp. 43-58, 2015. Disponível em: https://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/561. Acessado em 26/04/2024.

BULLAMAH, Frederico Kerr; SCHNEIDER, Marina Anselmo. Inovações no Instituto da Recuperação Extrajudicial. In: MARTINS, André Chateaubriand; RICUPERO, Marcelo Sampaio Goés (coords.). **Nova Lei de recuperação judicial**. São Paulo: Almedina, 2021.

CAMPANA FILHO, Paulo Fernando; CORRÊA, Raphael Nehin. Questões Relativas à Competência Jurisdicional para Reconhecimento de Processos Estrangeiro de Insolvência. In: Ronaldo Vasconcelos et. al. (Coords). **Reforma da Lei de Recuperação e Falência (Lei nº 14.112/20)**. São Paulo: Editora IASP, pp. 1209- 1228, 2021.

CARNEIRO, Carolina Mascarenhas; BORELLI, Nathália Albuquerque Lacorte. Capítulo VIII: Disposições finais e transitórias. In: BONTEMPO, Joana Gomes; SANT'ANA, Maria Fabiana Seoane Dominguez; OSNA, Mayara Roth Isfer (coords.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Indaiatuba: Editora Foco, 2022.

CASTRO, Amílcar de. Da falência com repercussão extraterritorial. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 2, pp. 93-103, 1962.

COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Nasser de. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2022.

FLETCHER, Ian F. **Insolvency in Private International Law**. 2Nd edition. Oxford University Press, 2011.

GUERRA, Amina Welten. As origens da *soft law* e a insuficiência das suas definições em face ao direito internacional contemporâneo. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 83, pp. 43-60, jul./dez. 2023. DOI: <https://doi.org/10.12818/P.0304-2340.2023v83p43>

MELNIK, Selinda A. United States. In: HO, Look Chan. **Cross-Border Insolvency: a commentary on the UNCITRAL Model Law**. 3rd edition. Global Business Publishing Ltda, 2012.

OBRE. **PEDIDOS DE RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL APÓS A REFORMA DA LEI 11.101/2005 (A PARTIR DE 23/01/2021)**: Relatório da segunda fase. Disponível em: <<https://www.biolchi.com.br/obre>>. Acessado em 10/01/2024.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de. Da Recuperação Extrajudicial. In: _____ (coord.). **Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de. Recuperação Extrajudicial: O instituto nati-morto e uma proposta para sua reformulação. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco (coords.). **Direito das Empresas em Crise: problemas e soluções**. São Paulo: Quartier Latin, pp. 231-263, 2012.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de; BONTEMPO, Joana Gomes Baptista. A Reforma da Lei 11.101/2005 e a Nova Perspectiva da Recuperação Extrajudicial. In: VASCONCELOS, Ronaldo et. al. (coords.). **Reforma da Lei de Recuperação e Falência (Lei n. 14.112/20)**. São Paulo: Editora IASP, pp. 1173-1205, 2021.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. **Recuperação Extrajudicial de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de. Capítulo VI: Da Recuperação Extrajudicial. In: _____; PITOMBO, Antonio Sergio A. de Moraes (coords.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TEBALDI, Camila; BÁRIL, Daniel; BIOLCHI, Juliana. Capítulo VI: Da recuperação Extrajudicial. In: BONTEMPO, Joana Gomes; SANT'ANA, Maria Fabiana Seoane Dominguez; OSNA, Mayara Roth Isfer (coords.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Indaiatuba: Editora Foco, 2022.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; BECUE, Sabrina Maria Fadel. Comentários aos artigos 167-A a 167-G. In: Paulo Fernando Campos Salles de Toledo. (Org.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

UNITED NATIONS. **UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation**. New York, 2014.

UNITED NATIONS. **Digest of Case Law on the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency**. Vienna, 2021.

WESSELS B; BOON, J.M.G.J. Soft law instruments in restructuring and insolvency law: exploring its rise and impact, *Tijdschrift voor vennootschapsrecht, rechtspersonenrecht en ondernemingsbestuur*, pp. 53-64, 2019.

Recebido em: 13/05/2024

Aprovado em: 10/06/2024

O PAPEL DA MEDIAÇÃO NA PROMOÇÃO DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E NA CONCRETIZAÇÃO DO ODS 16 DA AGENDA 2030: “PAZ, JUSTIÇA E INSTITUIÇÕES EFICAZES”

THE ROLE OF MEDIATION IN PROMOTING THE RIGHT OF ACCESS TO JUSTICE AND IN ACHIEVING SDG 16 OF THE 2030 AGENDA: “PEACE, JUSTICE AND STRONG INSTITUTIONS”

SUSANA ISABEL DA CUNHA SARDINHA MONTEIRO*

CÁTIA SOFIA MARQUES CEBOLA**

RESUMO

O presente trabalho visa compreender o atual alcance do direito de acesso à justiça consagrado nos principais textos internacionais de proteção dos direitos humanos, entre os quais a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), por forma a justificar e defender a importância da mediação na resolução de conflitos e, concomitantemente, na promoção do acesso à justiça pelos cidadãos e na concretização do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) 16 da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da ONU. O recurso a mecanismos extrajudiciais permite a edificação de um modelo de justiça mais equitativo, mais humano, mais inclusivo e, desde logo, mais participado. Em concreto a mediação, ao privilegiar o diálogo entre as partes e a construção de uma solução concertada para o conflito, contribui para a pacificação social e, por isso, para a construção de sociedades pacíficas e inclusivas, em que assenta o objetivo presente no ODS 16. Pretende-se, desta forma, dar nota da atual conceção do direito de acesso à justiça como um direito humano fundamental que abarca os meios judiciais e os meios extrajudiciais. Em termos metodológicos, o presente estudo caracteriza-se como exploratório, de natureza qualitativa

ABSTRACT

This article aims to understand the current scope of the right of access to justice as enshrined in the main international documents regarding the protection of human rights, including the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) and the European Convention on Human Rights (ECHR), in order to justify and defend the importance of mediation in conflict resolution and, simultaneously, in promoting access to justice for citizens and thus achieving the 16th Sustainable Development Goal (SDG) of the UN. The use of extrajudicial mechanisms allows for the establishment of a more equitable, humane, inclusive, and participatory model of justice. Specifically, mediation, by prioritizing the dialogue between parties and the construction of a mutually agreed-upon and concerted solution to the conflict, contributes to social pacification and, therefore, the creation of peaceful and inclusive societies, upon which is based the SDG 16 of the UN's 2030 Agenda for Sustainable Development. Thus, this paper seeks to highlight the current understanding and scope of the right of access to justice as a fundamental human right that encompasses both judicial and extrajudicial means. In terms of methodology, the present study is characterized as exploratory, of a qualitative

* Doutora em Direito. Professora Adjunta do Instituto Politécnico de Leiria. Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense – Polo de Leiria.
E-mail: susana.monteiro@ipleiria.pt.

** Doutora em Direito. Professora Adjunta do Instituto Politécnico de Leiria. Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense – Polo de Leiria. Presidente Internacional do Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos – ICFML.
E-mail: catia.cebola@ipleiria.pt.

realizado a partir de uma pesquisa documental baseada na doutrina de referência, nacional e internacional e na legislação aplicável. Como técnica de análise de dados recorreu-se à análise de conteúdo.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça. Cidadania. Democracia. Mediação. ODS.

nature carried out from a documentary research method, based on relevant national and international doctrine and the applicable legislation. It was used as data analysis technique the content analysis.

KEYWORDS: Access to Justice. Citizenship. Democracy. Mediation. SDGs.

INTRODUÇÃO

O direito de acesso à justiça constitui um dos baluartes do Estado de Direito encontrando previsão normativa nos principais textos de proteção dos direitos humanos e, bem assim, nas leis fundamentais dos modernos Estados de Direito democráticos.

Num Estado de Direito e em estrito cumprimento do princípio da separação de poderes, compete aos tribunais - enquanto órgãos de soberania, estruturados por princípios de independência, imparcialidade e passividade - “administrar a justiça em nome do povo” [assim prescreve, a título de exemplo, o artigo 202.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (CRP)]. Cabe-lhes o exercício da função jurisdicional que se traduz na aplicação da lei para “assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados” (artigo 202.º, n.º 2, da CRP).

Sem embargo, o modelo tradicional de administração da justiça, assente num quase monopólio da atuação dos tribunais, não se coaduna com o atual conceito de Estado de Direito democrático nem com um novo modelo de cidadania. Uma cidadania ativa, participativa e responsável que reclama uma maior intervenção no espaço público e, conseqüentemente, no acesso à justiça. Nesta senda, os meios extrajudiciais de resolução de conflitos têm vindo a afirmar-se como concretizadores da justiça de cada caso.

Neste trabalho, propomo-nos demonstrar como a mediação, enquanto meio extrajudicial de resolução de conflitos, possibilita a inclusão de todos os interessados na resolução de conflitos, ao mesmo tempo que responsabiliza as partes pelas soluções acordadas. Com efeito, enquanto procedimento que visa a promoção do diálogo entre todos os *stakeholders* numa determinada situação conflitual, tendo em vista a construção de uma solução que conjugue os respetivos interesses, enquanto “arte de compartilhar espaços, conflitos e resoluções”¹, a mediação afirma-se como um procedimento inclusivo e promotor da paz social.

Estes objetivos encontram-se, de resto, refletidos na Agenda 2030 da ONU para o Desenvolvimento Sustentável, em concreto no seu objetivo (ODS)

1 SPLENGER; PINHO, 2018, p. 220.

16 que almeja a construção de sociedades pacíficas e inclusivas, devendo proporcionar-se o acesso à justiça a todos e a construção de instituições eficazes e responsáveis a todos os níveis. Começaremos, então, por analisar a Agenda 2030 da ONU para perceber de que forma este documento internacional convoca uma nova conceção de justiça e uma maior participação dos cidadãos nas atuais sociedades.

Importará depois perceber se o direito de acesso à justiça apenas se concretiza no direito de acesso aos tribunais judiciais, ou se, pelo contrário, o teor normativo dos textos que o consagram permite abarcar os meios extrajudiciais de resolução de litígios, como veículos de promoção da costumada justiça.

Paralelamente desenvolver-se-ão os conceitos de cidadania e participação nos modernos Estados de direito como forma de afirmação da própria democracia e que, em última instância, tornam claro como os meios extrajudiciais, em particular a mediação, constituem ferramentas de afirmação de sociedades inclusivas e participativas.

1. A AGENDA 2030 DA ONU E OS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL (ODS) NO QUADRO DOS DIREITOS HUMANOS.

A edificação dos Direitos Humanos no mundo é sintetizada por Tavares com as seguintes palavras: “[o]s direitos humanos, tal como os concebemos hoje – universais, interdependentes e juridicamente garantidos a nível internacional –, nasceram no rescaldo de uma Segunda Guerra Mundial devastadora e causadora de terrível sofrimento à Humanidade”².

Coube à Organização das Nações Unidas, criada em 1945 na Conferência de São Francisco, um importantíssimo papel na proclamação de um catálogo de direitos de todas as pessoas. Foi a 10 de dezembro de 1948 que a Assembleia Geral da ONU proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) que, “constitui a «pedra fundadora» d[o] sistema internacional de proteção de Direitos Humanos”³. O esforço desenvolvido pela ONU foi acompanhado por outras organizações internacionais de cariz regional. Cabe destacar, na Europa, o trabalho desenvolvido pelo Conselho da Europa que, em 1950, adotou a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) que constitui o quadro de referência dos direitos humanos no continente europeu. Já no início do novo milénio, foi a vez da União Europeia criar um catálogo próprio e específico de direitos humanos, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

2 TAVARES, 2013, p. 15.

3 TAVARES, 2013, p. 17.

Voltando ao quadro universal dos Direitos Humanos, e nos termos do artigo 1.º da DUDH, são enunciados:

Os principais pilares do sistema de direitos humanos, isto é, liberdade, igualdade e solidariedade. Liberdades tais como a liberdade de pensamento, consciência e de religião, bem como de opinião e de expressão estão protegidas pelos direitos humanos. Do mesmo modo, os direitos humanos garantem a igualdade, tal como a proteção igual contra todas as formas de discriminação no gozo de todos os direitos humanos, incluindo a igualdade total entre mulheres e homens. A solidariedade relaciona-se com os direitos económicos e sociais, tais como o direito à segurança social, remuneração justa, condições de vida condignas, saúde e educação acessíveis, que são parte integrante do sistema de direitos humanos. Aqueles pilares surgem em detalhe, sob cinco títulos, sendo estes os direitos políticos, civis, económicos, sociais e culturais, juridicamente definidos em dois Pactos paralelos que, juntamente com a DUDH, formam a Carta Internacional dos Direitos Humanos⁴.

Não obstante, de 1948 aos dias de hoje o mundo mudou. Se “[d]urante o século XX, os direitos humanos evoluíram como um enquadramento moral, político e jurídico e como linha de orientação para desenvolver um mundo sem medo e sem privações”, o contexto do século XXI é diferente, pelo que se torna, neste quadro, “mais imperativo do que nunca tornar os direitos humanos conhecidos e compreendidos e fazê-los prevalecer”⁵.

Daí o impulso decidido, em setembro de 2000, no âmbito da Cimeira do Milénio (Nova Iorque, 6 a 8 de setembro de 2000) por parte dos chefes de Estado e de governo dos Estados membros, de preparar a ONU para o novo milénio. Reconhecendo ser as Nações Unidas “a indispensável casa comum de toda a família humana, onde procuraremos realizar as nossas aspirações universais de paz, cooperação e desenvolvimento” (ponto 32, VIII – Reforço das Nações Unidas), assumindo todo o seu *acquis* em prol da promoção e defesa dos valores da paz, dos direitos humanos, da democracia, mas também da sustentabilidade ambiental e, ainda, do combate e erradicação da pobreza, reafirmaram as suas obrigações comuns para com todas as pessoas do mundo, especialmente as mais vulneráveis. A Declaração do Milénio adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas através da Resolução 55/2, de 8 de setembro de 2000, assenta num conjunto de valores fundamentais considerados essenciais para as relações internacionais no século XXI: a liberdade, a igualdade, a solidariedade, a tolerância, o respeito pela natureza e a:

responsabilidade comum pela gestão do desenvolvimento económico e social no mundo e por enfrentar as ameaças à paz e segurança internacionais [que] deverá ser partilhada por todos os Estados do mundo e deve ser exercida multilateralmente. Sendo a organização de carácter mais universal e mais re-

4 MOREIRA; GOMES *et al.*, 2012, p. 44

5 MOREIRA; GOMES *et al.*, 2012, p. 44

presentativa em todo o mundo, as Nações Unidas devem desempenhar um papel central neste domínio⁶.

Os Estados comprometeram-se a, num universo temporal de 15 anos (2000-2015), dar o seu apoio incondicional e a concretizar um conjunto de oito objetivos comuns classificados de Objetivos de Desenvolvimento do Milénio (ODM) e que incluem: reduzir para metade a pobreza extrema e a fome; alcançar o ensino primário universal; promover a igualdade entre os sexos; reduzir em dois terços a mortalidade infantil e em três quartos a taxa de mortalidade materna; combater o VIH/SIDA, a malária e outras doenças graves; garantir a sustentabilidade ambiental; criar uma parceria mundial para o desenvolvimento.

Ainda nas palavras de Okado e Quinelli:

Os ODM adquiriram um significado histórico. Até então, nunca um conjunto de objetivos mundiais a serem alcançados por todos os países e em todos os níveis (internacional, nacional, regional e local) foram sistematizados em um único documento, com metas e indicadores claros para monitorá-los⁷.

Em 2015, no dia 25 de setembro, durante a 70.^a Assembleia Geral das Nações Unidas, o então Secretário-Geral da ONU, Ban Ki-Moon, lançou o mote para uma nova agenda para o desenvolvimento que se materializou na adoção, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, da resolução intitulada “*Transformar o nosso mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*” (A/RES/70/1). O referido documento, resumidamente designado de Agenda 2030, foi então assinado pelos Chefes de Estado e de governo dos 193 Estados membros da ONU durante esta Cimeira das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, que decorreu de 25 a 27 de setembro de 2015, em Nova Iorque. Este marco global para redirecionar a humanidade para um caminho sustentável foi desenvolvido na esteira da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+20), no Rio de Janeiro, Brasil, em junho de 2012.

Neste contexto, em 2015, num processo de três anos no âmbito de uma colaboração triangular que envolveu os governos nacionais e organizações da sociedade civil, assumindo o legado dos ODM; atestando o relativo sucesso da calendarização de metas; reconhecendo o muito trabalho que ainda importa(va) desenvolver, a ONU definiu um plano de ação assente em cinco vetores: as pessoas, o planeta, a prosperidade, a paz e as parcerias (os 5P) e assume como objetivo final a erradicação da pobreza e o desenvolvimento sustentável.

Ban Ki-Moon, então Secretário-Geral da ONU registou no Relatório intitulado de “*Critical milestones towards coherent, efficient and inclusive*

6 ONU, 2000, p. 4.

7 OKADO; QUINELLI, 2016, p. 118.

follow-up and review at the global level”, a importância da adoção, em 2015, da Agenda 2030, nos termos que reproduzimos:

De Sendai a Addis Ababa, e de Nova York a Paris, 2015 foi um ano marcante para o multilateralismo e a formação de políticas internacionais. Transformando o nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, adotada em Nova York em setembro de 2015, traduz a ambiciosa visão compartilhada que irá guiar os nossos esforços para erradicar a pobreza e alcançar o desenvolvimento sustentável nos próximos 15 anos. Dezassete objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS) e as suas correspondentes metas estão no centro dessa Agenda⁸.

De dimensão e cariz universal e indivisível (característica diferenciadora face aos ODM aplicáveis, apenas, nos países em desenvolvimento), a Agenda 2030 tem aplicabilidade em todos os Estados, que devem alinhar os respetivos esforços de desenvolvimento sustentável.

Gil reforça o caráter universal e indivisível dos ODS como um dos elementos inovadores face aos ODM, assegurando-se, assim:

A sua aplicação em todo o mundo e para todos os países, com uma visão holística e interrelacionada em que cada objetivo se sobrepõe e reforça mutuamente, requer uma ação multinível simultânea nos espaços locais, regionais, nacionais e globais, apostando na construção de uma solidariedade global reforçada e integrando os grandes acordos alcançados nas cúpulas mundiais dos últimos anos. (...) [Não obstante] importa adicionar uma sistematização multinível diferenciada, com base em quatro elementos essenciais: objetivos e metas de validade universal, objetivos e metas com uma componente nacional, objetivos e metas para países desenvolvidos, juntamente com objetivos e metas específicos para países em desenvolvimento. De facto, embora se insista repetidamente na novidade da componente universal dos ODS, é preciso destacar que, das suas 169 metas, 27 são exclusivamente aplicáveis aos países em desenvolvimento, o que representa 16% do total, o que faz questionar a dimensão universal da totalidade da Agenda 2030⁹.

8 From Sendai to Addis Ababa and from New York to Paris, 2015 was a momentous year for multilateralism and international policy shaping. Transforming our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development adopted in New York in September 2015 is the ambitious shared vision that will guide our efforts to eradicate poverty and achieve sustainable development over the next 15 years. Seventeen sustainable development goals (SDGs) and their accompanying targets are at its heart (KI-MOON, 2016, p.3).

9 “Su aplicación en todo el mundo y para todos los países, con una visión holística e interrelacionada en la que cada objetivo se superpone y se refuerza mutuamente, con una actuación multinivel simultánea en los espacios locales, regionales, nacionales y globales, apostando por construir una solidaridad global reforzada e integrando los grandes acuerdos recogidos en las cumbres mundiales de los últimos años. (...) [Não obstante] hay que añadir una sistematización diferenciada multinivel, a partir de cuatro elementos esenciales: objetivos y metas de validez universal, objetivos y metas con un componente nacional, objetivos y metas para países desarrollados, junto a objetivos y metas específicas para países en desarrollo. De hecho, aunque se insiste una y otra vez en la novedad del componente universal de los ODS, hay que señalar que de sus 169 Metas, 27 de ellas son únicamente de aplicación para los países en desarrollo, lo que representa un 16% del total, lo que también pone en duda la dimensión universal de la totalidad de la Agenda 2030” (GIL, 2017, p. 110 -111).

Assim, em relação aos ODS, todos os Estados podem e devem ser considerados como países em desenvolvimento e todos devem assumir as devidas responsabilidades no que concerne à sua implementação, enfatizando-se que ninguém deve ser excluído ou deixado para trás, pressupondo a integração dos ODS nas políticas, processos e ações desenvolvidas nos planos nacional, regional e global. Assim, “se os Objetivos de Desenvolvimento do Milénio (ODM) eram o telescópio que permitia aos países ricos ver o mundo em desenvolvimento e projetar o seu progresso, os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) são o espelho através do qual todas as nações veem refletidas em as suas próprias políticas e o seu desempenho”¹⁰.

Numa análise material e comparativa do conteúdo dos dois textos, Gil especifica que:

É importante reconhecer que os ODS incorporam elementos inovadores no seu design, com destaque para as três dimensões do desenvolvimento sustentável: económica, social e ambiental, priorizando a luta contra a pobreza e a fome, mas com especial enfoque na defesa dos direitos humanos, igualdade de género e empoderamento das mulheres, assumindo como elemento central, a redução das desigualdades dentro de cada país e entre diferentes Estados assim como a eliminação de padrões de consumo insustentáveis. Além disso, os ODS incorporam uma visão de crescimento económico inclusivo e sustentável, respeitando a saúde do planeta e da população¹¹.

Na mesma senda, Rodríguez sintetiza que “os ODS se baseiam nos progressos alcançados com os anteriores Objetivos do Milénio, ainda que abordem novas temáticas e sejam mais amplos, não se limitando apenas a questões exclusivamente sociais”¹².

Considerada como uma Agenda transformadora para o desenvolvimento sustentável, nas palavras de Ban Ki-Moon, “os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável são a nossa visão comum para a Humanidade e um contrato social entre os líderes mundiais e os povos”¹³.

10 “Si los ODM eran el telescopio que permitieron a los países ricos ver el mundo en desarrollo y proyectar su avance, los ODS son el espejo a través del cual todas las naciones se ven reflejadas en sus propias políticas y en su desempeño” (GIL, 2017, p. 109).

11 “Hay que reconocer que los ODS incorporan elementos novedosos en su diseño, entre los que podemos destacar la integración de las tres dimensiones del desarrollo sostenible: la económica, la social y la ambiental, priorizando la lucha contra la pobreza y el hambre, pero con un fuerte anclaje en la defensa de los derechos humanos, la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres, abordando la reducción de las desigualdades dentro de cada país y entre los diferentes estados como elemento prevalente, junto a la eliminación de patrones de consumo insostenibles. Además, incorporan una visión del crecimiento económico incluyente y sostenible, respetuoso con la salud del planeta y de la población” (GIL, 2017, p. 110).

12 “Estos ODS se basan en los progresos conseguidos con los anteriores Objetivos del Milenio, aunque tienen, sin duda, nuevas temáticas, son más amplios y no se limitan a los temas exclusivamente sociales” (RODRÍGUEZ, 2018, p. 972).

13 UNRIC, 2016.

Em 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e 169 metas de cariz universal, transformador e inclusivo, enunciam-se os principais desafios de desenvolvimento para a humanidade, i.e., desafios globais considerados como fundamentais para a sobrevivência da humanidade. Os ODS complementam-se, “são objetivos com metas capazes de se retroalimentar e fortalecer diferentes objetivos além daquele ao qual pertencem, sendo esse caráter de rede estratégico para o alcance das metas estabelecidas”¹⁴. Nesta senda, o propósito dos ODS é garantir uma vida sustentável, pacífica, próspera e equitativa para todos, no presente e no futuro.

Para Chaturvedi et al.:

A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável estabeleceu com sucesso um quadro normativo que define o desenvolvimento como uma aspiração universal para a inclusão e a sustentabilidade. Além disso, esse acordo global contém metas, objetivos e indicadores concretos e mensuráveis que podem ser usados para responsabilizar os governos e atores não governamentais pela realização do desenvolvimento sustentável¹⁵.

A Agenda 2030 e, bem assim, as questões relativas ao desenvolvimento sustentável têm sido, maioritariamente, enquadradas por regras de direito definidas como *soft law* que carecem de mecanismos que garantam a sua eficácia em caso de incumprimento, tal como sucede com a *hard law* ou *ius cogens*. Atentemos no caso específico da Agenda 2030 que adotou os ODS e que se baseia na voluntariedade, característica típica da *soft law*. Reconhecendo a importância da *soft law* no processo de transformação e evolução do Direito internacional e assumindo que *soft law* é Direito, Liesa precisa que “não se deve confundir o Direito com o que não é Direito”¹⁶. Para o referido Autor “[o] *soft law* desempenha um papel relevante na interpretação do direito positivo, na transformação progressiva do seu conteúdo, no comportamento dos sujeitos e na transformação da *opinio iuris*”¹⁷. Ainda assim, tal não significa que a *hard law* seja inexistente ou irrelevante. Sustenta o Autor que as iniciativas de *soft law* “são bem-vindas como ponto de partida, mas manifestamente insatisfatórias como ponto de chegada”¹⁸. Reforça, de seguida, a necessidade

14 ALMEIDA; IGARI; SOUSA, 2022, p. 423.

15 “The 2030 Agenda for Sustainable Development has successfully set a normative framework that defines development as a universal aspiration for inclusiveness and sustainability. Furthermore, this global agreement contains concrete and measurable goals, targets, and indicators that can be used to hold governments and non-governmental actors accountable for achieving sustainable development” (CHATURVEDI et al., 2021, p. 1-2).

16 “No se debe confundir *el Derecho con lo que no es Derecho*” (LIESA, 2016, p. 70).

17 “El *soft law* juega un papel relevante en la interpretación del derecho positivo, en la transformación progresiva de su contenido, en el comportamiento de los sujetos y en la transformación de la *opinio iuris*” (LIESA, 2016, p. 70).

18 “Son bienvenidas como punto de partida, pero indudablemente insatisfactorias como punto de llegada” (LIESA, 2016, p. 71).

de que as “questões do desenvolvimento sustentável caminhem em direção à construção do edifício do *hard law*”¹⁹.

Voltando à análise dos ODS, destacamos neste trabalho o n.º 16 destinado a fomentar a “*Paz, Justiça e Instituições Eficazes*” e, assim, a “promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas a todos os níveis”. Na verdade, o ODS 16 é aquele que melhor corporiza uma das finalidades que presidiram à sua conceção, a saber: a paz e a prosperidade entre todas as pessoas²⁰.

Pese embora o seu carácter integrado e indivisível é possível distinguir no ODS 16 três conceitos diferentes: paz, justiça e instituições eficazes. Enquanto os dois primeiros correspondem a categorias jurídico-políticas facilmente conhecidas e identificáveis, ainda que de difícil concretização (conceptualização), o conceito de instituições eficazes assume contornos mais imprecisos. Segundo Rodríguez “mais do que três conceitos que integram o ODS 16, devem referir-se três áreas temáticas que compõem o seu objeto, o que lhe confere um sentido ainda mais abrangente”, ou na expressão usada pelo Autor mais “omnicomprensivo”²¹.

É sobre o direito de acesso à justiça que nos vamos deter de seguida, defendendo um conceito multidimensional de acesso à justiça e não unidimensional. Entender o direito de acesso à justiça como o direito de acesso aos tribunais judiciais é, atualmente, incorrer num erro conceptual. É restringir o género a uma das suas espécies. Defendemos, assim, uma visão alargada do predito direito humano aliada e consonante com um novo conceito de cidadania, ativa e participativa.

2. O DIREITO HUMANO DE ACESSO À JUSTIÇA: CONSAGRAÇÃO NORMATIVA INTERNACIONAL

O direito de acesso à justiça:

tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos²².

19 “Cuestiones de desarrollo sostenible caminen hacia el predio del *hard law*” (LIESA, 2016, p. 71).

20 RODRÍGUEZ, 2018, p. 974.

21 “Más que de tres conceptos que integran el ODS 16 habría que referirse a tres ámbitos temáticos que conforman su objeto, lo que le da un sentido, si cabe, más omnicomprensivo” (RODRÍGUEZ, 2018, p. 974).

22 CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 11-12.

Atualmente, o direito de acesso à justiça encontra consagração expressa nos principais textos internacionais de proteção dos Direitos Humanos. Não pretendemos apresentar um elenco exaustivo, não obstante é imperioso começar por destacar o artigo 8.º da DUDH que reconhece que “[t]oda a pessoa tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei”. Num total de 30 artigos, a DUDH consagra, simultaneamente, os tradicionalmente designados de “direitos civis e políticos” (tais com o direito à vida, a proibição da tortura ou da escravatura, assim como as liberdades de pensamento, de consciência, de expressão e de religião) e os “direitos económicos, sociais e culturais” (como o direito ao trabalho, o direito a condições de trabalho justas, à segurança social, à educação). Não obstante, e tendo em conta a *occasio legis*, revelou-se impossível obter o consenso de todos estes direitos num único texto com a conseqüente submissão a idênticos mecanismos de controlo da respetiva aplicação. Assim, dezoito anos depois da proclamação da DUDH, mais precisamente a 16 de dezembro de 1966, foram adotados dois tratados internacionais com o propósito de tornar mais claras e vinculativas, para os Estados, as disposições da DUDH. Trata-se do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC). No que respeita ao direito de acesso aos tribunais cabe destacar o artigo 14.º do PIDCP que *ab initio* consagrou que:

Todos são iguais perante os tribunais de justiça. Todas as pessoas têm direito a que a sua causa seja ouvida equitativa e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela lei, que decidirá quer do bem fundado de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra elas, quer das contestações sobre os seus direitos e obrigações de carácter civil²³.

O sistema de proteção dos direitos humanos não se desenvolveu exclusivamente no âmbito universal sobre os auspícios da ONU, mas, também, a nível regional. Destacamos, nesta sede, no contexto europeu, a ação do Conselho da Europa, organização de cooperação política europeia criada a 5 de maio de 1949, cujo labor em prol da defesa dos direitos humanos, dos valores democráticos, do Estado de Direito e da estabilidade social e política na Europa é unanimemente reconhecido. Uma das suas principais concretizações foi a proclamação, em 1950, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e que conta com o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), órgão jurisdicional que controla a implementação da Convenção pelos Estados membros. No continente americano destaca-se no seio da Organização dos Estados Americanos (OEA), criada em 1948, a proclamação, em 1969, da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (CADH)²⁴.

23 ONU, 1966, n.p.

24 Pacto São José da Costa Rica, tendo a Convenção sido adotada e aberta à assinatura na

O artigo 6.º da CEDH prescreve que:

Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela²⁵.

Ainda no contexto europeu, com a elaboração da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, foi expressamente proclamado no artigo 47.º sob a epígrafe “O Direito à ação e a um tribunal imparcial”, reconhecendo-se que:

Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal nos termos previstos no presente artigo. Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo. É concedida assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir a efetividade do acesso à justiça²⁶.

Por seu turno, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos vem no seu artigo 8.º, n.º 1, e sob a epígrafe das “Garantias judiciais”, enunciar que:

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de carácter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza²⁷.

No que respeita à proteção judicial, o artigo 25.º, n.º 1, prescreve que:

Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juizes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais²⁸.

Elencadas as principais prescrições regulamentadoras do direito de acesso à justiça, importa agora analisar qual o espaço para os meios de resolução de conflitos que operam fora do foro judicial, no sentido de percebermos se as referidas normas abrangem no seu âmbito normativo e aplicativo estes mecanismos extrajudiciais.

Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22.11.1969.

25 CONSELHO DA EUROPA, 2023, p.6.

26 UNIÃO EUROPEIA, 2000, n.p.

27 CIDH, 1969, n.p.

28 CIDH, 1969, n.p.

3.OS MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO QUADRO DE UM NOVO ENTENDIMENTO DO DIREITO HUMANO DE ACESSO À JUSTIÇA

No tradicional modelo de administração da justiça cabe aos tribunais o exclusivo da função jurisdicional. Impõe-se, contudo, edificar um novo modelo assente numa interpretação ampla do direito de acesso à justiça presente nos preditos textos internacionais de proteção dos Direitos Humanos. Uma interpretação que englobe a justiça dita “tradicional” (concretizada no recurso aos tribunais judiciais) e os meios extrajudiciais de resolução de conflitos, como forma de promoção de uma cidadania ativa e participativa no quadro de um moderno Estado de Direito democrático. Concomitantemente:

A justiça não é apenas uma questão de juízes. Todas as pessoas têm o direito de aceder à justiça ditada pelos tribunais do Estado. No entanto, a necessidade de justiça também pode ser atendida por outros mecanismos chamados de Meios Alternativos de Solução de Conflitos (MASC). Esses mecanismos oferecem uma justiça próxima, flexível e acessível que, em algumas ocasiões, pode ser mais conveniente para os cidadãos (...)²⁹.

Nos modernos Estados de Direito, passou a imperar, portanto, um novo modelo de administração da justiça que conjuga vários meios para dirimir a conflitualidade, meios estes que não pretendem substituir-se ao sistema de justiça tradicional, mas antes complementar a oferta da justiça através de diversas modalidades de a oferecer e obter. Revela-se de suma importância compreender que “nem todos os problemas acontecem pela mesma razão e que cada um deles possui suas peculiaridades, sendo que, em razão disso, eles precisam de soluções adequadas às suas especificidades”³⁰.

Atentando no estudo de Cappelletti e Garth³¹, distinguem estes autores três vagas na evolução da concretização do direito de acesso à justiça no século passado: 1) durante a década de 1960 este direito implicava a prestação de serviços legais aos cidadãos carenciados economicamente, através da nomeação gratuita de advogados para consulta e representação legal; 2) na década de 1970, o direito de acesso à justiça estende-se à proteção de interesses difusos (ex. direitos dos consumidores; direito do ambiente) através da previsão normativa de instrumentos de tutela coletiva de que as ações populares constituem o

29 La justicia no solo es cosa de jueces. Todas las personas tienen derecho de acceder a la justicia que procuran los tribunales del Estado. Sin embargo, la necesidad de justicia también puede satisfacerse a través de otros mecanismos que reciben el nombre de Medios Alternativos de Solución de Conflictos (MASC). Estos mecanismos ofrecen una justicia cercana, flexible y accesible que, en ocasiones, puede resultar más conveniente para los ciudadanos (...) (ALARCÓN *et al.*, 2022, p. 59).

30 SOUSA; GAMA, 2016, p. 182.

31 CAPPELLETTI e GARTH, 1978, p. 6-7.

exemplo paradigmático; 3) na década de 1980, o direito de acesso à justiça passa a traduzir a realização da justiça do caso através de qualquer meio de administração da justiça desde que imparcial e justo. Neste sentido, Paula Costa e Silva afirma que:

o direito de acesso ao Direito, pilar fundamental do Estado de Direito, vem sofrendo profundas transformações. Deixou de ser um direito de acesso ao Direito através do direito de acesso aos tribunais para passar a ser um direito de acesso ao direito, de preferência sem contacto ou sem passagem pelos tribunais³².

Como bem sintetizam Splenger e Pinho:

Assim, a expressão “acesso à justiça” em seu “conceito amplo” pode significar: a) acesso ao Judiciário e; b) acessibilidade a uma determinada ordem de valores e de direitos fundamentais para o ser humano. Consequentemente - e conforme o já dito -, o acesso à justiça é mais amplo e complexo, externando mais do que o ingresso mediante ajuizamento da ação (processo) junto ao Judiciário, ele vai além dos limites do acesso aos órgãos judiciais existentes. Então, acessar a justiça significa ir além do acesso garantido pela Constituição Federal, alcançando, tutelando e garantido os direitos e as garantias sociais fundamentais, assegurando, ao final, o acesso a uma “ordem jurídica justa” a todos os cidadãos³³.

Wilde e Grabos acreditam que o sistema de justiça tradicional “tem capacidade para incorporar, regulamentar ou controlar mais do que um único meio de resolução de litígios; por outras palavras, para além do processo judicial, existem outros meios alternativos de resolução de litígios”³⁴. Continuam os autores, afirmando que:

Nestes termos, convém frisar que os objetivos de cada um não se esgotam nem podem limitar-se a modificar as instituições do clássico pleito, que decorre entre autor e réu e que termina com uma sentença proferida por um juiz, a qual converte um em vencedor e outro em vencido – quando não ambos em perdedores – e na qual a coisa julgada é simplesmente uma verdade formal com a qual fica concluída a tarefa de obter a paz social³⁵.

Ao conjunto destes meios de resolução de conflitos convencionou-se designar de Resolução Alternativa de Litígios (RAL) numa tradução da designação inglesa *Alternative Dispute Resolution* (ADR), que têm o propósito não de substituir os meios existentes, mas sim, “procurar meios mais adequados e eficazes para melhor solucionar a situação conflituosa”³⁶. Ora, em causa estão:

mecanismos extrajudiciais de solução de diferendos, surgindo como resposta de complementaridade aos meios tradicionais de Justiça (como os tribunais).

32 SILVA, 2009, p. 19.

33 SPLENGER; PINHO, 2018, p. 227.

34 WILDE; GRABOS, 2007, p.18.

35 WILDE; GRABOS, 2007, p. 19.

36 SOUSA; GAMA, 2016, p. 182.

Tal como noutros países, o surgimento de RAL em Portugal não é alheio à crise na Justiça³⁷. Os meios tradicionais começaram a revelar-se insuficientes e ineficientes, sendo necessário procurar outro tipo de resposta, mais adequada a determinados litígios. A tutela jurisdicional efetiva já não passa necessariamente por um acesso aos tribunais. Este novo paradigma de acesso à justiça passa, muitas vezes, por evitar a própria jurisdição. Ou seja, o acesso à justiça não significa um acesso direto e imediato aos tribunais. Podem e devem desenvolver-se instâncias que permitam uma eventual antecâmara de acesso ou um novo foro, sendo imperioso fomentar uma visão integrada da Justiça como pilar de um Estado de Direito³⁸.

Além de concretizarem um novo conceito do direito de acesso à justiça, os meios extrajudiciais e, em especial, os meios autocompositivos como seja a mediação, ao basearem a tomada de decisão na vontade das próprias partes em conflito, constituem um importante veículo de participação dos cidadãos e, em consequência, de concretização de sociedades mais integradas, participativas, inclusivas em pleno respeito pelos valores e princípios democráticos, como a seguir se analisa. Antes, porém, reputamos de valia fazer menção aos “perigos” que podem advir de uma espécie de “privatização da administração da justiça”. Na verdade a tão proclamada crise da justiça, entenda-se do poder jurisdicional tem vindo a reforçar a legitimidade da criação e desenvolvimento de meios extrajudiciais de resolução de conflitos, os designados meios alternativos, como formas apropriadas de promover a solução de conflitos e consequentemente a pacificação social. Destacamos, contudo o pensamento de Gonçalves e Cruz, que a este propósito destacam o dilema decorrente da postura de amplo apoio sustentada pelo Estado, enquanto gestor de um sistema disfuncional que, se por um lado, auxilia no processo da necessária formação de uma nova cultura e no próprio reconhecimento da relevância e fiabilidade de outras formas de resolução de litígios, por outro, se for desmedido, pode levar ao descrédito dos sistemas privados de resolução de conflitos, nomeadamente a mediação e a arbitragem, o que apenas solidificaria o estado de crise da justiça. Exploram, os Autores, os perigos decorrentes da “privatização” da justiça, com foco especial na mediação de conflitos e destacam as preocupações em torno da possível perda de imparcialidade e da prevalência de interesses económicos sobre princípios

37 Para a tão proclamada crise da justiça e enquanto fatores depreciativos da atuação do poder jurisdicional contribuem um conjunto de fatores, sintetizados no estudo de Siqueira e Silveira e que se reconduzem à “morosidade e a incerteza na entrega da escorreita prestação jurisdicional; a “visível deficiência estrutural dos prédios públicos e a falta de servidores (que há tempos é inversamente proporcional à quantidade de demandas ajuizadas anualmente)”; o elevado número de recursos nos Tribunais Superiores; a “cultura da judicialização” e a “banalização dos litígios” que contribuem para “que se leve à apreciação do Judiciário uma infinita gama de temas”. Esses fatores não só perpetuam os litígios, como também desacreditam os julgadores e o poder estatal, suscitando uma série de interrogações sobre a “verdadeira extensão da inafastabilidade da jurisdição” (SIQUEIRA; SILVEIRA, 2020).

38 CRUZ, 2018, p.12-15.

fundamentais da justiça no contexto da administração privada. Discutem como esse fenómeno pode afetar negativamente a equidade e acessibilidade à resolução de conflitos, além de apontar para os desafios éticos quando a mediação é influenciada por motivações comerciais³⁹.

4. CIDADANIA E PARTICIPAÇÃO NO QUADRO DO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO

No desenvolvimento da nossa análise, impõe-se então, precisar alguns conceitos que se entrecruzam: Estado de Direito, Democracia e Cidadania. Gomes Canotilho define Estado de Direito como “(...) um Estado ou uma forma de organização político-estadual cuja actividade é determinada e limitada pelo direito”⁴⁰ e que se caracteriza por um:

governo de leis (e não de homens!) gerais e racionais, organização do poder segundo o princípio da divisão de poderes, primado do legislador, garantia de tribunais independentes, reconhecimento de direitos, liberdades e garantias, pluralismo político, funcionamento do sistema organizatório estadual subordinado aos princípios da responsabilidade e do controlo, exercício do poder estadual através de instrumentos jurídicos constitucionalmente determinados⁴¹.

Na caracterização do Estado de direito importa fazer uma menção particular aos tribunais, órgãos de soberania, independentes, imparciais e passivos, aos quais compete, em cumprimento do princípio da separação de poderes e no exercício da função jurisdicional “*administrar a justiça em nome do povo*”. Gomes Canotilho precisa, de seguida, e a propósito do exercício da função jurisdicional, que “[n]um Estado de direito pertence aos tribunais, através de juízes independentes, *dizer o direito*. Num Estado de direito democrático cabe aos magistrados judiciais *dizer o direito em nome do povo*”⁴².

Na obra *Compreender os Direitos Humanos: Manual de Educação para os Direitos Humanos*, coordenada por Vital Moreira e Carla Gomes, afirma-se que:

Democracia é normalmente traduzida como o governo do povo. No entanto, a democracia é mais complexa na sua definição. É uma forma de governo, é também uma ideia que está na base da organização sociopolítica e jurídica do Estado [ainda que abarcando diferentes e infinitos significados] (...). Contudo, na sua essência, a democracia está fortemente relacionada com os princípios de direitos humanos e não pode funcionar sem garantir o total respeito e proteção da dignidade humana⁴³.

39 GONÇALVES; CRUZ, 2016.

40 CANOTILHO, 1999, p.13.

41 CANOTILHO, 1999, p. 22.

42 CANOTILHO, 1999, p.71.

43 MOREIRA; GOMES *et al.*, 2012, p. 441-442.

Sustentam os referidos Autores que os termos associados a democracia são participação, representação, inclusão e pluralismo⁴⁴. No que à participação dos cidadãos respeita, precisam que:

A democracia depende do interesse e da ativa participação dos seus beneficiários. Ser informado e ter acesso ao conhecimento é requisito para uma participação útil no sistema democrático. Apenas aqueles com uma compreensão básica de como o sistema trabalha e com conhecimento dos mecanismos e instituições de uma sociedade democrática podem contribuir e ser beneficiados⁴⁵.

Democracia é sinónimo de participação e a participação constitui um requisito para a construção de um sistema democrático. Democracia requer participação, ainda que participação, só por si, não seja garante de democracia. Estes dois conceitos: cidadania e democracia encontram-se, deste modo, indissociavelmente ligados. A estes, adicionamos, agora, um outro conceito: o do desenvolvimento sustentável. De acordo com Grubba, Hamel e Pellenz a “democracia requer a ativa participação dos cidadãos em prol de uma sociedade mais equitativa, justa e sustentável. Assim, o sistema democrático, na sua prática participativa, é basilar para que se manifeste o desenvolvimento sustentável”⁴⁶. Para os Autores a “democracia e o desenvolvimento sustentável legitimam-se como bases da atual sociedade, a partir da efetividade das suas práticas, como importante desafio da humanidade para o bem-viver no planeta”⁴⁷. Nesta sendo, o Estado Democrático de Direito deve criar espaços abertos e direcionados para a participação ativa dos cidadãos, permitindo o exercício pleno da cidadania. As formas que conduzem ao desenvolvimento sustentável devem estar alinhadas a políticas públicas que busquem a efetiva participação dos cidadãos e a observância de seus direitos, sabendo que a consolidação do desenvolvimento sustentável requer o respeito pelas liberdades políticas e direitos civis (dos cidadãos), garantindo a sua participação na elaboração de políticas públicas e na vida e organização social⁴⁸.

Tendo em conta a diferente interação dos elementos constituintes, um Estado de Direito democrático pode assumir diferentes configurações. Enquanto algumas democracias põem ênfase na divisão de poderes e no primado do Direito, outras baseiam-se predominantemente no conceito de participação⁴⁹.

Centremo-nos na importância da participação e do indispensável envolvimento dos cidadãos na vida coletiva. A participação dos cidadãos em

44 MOREIRA; GOMES *et al.*, 2012

45 MOREIRA; GOMES *et al.*, 2012, p. 442.

46 GRUBBA, HAMEL; PELLENZ, 2022, p. 458.

47 GRUBBA, HAMEL; PELLENZ, 2022, p. 457.

48 GRUBBA, HAMEL; PELLENZ, 2022.

49 MOREIRA; GOMES *et al.*, 2012.

assuntos que lhes dizem respeito e que, direta ou indiretamente, os afetam. Destacamos, aqui, a participação nos domínios da justiça.

Mas para que essa participação se torne uma realidade, importa configurar um novo modelo de administração de justiça. O modelo tradicional caracteriza-se por ser uma justiça dominada por terceiros, advogados e juizes, assente num modelo impositivo e na dialética entre direitos e deveres. Uma justiça que não integra os cidadãos, que reduz ao mínimo a sua participação, levando-os a questionarem a respetiva legitimidade e autoridade (do poder judicial). Uma justiça que assenta na igualdade absoluta entre os cidadãos, em matérias como os Direitos Humanos e o acesso aos tribunais, mas que enferma de uma contradição de base decorrente das desigualdades de acesso à justiça (tradicional) determinadas pela riqueza e pelo poder.

Destacamos, nesta senda, o pensamento de Feijó e Bicalho que a propósito da necessidade de um “Novo Constitucionalismo” defendem “a solução de conflitos pela mediação consensual e diálogo entre culturas e pessoas sem consensos prévios”⁵⁰. Caracterizam o “Novo Constitucionalismo” como uma abordagem que visa reconfigurar o papel do direito e do sistema judicial nas sociedades democráticas, priorizando a inclusão e a participação. Esta nova abordagem destinada a aproximar o “Judiciário do giro decolonial” e promover uma maior participação das partes envolvidas no processo de resolução de conflitos valoriza a mediação consensual, permitindo e priorizando o diálogo entre as partes envolvidas nos conflitos, ao invés da imposição de soluções. Apesar do “engajamento mediado das partes”, o facto de o acordo ter de ser homologado em juízo, limita o alcance da construção social do Direito. Desta feita e por forma a alcançar todo o seu potencial, o “Novo Constitucionalismo”, precisa de um conjunto de reformas que promovam a participação cidadã e a soberania popular, visando uma justiça mais inclusiva e transparente.

Concluem os Autores que:

A alternativa decolonial do Novo Constitucionalismo Latino-americano e sua aposta na Mediação Consensual busca substituir a necessidade do juiz pacificador com suposto controle da única e melhor técnica possível. A lógica do lado vencedor e lado vencido pode ser substituída para instrumentalização do diálogo constantemente aberto, pela democracia viva⁵¹.

Ora, como enunciado supra, o modelo tradicional de administração da justiça está afastado da essência de um Estado de direito democrático – a participação dos cidadãos que, de modo crescente, reclamam uma maior intervenção na justiça; que estando mais conscientes dos seus direitos, reclamam a sua efetividade (ainda que nem sempre de forma informada e esclarecida); que exigem uma justiça mais eficaz e mais próxima das suas necessidades. Este

50 Feijó; Bicalho, 2020, p. 1.

51 FEIJÓ; BICALHO, 2020, p. 22-23.

modelo mantém as pessoas afastadas e alienadas do Direito (Feijó; Bicalho, 2020). Nas palavras de Mariana França Gouveia:

A consequente marginalização do cidadão tornou-se insustentável com a evolução social – os donos dos conflitos pretendem dominá-los, controlando quer o processo, quer a solução. O mundo em que hoje vivemos terá seguramente defeitos, mas tem a vantagem de ter trazido às pessoas a legitimidade de decidir e a possibilidade de discordar. A autoridade já não é suficiente para a aceitação de uma decisão. O cidadão exige a explicação e exige ser convencido por ela. (...)

Assim, em conclusão, deve buscar-se a razão do nascimento dos meios de resolução alternativa de litígios em dois lugares diferentes. Em primeiro lugar na crise do direito e da justiça oficial e, em segundo lugar, no crescente desejo do cidadão em participar na resolução dos seus conflitos⁵².

Os designados meios extrajudiciais de resolução de litígios, comumente designados de alternativos, não só assentam na autocomposição, como estimulam e educam “o cidadão para a (melhor) solução de seus próprios conflitos por meio de ações inclusivas e comunicativas”⁵³. Nas palavras das Autoras, ao recorrerem aos meios de RAL, em especial à mediação, os cidadãos tornam-se seres humanos capazes:

de compreender melhor as nuances de seus conflitos, enxergando o problema pelos olhos do outro, pela perspectiva de quem até então era apenas visto como seu adversário, mas que, a partir deste momento, passa a ser considerado parceiro para a solução e, posterior, execução do acordo, através de técnicas de negociação, como a escuta ativa/dinâmica, o espelhamento, a inversão de papéis, o enfoque prospectivo e o rapport, que pode ser definido como a criação de uma relação de confiança ao longo das interações negociais (ao colocar-se numa postura de aprendizado; contornando dificuldades; demonstrando respeito, imparcialidade e receptividade; evitando pré-julgamentos; realizando uma boa e eficaz comunicação, ou seja, uma comunicação construtiva para um discurso neutro, despersonalizado e não adversarial, que aumenta as similaridades e minimiza as diferenças)⁵⁴.

Podemos, portanto, concluir que os meios extrajudiciais de resolução de conflitos não só se encontram na ratio normativa do direito de acesso à justiça, tal como vimos no ponto anterior, como respondem e concretizam o valor da democracia.

Em Portugal têm vindo a ser ensaiadas e implementadas diferentes formas extrajudiciais de resolução de conflitos, pese embora a sua aplicabilidade estar muito aquém daquilo que são as suas virtualidades e imensas potencialidades. De entre estas destacamos o facto de permitirem uma maior economia de tempo e de dinheiro; garantirem a confidencialidade das informações prestadas;

52 GOUVEIA, 2015, p. 30-31.

53 GARCEZ; YAGHSISIAN, 2022, p. 236.

54 GARCEZ; YAGHSISIAN, 2022, p. 236-237.

serem procedimentos informais e flexíveis, que se adaptam às pessoas e aos conflitos, em concreto; promoverem a comunicação e a reflexão como fator de construção de acordos criativos e adequados às respetivas realidades e vivências; serem métodos participativos e inclusivos que se centram nas pessoas, nos seus interesses e nas suas necessidades, estimulando a participação ativa das partes na resolução das disputas em que estejam envolvidas; promoverem o *empowerment* responsabilizando as partes pelos compromissos assumidos; serem métodos amigáveis, mais humanos e humanistas; serem métodos que incorporam no seu ADN a essência da cidadania, a participação. E, de entre estes, destaca-se a mediação. Nas palavras de Torremorell “[v]ista, portanto, como um processo de inter-relação e cooperação entre as pessoas, a mediação pode converter-se num meio indispensável para a existência de comunidades humanas baseadas na prática efectiva de valores de convivência”⁵⁵.

Segundo Bush e Folger, a mediação:

tem um potencial específico de transformação das pessoas – que promove o crescimento moral – ao ajudá-las a lidarem com as circunstâncias difíceis e a ultrapassarem as diferenças humanas por meio do próprio conflito. Esta possibilidade de transformação tem origem na capacidade da mediação para gerar dois efeitos importantes: a revalorização e o reconhecimento⁵⁶.

Sintetizando o pensamento de Bush e Folger, Torremorell escreve que:

Segundo Bush e Folger (1996), é importante narrar a mediação e os seus objetivos de quatro formas diferentes: 1) história da satisfação; 2) história da justiça social; 3) história da opressão; e 4) história da transformação. A *história da satisfação* realça a urgência de resolver as necessidades humanas evitando, ao mesmo tempo, os custos económicos, emocionais e de tempo normalmente associados aos conflitos. Sob esta ótica, os objectivos do processo mediador são claramente expressos pelo binómio *ganhar-ganhar*. A *história da justiça social*, pelo contrário, fundamenta a utilização da mediação na autodeterminação e independência dos cidadãos com direito a erguerem-se como protagonistas dos seus próprios conflitos, evitando a exploração e fortalecendo, deste modo, a comunidade. A *história da opressão*, por seu lado, informa das possíveis perversões do processo mediador, nomeadamente: desequilíbrio do poder, privatização dos problemas, manipulação encoberta e exploração dos mais débeis. Finalmente, a *história da transformação* representa a promessa de evolução e crescimento do indivíduo e da sociedade em geral, com base na revalorização e no reconhecimento das pessoas (*empowerment*)⁵⁷.

Analisado o âmbito aplicativo do direito de acesso à justiça como abrangendo os meios extrajudiciais de resolução de litígios e percebida a concretização da democracia como um valor que reclama e se efetiva através da participação dos cidadãos, percebe-se que a mediação, enquanto meio

55 TORREMORELL, 2008, p. 18.

56 BUSH; FOLGER, 1996, p. 21.

57 TORREMORELL, 2008, p. 16.

extrajudicial de natureza autocompositiva, constituirá o meio ótimo de promoção de ambos os valores tão caros às sociedades hodiernas.

Impõe-se precisar que o termo “mediação” tem sido amplamente utilizado em diversos setores, apresentando uma polissemia que pode levar a confusões conceituais. No âmbito jurídico, destaca-se como um método eficaz na administração e prevenção de conflitos em diferentes áreas sociais. Seu crescimento e reconhecimento refletem uma resposta à crise dos métodos tradicionais de regulação social e à busca por modelos legais e de justiça adequados às sociedades contemporâneas, inserindo-se na reconfiguração do modelo de Estado-nação. Nesse contexto, a mediação coexiste com a justiça oficial, interagindo e influenciando-se mutuamente⁵⁸.

Fundamentaremos no ponto seguinte de que forma a mediação promove o acesso à justiça pelos cidadãos, dando concretização aos valores democráticos que devem ser o apanágio de qualquer sociedade.

5. AS VIRTUALIDADES DA MEDIAÇÃO NA CONSTRUÇÃO DE SOCIEDADES PARTICIPATIVAS E INCLUSIVAS

A mediação enquanto meio extrajudicial de resolução de conflitos jurídicos tem granjeado o crescente apoio governativo no âmbito das políticas públicas no sector da justiça em todo o mundo. Na União Europeia e na senda da Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial⁵⁹, todos os Estados membros detêm atualmente o devido enquadramento legal da mediação, que em Portugal está plasmado, de forma geral, na Lei n.º 29/2013, de 19 de abril⁶⁰. Ainda que os números da sua aplicação concreta não sejam os desejáveis⁶¹, tal não deve desmotivar a aposta neste meio de resolução de conflitos, uma vez que, como já afirmámos, consideramos estar em causa um mecanismo que de forma adequada responde aos atuais objetivos de

58 NICÁRIO, 2018, p. 142.

59 Publicada no Jornal Oficial da União Europeia L 136, de 24 de maio de 2008.

60 Relativamente ao quadro legal geral da mediação em Portugal deve ainda ter-se em conta a Portaria n.º 344/2013, de 27 de novembro, relativa à criação de uma lista de mediadores privados e a Portaria n.º 345/2013, de 27 de novembro, respeitante às entidades formadoras na área da mediação, além dos atos regulatórios dos vários sistemas públicos de mediação (laboral, penal e familiar) e de dispositivos legais em campos específicos (como seja a regulação da mediação em recuperação de empresas estabelecida na Lei n.º 8/2018, de 2 de março, e pela Lei n.º 6/2018, de 22 de fevereiro).

61 Se tivermos em conta as estatísticas dos Julgados de Paz em Portugal, cujo processo integra uma fase eventual e facultativa de resolução do conflito por mediação, prévia ao julgamento pelo juiz de paz, (nos termos dos artigos 49.º e seguintes da Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, alterada pela Lei n.º 54/2013, de 31 de julho), percebemos que dos 6500 processos findos em 2022, apenas 693 terminaram na fase de mediação (o que corresponde a uma taxa de 9,4%). Estas estatísticas (as mais recentes disponíveis) podem ser consultadas em <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/JulgadosPaz.aspx>. Acesso em 11 junho 2023.

concretização de um moderno conceito de cidadania inerente a sociedades mais participativas e responsabilizadoras.

De uma forma geral, pode definir-se mediação como o meio de resolução de conflitos “através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos”, ou seja, em que “um terceiro, imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos mediados, [auxilia as partes] na tentativa de construção de um acordo final sobre o objeto do litígio” [artigo 2.º, alíneas a) e b), da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril – Lei da Mediação portuguesa].

Nesta senda, para Nicário:

A mediação opera de acordo com um código ternário, segundo o qual a presença de um terceiro, o mediador, é um facilitador da comunicação. Além de simplesmente representar seu *modus operandi*, este código pertence à essência mesmo da mediação, o que justifica sua resiliência a toda sorte de dualismo. Com o número « três » como estandarte, a mediação não se deixa apreender por lógicas redutoras da complexidade das ações humanas. Assim, ao responder a necessidades difusas, é no « entre-dois » dos fenômenos da contratualização e da juridicização/judicialização que ela se situa. Nem um nem outro, isolados, não seriam aptos a justificar o desenvolvimento da mediação nas últimas décadas, enquanto na combinação dos dois, num lugar então intermediário, ela se acomodada e encontra sentido⁶².

Assim entendida percebe-se, desde logo, como a mediação corresponde a um modelo participado de resolução de conflitos entre as partes. Por um lado, constitui um mecanismo assente no diálogo e na promoção da boa comunicação entre os sujeitos em conflito, por outro lado, em termos de resultado, visa alcançar um acordo construído pelas próprias partes. Com efeito, o mediador é um mero auxiliar desprovido de poderes de imposição de qualquer solução, e, em determinados modelos, sem sequer apresentar propostas de resolução⁶³. A sua intervenção visa promover o diálogo entre as partes, fomentando a compreensão das diferentes visões de cada mediado no conflito, de modo a que seja construído um acordo por todos os envolvidos que ponha fim à disputa integrando as distintas pretensões em jogo, mas responsabilizando simultaneamente os compromissos que cada um assume. Sintetiza Paulo de Brito que:

A mediação é um meio. Não é um fim. Não culmina os seus processos com uma decisão externa e heterógena que se imponha às partes, como uma sentença. Culmina com a eliminação e superação do conflito, por aproximação voluntária das partes ou com a declaração do seu insucesso⁶⁴.

62 NICÁRIO, 2011, p. 44.

63 Neste último contexto inserem-se os modelos facilitativos de resolução do conflito. Sobre a distinção entre mediação facilitativa e avaliativa veja-se, entre outros, RISKIN, 1996, p. 23-24.

64 BRITO, 2021, p. 91.

Também ao nível dos modelos da mediação se percebem as virtualidades da mediação na concretização da moderna conceção do direito de acesso à justiça e na promoção de sociedades inclusivas, uma vez que, independentemente dos objetivos que têm ínsitos e das ferramentas ao dispor do mediador que advogam, todos visam promover o diálogo, reconstruir pontes entre os mediados, e integrar diferentes visões relativamente à disputa. Neste sentido, no modelo dos princípios da Escola de Harvard, o conflito é encarado como um problema de comunicação entre as partes que deve ser restabelecida por forma a que possam dialogar, entender as diferentes visões e pretensões em causa e construir, a partir de uma base de entendimento mútuo, o acordo⁶⁵. Já no modelo transformativo (de Bush e Folger)⁶⁶ visa-se transformar a interação conflitual das partes de destrutiva em construtiva, assentando em dois efeitos essenciais: a revalorização de cada um e o reconhecimento dos seus interesses e dos interesses do outro, como forma construtiva de desenhar o acordo que ponha fim ao conflito⁶⁷. Já o modelo circular-narrativo (proposto por Sara Cobb)⁶⁸ assenta na premissa de que cada parte tem uma visão diferente do conflito e que é necessário promover a desestabilização das histórias individuais para alterar os seus significados e construir uma história comum que resulte da reflexão das partes sobre a realidade que partilham e, assim, permitir a construção do acordo final entre os mediados⁶⁹.

Em conclusão, independentemente dos fundamentos e objetivos de cada modelo, todos assentam na premissa de que a participação de cada parte/*stakeholder* no conflito é a base para a construção do acordo. Recorrendo a diferentes técnicas, todos os modelos promovem a comunicação e a reflexão dos cidadãos envolvidos como fator de construção do acordo de mediação. Como consequência ou corolário, é promovido o *empowerment* das partes e a sua participação ativa na resolução das disputas em que estejam envolvidos. A construção do acordo através da mediação também concorre para que a crescente responsabilização dos cidadãos e comprometimento quanto aos compromissos assumidos.

Neste sentido Mariana França Gouveia indica que:

A adesão das pessoas a sistemas de mediação ou similares tem precisamente a ver com esta possibilidade de dominar o conflito. Uma das características essenciais da mediação – a atribuição de plenos poderes às partes (*empowerment*) – é justamente produto disto⁷⁰.

65 FISHER; URY; PATTON, 1991.

66 Para mais desenvolvimentos sobre este modelo, veja-se ainda BUSH; POPE, 2004, p. 53-71.

67 BUSH; FOLGER, 2005.

68 Para mais detalhe sobre este modelo ver também SUARES, 1996 e WINSLADE, 2006.

69 COBB, 1994.

70 GOUVEIA, 2015, p. 30-31.

Concomitantemente, a mediação constituirá o meio por excelência para assegurar o cumprimento do ODS 16, mencionado inicialmente neste trabalho, ao “Garantir que a tomada de decisão, a todos os níveis, é responsável, inclusiva, participativa e representativa” (ODS – 16.7).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito humano de acesso à justiça, baluarte de qualquer Estado de Direito democrático, paulatinamente deixou de se restringir à possibilidade de qualquer cidadão poder recorrer a um tribunal judicial, para se concretizar na realização da justiça do caso concreto, devendo garantir-se a efetiva igualdade das partes e a imparcialidade na administração da justiça, seja qual for a via seguida para a resolução de um conflito. Impõe-se construir um novo modelo de administração da justiça responsável e responsabilizador, humano e humanista, participado e inclusivo, no seio do qual se articulem os tradicionais meios judiciais com os extrajudiciais, com destaque, aqui, para a mediação. Um modelo assente na articulação entre os meios judiciais e os extrajudiciais. Um modelo responsável e responsabilizador, humano e humanista, participado e inclusivo, no qual e de entre os meios extrajudiciais se destaca a mediação.

Os modelos, técnicas e instrumentos fornecidos pela mediação podem ser aplicados em diferentes âmbitos e contextos. Consequentemente e em termos materiais, a mediação pode ser aplicada a distintos conflitos, como familiares ou laborais, mas também ambientais ou de recuperação de empresas. Neste sentido, a aplicação da mediação pode concorrer para a concretização de vários ODS como a proteção do ambiente e o desenvolvimento económico sustentável.

A mediação visa em última instância a obtenção de um acordo entre as partes que solucione o conflito em que estão envolvidas e, consequentemente, os cidadãos passam a sentir-se parte da solução, sendo maior o estímulo para cumprir o que acordaram. Por outro lado, o acordo integra as diferentes pretensões das partes e cada cidadão tem de pensar no outro como objetivo simultâneo do acordo, contribuindo, desta forma, para a promoção da paz social visada pelo ODS 16.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Arturo Alvarez, *et al.* **Justicia para Todos**. Rionegro (Antioquia): Fondo Editorial Universidad Católica de Oriente, Universidad de Cádiz Y Proyecto Vuljust, 2022.

ALMEIDA, Paulo Santos de; IGARI, Alexandre Toshiro; SOUSA, Mariana Zannotti Dinis de. Instrumentos Jurídico-Ambientais e os Processos Participativos: uma investigação sobre o Acordo de Escazú e o Ods-16 da Agenda ONU-2030. **Revista Jurídica Unicuritiba**, Curitiba, v. 03, n.º 70, p.412-438, 2022. <http://dx.doi.org/10.26668/revistajur.2316-753X.v3i70.5267>. Disponível <https://re->

vista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/5267/pdf. Acesso em 15 junho 2023

BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo**. Edições 70, 2013.

CANOTILHO, J.J.G. **Estado de Direito**. Gradiva, Lisboa, 1999.

BRITO, Paulo de. Acesso à justiça: a mediação e a arbitragem na Convenção Europeia dos Direitos Humanos: Tomo III. **Revista Jurídica Unicuritiba**, Curitiba, v.4, n.º 66, p. 87-103, 2021. <http://dx.doi.org/10.26668/revistajur.2316-753X.v4i66.5499>. Disponível em: <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/5499/371373493>. Acesso em 20 junho 2023.

BUSH, Robert A. Baruch e POPE, Sally Ganong. Transformative Mediation: Changing the Quality of Family Conflict Interaction. **Divorce and Family Mediation: models, techniques, and applications**. Jay Folberg, Ann L. Milne, Peter Salem (edits.). Guilford Press, p. 53-71, 2004.

BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. **The promise of mediation: the transformative approach to conflict**. Jossey-Bass, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Access to Justice – a World Survey**, Vol. I, Milão: Giuffrè Editore, 1978.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CHATURVEDI, Sachin, JANUS, Heiner, KLINGEBIEL, Stephan, XIAOYUN, Li, SOUZA, André de Mello e, SIDIROPOULOS, Elizabeth, e WEHRMANN, Dorothea. Development Cooperation in the Context of Contested Global Governance. **The Palgrave Handbook of Development Cooperation for Achieving the 2030 Agenda**. Palgrave Macmillan, 2021.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos –**Pacto de São José**.1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 15 junho 2023.

COBB, Sara. A narrative perspective on mediation: towards the materialization of the “storytelling” metaphor”. **New Directions in Mediation: Communication Research and Perspectives**. Joseph Folger e Tricia Jones (edits.). Sage Publications, p. 48-66, 1994.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Paris: ECHR, COE, 2022. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 9 junho 2023.

CRUZ, Rossana Martingo. **A mediação familiar como meio complementar de Justiça**. Coimbra: Almedina, 2018.

FEIJÓ, Vladimir Pinto Coelho; BICALHO, Thiago Filipe Martins. Uma leitura decolonial sobre o ativismo judicial. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, v. 7, n. 02, e 313, jul./dez. 2020. doi: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v7i02.313>. Disponível em: <http://revistas.faculadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/313>. Acesso em: 5 julho 2023.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Getting to Yes: Negotiating an Agreement Without Giving In**. Random House Business Books, 1991.

GARCEZ, Gabriela Soldano; YAGHISIAN, Adriana Machado. As novas formas consensuais de solução de conflito como mecanismo de cidadania ativa e acesso à justiça. *Revista Jurídica Unicuritiba*, Curitiba, v. 1, n.º 68, p. 222-246, 2022.

GIL, Carlos Gómez. Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS): una revisión crítica. *PAPELES de relaciones ecosociales y cambio global*, n. 140, 2017/18, p. 107-118, 2017.

GONÇALVES, Oksandro Osdval; CRUZ, Elisa Schmidlin. Privatização da administração da justiça: um fenômeno paradoxal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 69, pp. 477 - 499, jul./dez. 2016. doi: 10.12818/P.0304-2340.2016v69p477. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1797>. Acesso a: 10 novembro 2023.

GOUVEIA, Mariana França. **Curso de Resolução Alternativa de Litígios**. Almedina, 2015.

GRUBBA, Leilane Serratine; HAMEL, Eduardo Henrique; PELLEENZ, Mayara. Democracia e Desenvolvimento Sustentável. *Revista Jurídica Unicuritiba*, Curitiba, v. 1, n.º 68, p. 455-485, 2022. <http://dx.doi.org/10.26668/revistajur.2316-753X.v1i68.1903>. Disponível em: <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1903/pdf>. Acesso em: 15 julho 2023.

HOSTMAELINGEN, Njal. **Direitos Humanos num Relance**. Lisboa: Edições Sílabo, 2016.

KI-MOON, Ban. **Critical milestones towards coherent, efficient and inclusive follow-up and review at the global level. Report of the Secretary-General**. 2016. Disponível em: https://digitallibrary.un.org/record/819767/files/A_70_684-EN.pdf. Acesso em: 23 junho 2023.

LIESA, Carlos R. Fernández. Transformaciones del Derecho internacional por los objetivos de desarrollo sostenible - Sustainable Development Goals and changes of International law. *Anuario Español de Derecho Internacional*, v. 32, p. 49-81, 2016.

MOREIRA, Vital; GOMES, Carlos. M. (coord.). **Compreender os Direitos Humanos: Manual de Educação para os Direitos Humanos**. Coimbra: Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), 2013.

NICÁRIO, Camila Silva. **MEDIAÇÃO de conflitos e emergência normativa**. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte. n. 73, pp. 141-171, jul./dez. 2018. DOI: 10.12818/P.0304-2340.2018v73p141. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1945>. Acesso a 15 novembro 2023.

NICÁRIO, Camila Silva. **Direito e Mediação de conflitos: entre metamorfose da regulação social e administração plural da justiça**. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 59, p. 11 a 56, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/148>. Acesso a 20 novembro 2023.

ONU. Organização das Nações Unidas. Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015[without reference to a Main Committee (A/70/L.1)]. 70/1. **Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development**. Genebra: General Assembly, 21 out. 2015. Disponível em: https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_70_1_E.pdf. Acesso em: 10 junho 2023.

ONU. Organização das Nações Unidas (2000). **Declaração do Milénio** [Nova Iorque, 6-8 de setembro de 2000]. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/2000%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20do%20Milenio.pdf>. Acesso em: 5 junho 2023.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos** [de 10 de dezembro de 1948]. ONU, [s. l.], 18 set. 2020. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>. Acesso em: 10 junho 2023.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**. Adotado pela Resolução 2200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de Dezembro de 1966. Disponível em: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/pacto_internacional_sobre_os_direitos_civis_e_politicos.pdf. Acesso em: 20 junho 2023.

OKADO, Giovanni H. C.; QUINELLI, Larissa. **Megatendências mundiais 2030 e os objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS): uma reflexão preliminar sobre a nova agenda das Nações Unidas**. *Revista Baru - Revista Brasileira de Assuntos Regionais e Urbanos*, v.2, n. 2, p. 111-129, jul./dez. de 2016.

PORTA, Donatella Della. **Introdução à Ciência Política**. Lisboa: Editorial Estampa, 2003.

RISKIN, Leonard. Understanding Mediators' Orientations, Strategies and Techniques: A Grid for the Perplexed. *Harvard Negotiation Law Review*, v. 1, n. 7, p. 23-24, 1996.

RODRÍGUEZ, José Julio Fernández. **ODS 16: paz, justicia e instituciones fuertes**. Documento de Investigación, n.18/2018. Instituto Español de Estudios Estratégicos.

SIQUEIRA, Oniye Nashara; SILVEIRA, Ricardo Reis. Os pronunciamentos judiciais com efeito vinculante e as nuances da importação brasileira do sistema de precedentes. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, v. 7, n. 01, e297, jan./jun. 2020. doi: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v7i01.297>. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/297>. Acesso em: 3 julho 2023.

SOUSA, Thaís Garcia de Souza; GAMA, Júlio César Boa Sorte Leão. Justiça restaurativa, mediação penal e sua aplicabilidade aos crimes de menor potencial ofensivo. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, v. 3, n. 1, jul./dez. 2016. DOI: 10.29293/rdfg.v3i01.79. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.animaeducacao.com.br/index.php/RDFG/article/view/13875>. Acesso em: 8 julho 2023

SPLINGER, Fabiana Marion; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A Mediação Digital de conflitos como política judiciária de acesso à Justiça no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 72, pp. 219-257, jan./jun. 2018. doi: 10.12818/P.0304-2340.2018v72p219 Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1923>. Acesso em: 5 dezembro 2023.

SUARES, Marinés. **Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas**. Editorial Paidós, 1996.

TAVARES, Raquel. **Direitos Humanos: de onde vêm, o que são e para que servem**. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2013.

TORREMORELL, Mara Carme Boqué. **Cultura de Mediação e Mudança Social**. Porto Editora, 2008.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da UE**. 2000. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT&from=FR>. Acesso em: 22 maio 2023.

UNRIC. Organização das Nações Unidas. Centro Regional de Informação para a Europa Ocidental. <https://unic.org/pt/17-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-entram-em-vigor-a-1-de-janeiro/>

WILDE, Zulema; GARBOS, Luis M. **O que é a Mediação**. Lisboa: Agora Comunicação, 2007.

WINSLADE, John. Mediation with a focus on discursive positioning. **Conflict Resolution Quarterly**, v. 23, n. 4, 2006, p. 501-513.

VASCONCELOS, Pedro Bacelar. **A Crise da Justiça em Portugal**. Gradiva: Lisboa, 1998.

DADOS E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: INVESTIGAÇÃO HERMENÊUTICA SOBRE OS PRESSUPOSTOS NÃO TEMATIZADOS DA REGULAÇÃO JURÍDICA

DATA AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE: HERMENEUTICAL INVESTIGATION ON THE NON-THEMATIZED ASSUMPTIONS OF LEGAL REGULATION

THIAGO DIAS DE MATOS DINIZ*

MARIA HELENA DAMASCENO E SILVA MEGALE**

RESUMO

Este artigo objetiva reconstruir as bases das noções que atualmente amparam a crescente onda legislativa nos países ocidentais acerca da proteção de dados pessoais, notadamente: a noção de um direito autônomo a essa proteção e a noção mesma de dado e informação que a acompanha. Essas noções são um problema, pois não se sustentam em vista do objetivo de tutela jurídica de sujeitos vulneráveis. Este trabalho defende que o foco da proteção de dados não deve ser o sujeito singular, titular de dados. Vale-se da abordagem hermenêutico-fenomenológica, partindo de concreções ônticas trazidas a lume pela Filosofia da Informação e por uma revisão de literatura sobre o contexto histórico-político de acontecimento da máquina cibernética. Os resultados dessa investigação permitem concluir pelo caráter não autônomo de um direito à proteção de dados, correlato de uma noção de dado que não se pode estabelecer atômica e individualmente. A tutela da privacidade torna desnecessária a noção encurtada de proteção de dados, e seu horizonte balizador não são os dados, mas os sentidos de ação que permanecem possíveis a partir da vulnerabilidade (do sujeito) informacional.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção de dados. Hermenêutica. Fenomenologia. Vulnerabilidade informacional. Filosofia da Informação.

ABSTRACT

This essay seeks to analyze and establish the fundamental principles that underpin the concepts driving the increasing amount of laws in Western nations about the safeguarding of personal data. Specifically, it focuses on the concept of an autonomous entitlement to this protection and the fundamental concept of data itself. The discussion that follows applies the hermeneutic-phenomenological method, which begins with specific and tangible aspects of information revealed by the Philosophy of Information. The findings of this inquiry lead us to the conclusion that the right to data protection is not autonomous, but rather based on the concept of data that cannot be formed in isolation or on an individual basis. The protection of privacy makes the shortened notion of data protection unnecessary, and its guiding horizon is not data, but the meanings of action that remain possible based on (the subject's) informational vulnerability.

KEYWORDS: Data protection. Hermeneutics. Phenomenology. Informational vulnerability. Philosophy of Information.

* Doutor na Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito pela mesma instituição. E-mail: thiago.dias.diniz@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-6643-9253>.

** Professora Doutora Titular na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: mhmeagle@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-0349-3971>.

INTRODUÇÃO

O direito à proteção dos dados pessoais, erigido à categoria de direito fundamental a partir da Emenda Constitucional nº 115 (art. 5º, inciso LXXIX, da Constituição da República), carece ainda de uma análise detida em relação ao seu fundamento. A consideração de um escopo de proteção normativa distinto da privacidade – mesmo a noção de bem jurídico tutelado se mostra insuficiente para respaldar o caráter autônomo daquele direito à proteção de dados pessoais – resulta em uma tautologia na interpretação do ordenamento jurídico: o fundamento da proteção dos dados pessoais é a sua personalidade; razão de ser e próprio direito subjetivo se confundem.

As normas jurídicas que regulam o tratamento de dados de pessoas naturais não podem, evidentemente, ter como fundamento a proteção desses dados. Nada se acrescenta, com isso, ao ordenamento jurídico. É inegável que instauram um subsistema normativo a partir do qual se interpretam deveres específicos para os agentes de tratamento de dados. Mas esses deveres, como se fundamentará neste artigo, constituem ajustes funcionais no ordenamento jurídico, e não se baseiam em um princípio, bem ou valor novos que se teriam incorporado ao direito.

A argumentação nesse sentido não carece de efeitos práticos imediatos. Ao precaver o espaço da argumentação jurídica contra hipostasias irresgatáveis a nível de fundamento – o direito à proteção de dados não tem um fundamento distinto da privacidade –, retoma-se, de um lado, a direção daqueles que são, de fato, os problemas sociais que se compreendem sob a tutela de um direito efetivamente garantidor, e, de outro lado, descortinam-se conclusões acerca da aplicação mesmo das normas em questão e dos seus mecanismos sancionadores – por exemplo, não se cogitará compensação moral se uma violação do dever de proteção de dados não afetar o campo de vida do sujeito titular dos dados que se encontra, simultaneamente, tutelado pelo direito à privacidade. O acréscimo da noção de proteção de dados gera apenas um elemento duplicado, como se um subsistema normativo ganhasse vida própria, o que não facilita nem o acesso à justiça, nem a manifestação multifacetada de uma noção complexa como a de privacidade, já que o esforço hermenêutico de aplicação do direito depara um novo *topos* ou lugar argumentativo já pronto, subsumido na ideia de proteção de dados.

Um direito à proteção de dados não endereça a raiz dos problemas que, de fato, minam contemporaneamente a articulação de um sujeito como pessoa em todas as dimensões de sentido abertas pela noção garantidora de pessoa. Como garantidora, entende-se uma compreensão pautada na preservação máxima do espaço de autonomia.

É muito mais fácil a um agente de tratamento de dados, estruturado sobre mecanismos de criação do capital a partir do domínio da informação, estar em conformidade com um conjunto de regras que prescrevem como devem ser tratados os dados de titulares pessoas naturais do que, efetivamente, adequar-se a controles de redução da vulnerabilidade do titular em face, por exemplo, da assimetria informacional. A própria aplicação dessas regras pelos órgãos sancionadores é também mais fácil do que um juízo sobre princípios que não se resolvem sem tocar a forma como a informação é produzida e distribuída.

As máquinas, dentre as quais se inserem os artefatos contemporâneos derivados das esteiras de análise de dados e aprendizagem de máquina (modelagem estatística), carregam, invariavelmente, um papel burocrático, assim descritas por Pasquinelli:

são aparelhos de retroalimentação para controlar os operários e capturarem seu conhecimento e experiência do processo produtivo. A informação valorizante [informazione valorizzante] é, assim, o que entra na máquina cibernética e é transformada numa espécie de conhecimento maquínico. Especificamente, é a dimensão numérica da cibernética que é capaz de codificar em bits o conhecimento dos operários e, conseqüentemente, de transformar os bits em números para a planificação econômica. Em outras palavras, operando como interface numérica entre o domínio do conhecimento e o do capital, o código digital transforma a informação em valor¹.

A confiança em uma legislação cujo objeto não encampa a informação valorizante, ou seja, o produto da divisão do trabalho alimentada *pela* cibernética, não pode passar de simples confiança de integração da planificação econômica a um pequeno código periférico adicional; de um mero ajuste à composição técnica corrente. A informação que efetivamente é tornada valor não é um dado pessoal.

Limitar o tratamento de dados é um objetivo fadado ao fracasso já no plano conceitual. Dado não é um objeto, uma coisa dotada de propriedades, a exemplo dos clássicos bens que o direito tradicionalmente assumiu como realidade a ser normatizada. A própria noção de agente de tratamento se torna fluida com a evolução das aplicações de inteligência artificial. Como alerta Floridi,

o advento da AI representa uma revolução não nas formas de inteligência, mas nas formas de ação. Isto é, estamos inscrevendo novas formas de agir no livro do universo, e não novas formas de inteligir. Como eu disse anteriormente, a equação certa é AI = agir artificial, e não AI = inteligir artificial².

1 PASQUINELLI, Matteo. Capitalismo maquínico e mais-valia de rede: notas sobre a economia política da máquina de Turing. *Lugar comum [em linha]*, n. 36-37, 2012, p. 16-17.

2 FLORIDI, L. Agere sine Intelligere. L'intelligenza artificiale come nuova forma di agire ei suoi problemi etici. In: FLORIDI, L; CABITZA, F. (org). *Intelligenza Artificiale. L'uso delle nuove machine*. Bompiani: Milano, 2021, p. 56. No original: "l'avvento dell'AI rappresenta una rivoluzione non nelle forme dell'intelligenza, ma nelle forme dell'agire. Stiamo cioè inscrevendo

Para Pasquinelli, mais do que um projeto para automação de inteligência, a IA equivale a um “esteio epistêmico complexo e meta-paradigma no qual fatores sociais, técnicos, lógicos e ideológicos devem ser constantemente analisados em sua imbricação e desenlace históricos”³.

Os problemas que um direito garantidor da pessoa enfrenta, relativamente à tutela da privacidade, estão muito além dos dados. Encontram-se nos meandros das formas de ação (de significar ação) que são abertas a partir dos dados – “dado” como noção que ainda não foi devidamente capturada pela linguagem cotidiana, como se demonstrará a seguir.

1. DECISÕES COMO PROCESSAMENTO DE DADOS E SISTEMAS AUTÔNOMOS COMO NOVOS AGENTES

Um dos pontos mais debatidos no debate contemporâneo sobre agência, especialmente no debate focado em entes técnicos, é a composição dos sistemas que se autogovernam, ou sistemas de computação autonômica. Segundo Durante, esse tipo de sistema pode ser analiticamente destrinchado em dois níveis de decisão: o primeiro, de decisões gerais, a cargo de humanos, a partir das quais são definidos os objetivos amplos do sistema; e o segundo, automatizado pelos sistemas de computação, constituído de decisões operacionais que implementam as diretrizes definidas no primeiro⁴. O grande problema se concentra na articulação entre os dois níveis: apesar de reduzir o erro humano operacional, esses sistemas tendem a amplificar de forma sem precedentes os erros humanos na definição do direcionamento subjacente a esses sistemas⁵. Essa amplificação é sem precedentes porque aquilo que se amplifica é nada mais que o modo mesmo de manifestação de algo como dado: dado é, de uma perspectiva hermenêutica fenomenológica, composição.

Dado ganha sentido a partir de um espaço contrastivo, normalmente denominado, desde as teorias cibernéticas e sistêmicas, código. Essa natureza do dado revela que não se trata jamais de um elemento que possa ser individualmente interpretado. O que está em questão a cada vez que se tematiza um direito cuja base fática se alicerça sobre dados não é somente propriedade ou atributos de uma pessoa, mas o sentido que o seu ser-pessoa conforme um

nuove forme dell’agere nel libro dell’universo, non nuove forme dell’intelligere. Come dicevo in precedenza, l’equazione giusta è AI = agere artificiale e non AI = intelligere artificiale”.

- 3 PASQUINELLI, Matteo. From Algorithmic Thinking to Thinking Machines: Four Theses on the Position of Artificial Intelligence in the History of Technoscience. In: SUDMANN et al. (eds) *Beyond Quantity: Research with Subsymbolic AI*. Bielefeld: Transcript Verlag, 2023, p. 77.
- 4 DURANTE, Massimo. Rethinking human identity in the age of autonomic computing. In: HILDEBRANDT, Mireille; ROUVROY, Antoinette. *Law, human agency and autonomic computing. The philosophy of law meets the philosophy of technology*. Abingdon: Routledge, 2011, p. 86.
- 5 DURANTE, 2011, p. 86.

objetivo de produção (técnica) é co-determinado em relação a um conjunto de dados (como resultados de ações) alternativos.

Onticamente, Durante faz remissão às várias perspectivas pelas quais a noção de “dados” pode ser analisada: conforme a origem (dados históricos, ambientais, sintéticos ou oriundos de sistemas computacionais etc.); modo de derivação (direta ou indireta); conforme o referencial, em relação à realidade em qualquer aspecto ou outros dados (metadados); ou mesmo relacionados à identificação de pessoas⁶. A noção de “dados” é profundamente dependente dos contextos nos quais são tratados, e determinados tipos de tratamento nem sempre são possíveis via sistemas computacionais com o fim de “identificar correlações estatísticas [...] produzir inferências, gerar previsões, criar perfis [...] enfim, produzir formas de conhecimento exploradas nos campos econômico, político, social, jurídico”⁷. Destaca que a combinação de inteligência artificial, grandes quantidades de dados, mecanismos de análise de dados e contextos de tratamento de dados no mundo digital subjazem à mudança de foco da informação aos dados⁸.

Durante chama atenção para um aspecto importante da sociedade baseada em dados:

o aumento da utilização e da procura de produtos e serviços com utilização intensiva de dados incorpora nas nossas práticas diárias a implementação de regras sintáticas, que seguimos de forma mais ou menos consciente, para permitir o funcionamento de bens e serviços baseados em dados. na capacidade de processar dados. Isto pode competir ou contrastar com outros sistemas regulatórios [...] e com a capacidade humana de dar sentido e significado ao mundo e à realidade⁹.

Em outra ocasião, Durante descreve com mais precisão esse cenário, no qual uma representação da realidade construída por algoritmos é projetada no mundo por um modelo computacional, que cria a experiência mediada e indireta do que se apresenta no mundo, e, devido ao achatamento da representação da realidade e do modo como a experienciamos para uma dimensão sintática¹⁰, isso

6 DURANTE, Massimo. POTERE COMPUTAZIONALE: DALLE INFORMAZIONI AI DATI. In: DURANTE, Massimo; PAGALLO, Ugo (Ed.). *La politica dei dati: Il governo delle nuove tecnologie tra diritto, economia e società*. Milão: Mimesis, 2022, p. 63. No original:

7 DURANTE, 2022, p. 63-64. No original: “estrarre correlazioni, produrre inferenze, generare previsioni, creare profili [...] in breve, produrre forme di conoscenza sfruttate in ambito economico, politico, sociale, giuridico”.

8 DURANTE, 2022, p. 64.

9 DURANTE, 2022, p. 67. No original: “l’incremento dell’utilizzo e della domanda di prodotti e servizi ad alta intensità di dati radica nelle nostre pratiche quotidiane l’implementazione di regole sintattiche, che seguiamo più o meno consapevolmente, per consentire il funzionamento di beni e servizi basati sulla capacità di processare dati. Ciò può porsi in competizione o in contrasto con altri sistemi normativi [...] e con la capacità umana di dare significato e senso al mondo e alla realtà”.

10 DURANTE, Massimo. *Computational power: the impact of ICT on law, society and*

acabará por intensificar a transparência da lida com o mundo na forma de algo disponível para apropriação.

Mesmo que o poder da computação seja principalmente sintático, ele ainda pode gerar um certo modelo de mundo que influencia e, ocasionalmente, contradiz a nossa percepção da realidade, na medida em que, considerando os dados a serem processados, os elementos a serem quantificados, ou os resultados a serem previstos, nossas vidas e nosso ambiente se tornam paulatinamente mais codificados – conforme representações necessárias para que os modelos computacionais funcionem¹¹.

Na relação co-posicionada de dados, mundo e pessoa, importa recobrar a atenção à questão inicialmente delineada da composição dos sistemas de processamento de dados: as decisões operacionais (automatizadas) são, especialmente nas ocasiões em que se tenta modelar ao máximo cada aspecto determinante da ideia mesma de pessoa balizadora da finalidade do sistema, incompreensíveis aos sujeitos sobre os quais essas decisões são tomadas. O direito à proteção de dados falha ao endereçar, por exemplo, o direito à explicação sobre decisões tomadas com base em dados pessoais como uma solução epistemológica aos sujeitos humanos envolvidos no contexto de decisão. A disponibilização de explicações ou razões para a decisão, tratando-se de uma decisão sobre quem é o sujeito, é uma exigência da privacidade, a qual não se distingue, no fundo, de um aspecto da própria liberdade que fundamenta o direito:

Não se trata apenas de proporcionar um remédio jurídico, como veremos, para quem pretende impugnar decisões baseadas exclusivamente no tratamento automatizado dos seus dados pessoais. Os riscos são maiores e envolvem o próprio repensar da ideia de liberdade num contexto em que prever, decidir e agir já não são prerrogativas exclusivas do ser humano. A questão da explicação põe em causa, muito além do quadro estritamente jurídico, o próprio sentido da liberdade. Somos livres, por assim dizer, não tanto porque somos capazes de determinar livremente o curso das ações (em relação às quais poderíamos ter decidido e agido de forma diferente), mas, como seres humanos e em termos transcendentais, somos livres porque e na medida em que somos capazes de explicar o que nos acontece. É esta capacidade reflexiva de nos distanciarmos do mundo, através da explicação, que nos permite não ficarmos passivamente submetidos ao que nos acontece no mundo e projetar nele certos cursos de ação. Na medida em que estamos sujeitos às consequências de decisões e ações, cuja lógica e funcionamento não conseguimos explicar, sentimos que estamos a perder o contacto com a nossa própria liberdade, com a sua linguagem e os seus fundamentos¹².

knowledge. Nova Iorque: Routledge, 2021, p. 109.

11 DURANTE, 2021, p. 117.

12 DURANTE, 2021, p. 190. No original: “It is not just a question of providing a legal remedy, as we will see, for those who intend to challenge decisions based exclusively on the automated processing of their personal data. The stakes are higher and involve the very rethinking of the idea of freedom in a context in which predicting, deciding and acting are no longer the

Em um contexto de erosão radical do sentido de pessoa, de suspensão absoluta de qualquer código de comunicação válido, a primeira reação humana, cujo ser é cimentado a partir da linguagem, parece ser a pergunta pelo porquê. Primo Levi, prisioneiro do regime nazista, narra a desconcertante ação do oficial nazista que arranca uma porção de neve da sua mão, que lutara para alcançar e tentara levar à boca, empurra-o e, ao ser perguntado “por quê?”, apenas responde: “aqui não há por quê”¹³.

Para Anscombe, “o conceito de ação voluntária ou intencional não existiria se a questão ‘por quê’, cujas respostas fornecem razões para o agir, não existisse”¹⁴. A necessidade de razões é determinante da condição humana. Esse caráter da ação, que apenas pode ser compreendida sobre um campo correlato de razões, que é co-constitutivo das noções de vontade e liberdade, torna problemático o espaço de relações possíveis com sistemas de processamento de dados inseridos em comunicações de ações (decisões).

A constatação de que as máquinas cibernéticas são incapazes, fundamentalmente, de fornecer explicações ou razões é reforçada pelo fato histórico de que são cristalizações de conflito social ou divisão de trabalho pré-existente, que lhes confere condições de se expandirem ou aumentarem sua complexidade¹⁵ - uma complexidade que não é instaurada pela máquina.

2. O SUPOSTO RESGATE DA OBJETIVIDADE A PARTIR DOS DADOS

Especialmente a partir da revolução científica do século XVII, houve um deslocamento de atenção da natureza do objeto cognoscível à relação entre esse objeto e o sujeito do conhecimento, fundante da epistemologia¹⁶. Segundo Floridi, o desenvolvimento da sociedade da informação teria conduzido a um quadro no qual ganham relevo os domínios de conhecimento relacionados à memória, linguagem, organização do conhecimento, lógica e comunicação¹⁷.

exclusive prerogative of human beings. The issue of explanation calls into question, far beyond the strictly legal framework, the very meaning of freedom. We are free, so to speak, not so much because we are able to freely determine the course of actions (with respect to which we could have decided and acted differently) but because, as human beings and in transcendental terms, we are free because and to the extent that we are able to explain what happens to us. It is this reflective capacity to take a distance from the world, through explanation, which allows us not to be passively subjected to what happens to us in the world and to project certain courses of action in it. To the extent that we are subject to the consequences of decisions and actions, whose logic and functioning we cannot explain, we feel that we are losing touch with our own freedom, with its language and its grounds”.

13 PRIMO, L. *É isto um homem*. Tradução de Luigi Del Re. Rio de Janeiro: Rocco, 1988, p. 27.

14 ANSCOMBE, G.E.M. *Intention*. 2ª Ed. Cambridge, London: Harvard University Press, 1963, p. 34.

15 PASQUINELLI, 2012, p. 17.

16 FLORIDI, Luciano. *Pensare l'infosfera: La filosofia come design concettuale*. Raffaello Cortina Editore, 2020, p. 102.

17 FLORIDI, 2020, p. 102.

No âmbito da comunicação, destacam-se construtos teóricos como a Teoria dos Sistemas, em cuja base se encontra o deslocamento total da ideia fundante de sujeito do conhecimento: sujeito passa a ser entendido como uma distinção meramente artificial, útil tão somente à descrição da dinâmica da informação¹⁸.

A forma como se estabelece a lida com os dados na técnica desloca em grau ainda maior a subjetividade, na medida em que inclusive práticas regionais do saber balizadas pelo clássico método científico, movido por hipóteses, sofrem a interferência do encanto quantitativo que está na base das aplicações contemporâneas da aprendizagem de máquina. No âmbito dessas práticas, a intervenção humana é reduzida, “dispensando toda forma de hipótese prévia (como era o caso com a estatística tradicional que ‘verificava’ uma hipótese), isto é, evitando novamente toda forma de subjetividade”¹⁹. O perigo disso é a formação de uma imagem de saber movido por uma objetividade aparentemente absoluta, “uma vez que estaria afastado de toda intervenção subjetiva (de toda formulação de hipótese, de toda triagem entre o que é pertinente e o que seria somente ‘ruído’ etc.)”²⁰.

Na base desse saber está o enaltecimento das correlações, resultado do processamento massivo de dados. A tarefa do pensamento se torna, então, manter sempre em questão a “suficiência das correlações, manter a distinção entre correlação e causa, desconfiar dos ‘efeitos’ autoperformativos das correlações (sua capacidade retroativa)”²¹. A correlação como base do processamento automatizado de dados que opera decisões sobre a vida humana exsurge como concreção, por excelência, da técnica; como o rosto evanescente da vontade de vontade cujo caráter nomopoiético é determinar o que pode vir a ser, sem compromisso com o Ser. Se a correlação se torna o fundamento do que é, o mundo se estabelece como a totalidade que funciona, e a suficiência desse funcionamento é mais cruel que a face de Górgona por trás do véu da ordem²².

Para Rouvroy e Berns, o que restaria para resguardar formas de individuação e subjetivação, para além das correlações válidas por si, é

18 Cf. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1985.

19 ROUVROY, Antoinette; BERNS, Thomas. Governamentalidade algorítmica e perspectivas de emancipação: o díspar como condição de individuação pela relação?. *Revista Eco-Pós*, v. 18, n. 2, 2015, p. 40.

20 ROUVROY; BERNS, 2015, p. 40.

21 ROUVROY; BERNS, 2015, p. 40.

22 Cf. KELSEN, Hans. In: DAMELE, Giovanni; PINHEIRO, Inês. Kelsen e a Górgona do poder: uma resposta a Kaufmann. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 64, p. 539-544, 2023, sobre a eterna questão do que está por trás do direito positivo: “quem procura uma resposta não encontrará, receio, a verdade absoluta de uma metafísica, nem a justiça absoluta de um direito natural. Quem levanta o véu e não fecha os olhos, encontrará a cabeça da Górgona do poder a olhar fixamente para ele”.

‘o comum’, entendido aqui como esse ‘entre’, esse lugar de presença no qual os seres se dirigem e se relatam uns aos outros em todas as suas dissimetrias, suas ‘disparações’ [...] o comum necessita e pressupõe a não-coincidência, pois é a partir desta que os processos de individuação ocorrem, no momento em que ela nos obriga a nos dirigir uns aos outros. Inversamente, o governo das relações, repousando sobre o esvaziamento de toda forma de disparidade, ‘monadologisa’ as relações de tal modo que estas não relatam mais nada e não expressam mais nenhum comum²³.

Programar uma IA para executar explicitamente uma tarefa é diferente de programá-la para aprender autonomamente a executar a tarefa, mas, em ambos os cenários, a IA opera estritamente dentro dos limites da sua programação²⁴. A complexidade surge particularmente no último cenário, no qual as decisões da IA são conduzidas por processos probabilísticos, dependentes de dados, refratários à lida intuitiva pelos humanos, o que se denomina problema da “caixa preta”, em referência à natureza opaca do processo de tomada de decisão em sistemas de aprendizado de máquina²⁵. Como pondera Laakasuo, a afirmação de que os sistemas de IA fazem apenas o que foram programados para fazer permanece tecnicamente verdadeira; no entanto, sugere erroneamente que os resultados dessa programação são sempre previsíveis, o que não é necessariamente o caso²⁶.

Para Pasquinelli, se a noção de máquina cibernética tem uma aplicação superficial, é gerada uma despolitização mediante a qual qualquer coisa se torna “produtiva”, e inviabilizada a distinção “entre trabalho vivo e trabalho morto, capital variável e capital fixado, quer dizer, entre exploração e autonomia”²⁷. Um discurso focado nos resultados da aprendizagem de máquina ou na sua “matéria prima” adota, de partida, um foco superficial.

3. DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS

Para Senor, o direito à proteção de dados é anômalo em relação aos demais direitos fundamentais: não compreende a proteção dos dados como tais, como seria um direito de propriedade ou similar, mas a conformidade a “formalidades e procedimentos que, por um lado, determinam a legalidade um tratamento realizado por terceiros e, por outro lado, garante a autodeterminação do interessado sobre os seus dados”²⁸. O foco da proteção jurídica não incidiria

23 ROUVROY; BERNS, 2015, p. 54-55.

24 LAAKASUO, Michael et al. Socio-cognitive biases in folk AI ethics and risk discourse. *AI and Ethics*, v. 1, n. 4, 2021, p. 597.

25 LAAKASUO, 2021, p. 597.

26 LAAKASUO, 2021, p. 597.

27 PASQUINELLI, 2012, p. 23.

28 SENOR, M. A. Privacy e protezione dei dati personal. In: DURANTE, Massimo; PAGALLO, Ugo (Ed.). *La politica dei dati: Il governo delle nuove tecnologie tra diritto, economia e società*. Milão: Mimesis, 2022, p. 372. No original: “formalità e procedure che da un lato determinato la liceità di un trattamento effettuato da soggetti terzi e dall’altro garantiscono

sobre um bem propriamente dito, mas consistiria em um método: “os dados pessoais não são invioláveis, são livremente ‘negociáveis’ e ‘circulam’ livremente, desde que sejam observadas uma série de disposições que modulam o seu conteúdo em função das circunstâncias concretas”²⁹.

Para Mendes, os dados pessoais constituem a personalidade do indivíduo, na medida amplifcam o modo pelo qual se tornam conhecíveis (como um tipo de código) no mundo, conhecimento que serve de base a decisões fundamentais que são tomadas sobre esses indivíduos³⁰. Dado seu caráter constituinte da própria personalidade, entende que a pergunta sobre a quem pertencem os dados pessoais é uma falsa pergunta, e o direito à proteção de dados corresponde à regulação “de uma ordem comunicacional e informacional”³¹, a qual “tem como objetivo equilibrar os direitos de proteção, de defesa e de participação do indivíduo nos processos comunicativos”³².

Paquinelli ressalta que as máquinas cibernéticas convertem a cooperação social e a comunicação em forças produtivas³³. Ao mesmo tempo, a centralidade das relações sociais na constituição lógica da aprendizagem de máquina, mais do que um exercício de aplicação de conhecimento matemático *top-down*, é evidenciado pela sua arquitetura, altamente dependente da disponibilidade massiva de dados pessoais³⁴. Relativamente à noção de conhecimento que acompanha essa arquitetura moldada pela divisão do trabalho corrente, Pasquinelli destaca que:

Assim como as máquinas industriais não estavam apenas substituindo a energia dos operários por cavalos-vapor, mas todo um conjunto de relações que se desenvolveram no período manufatureiro, assim também as máquinas informacionais vêm substituir todo um conjunto de relações cognitivas já operantes dentro da fábrica industrial³⁵.

Segundo Floridi, “conhecimento não é receber uma mensagem do mundo; diz respeito principalmente à forma como negociamos o tipo correto de comunicação que temos com o mundo”³⁶. O direito à proteção de dados pessoais,

l'autodeterminazione del singolo interessato sui propri dati”.

29 SENOR, 2022, p. 373.

30 MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor - Linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2017, n.p.

31 MENDES, 2017 n.p.

32 MENDES, 2017, n.p.

33 PASQUINELLI, 2012, p. 28.

34 PASQUINELLI, Matteo. Theories of Automation from the Industrial Factory to AI Platforms: An Overview of Political Economy and History of Science and Technology. *TECNOSCIENZA*, v. 15, n. 1, 2024, p. 107.

35 PASQUINELLI, 2012, p. 18.

36 FLORIDI, Luciano. *Pensare l'infosfera: La filosofia come design concettuale*. Raffaello Cortina Editore, 2020, p. 73. No original: “La conoscenza non consiste nel ricevere un messaggio dal mondo; essa concerne in primo luogo il modo in cui negoziamo la corretta tipologia di

no fundo, visa a uma tutela das condições mínimas para negociação do modo de comunicação da pessoa com o mundo. A razão desse direito tem já um nome no nosso ordenamento jurídico: privacidade. O que a legislação de proteção de dados faz precipuamente é tornar explícitos deveres que orientam a boa-fé em processos comunicativos entre partes cujo acesso às razões balizadoras do próprio processo é, de partida, fundamentalmente assimétrico. Trata-se de uma tutela mínima de sujeitos (no plural) que têm agravada, pelo simples fato de engajarem no processo comunicativo, sua situação de vulnerabilidade originária. O dado pessoal não se protege por um valor inerente, que teria em si e por si.

A dificuldade de definir-se a natureza jurídica dos dados pessoais guarda uma remissão com a dificuldade jusfilosófica de conceber a personalidade e o sujeito que serve de fundamento ao qualificador “pessoais” como objeto de tematização; algo análogo à dificuldade de fundamentar determinados atos da consciência, como uma espécie de reflexão sobre si mesmo:

Nessa relação entre sujeito de direito e objeto de direito, os dados pessoais são como um espelho, no qual o próprio sujeito se enxerga, tornando assim sujeito e objeto quase que uma única entidade, o que dificulta enormemente a manutenção das categorias taxonômicas tradicionais, notadamente as que descrevem os elementos constitutivos da relação jurídica, desde a pandectística, sobretudo quando se está defronte a uma miríade de dados pessoais relacionáveis a uma única pessoa. Não se trata de “funcionalizar” a propriedade dos dados pessoais ou muito menos “reificar” a personalidade da pessoa humana³⁷.

O consentimento informado pelo sujeito titular de dados pessoais para o tratamento dos seus dados, quando utilizado para o processamento algorítmico que resultará diretamente em decisões que impactem o sujeito, particularmente no que diz respeito a usos secundários, não contextuais e imprevisíveis dos dados, é incompleto sem a garantia de confiança prestada pelos sistemas que realizam esse tratamento (sistemas de IA)³⁸. Na sequência do raciocínio, argumenta-se que o atendimento, pelos agentes de tratamento dos dados, do direito a uma explicação *ex post* (após a inferência realizada sobre o sujeito a partir dos dados) é essencial à promoção da confiança mencionada – que o direito pode assimilar na forma de boa-fé –, e, conseqüentemente, o direito a uma explicação *ex post* é necessário para a realização do processo de consentimento informado³⁹ – ou, como defendemos, da boa-fé.

comunicazione che intratteniamo con il mondo”.

37 BERNI, Duílio Landell de Moura. *Fundamentos para uma autonomia científica do direito digital no ordenamento jurídico brasileiro*. Tese (Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado) – PUC-RS. Rio Grande do Sul. P. 79. 2022.

38 KIM, Tae Wan; ROUTLEDGE, Bryan R. Why a right to an explanation of algorithmic decision-making should exist: A trust-based approach. *Business Ethics Quarterly*, v. 32, n. 1, 2022, p. 77.

39 KIM; ROUTLEDGE, 2022, p. 77.

Kim e Routledge distinguem níveis de explicação que podem ser exigidos do agente de tratamento de dados, após as chamadas decisões automatizadas. Segundo os autores, quando uma empresa causa danos ou injustiças através da utilização de um sistema algorítmico automatizado, as pessoas afetadas têm o direito de exigir uma explicação de forma compreensível, conforme direito que denominam “direito à explicação corretiva”⁴⁰. Há um segundo tipo de direito a uma explicação *ex post* que permite aos titulares dos dados o endereçamento de perguntas legítimas, mesmo sem terem sido prejudicados ou injustiçados⁴¹. Exemplifica-se o caso com um sujeito que utiliza mecanismos de busca em grandes plataformas online para encontrar vagas de emprego: na medida em que os algoritmos de busca podem gerar filtros de resultados potencialmente discriminatórios, a confiança do usuário no mecanismo de busca é desafiada ao saber que esses algoritmos podem discriminar, motivando-o a buscar uma explicação de como funcionam⁴².

Técnicas de explicação, notadamente aquelas baseadas em funções de influência, são úteis para identificar quais instâncias de treinamento afetam mais significativamente a previsão de um modelo no momento da inferência. Isto permite aos usuários verificar se os dados de treinamento mais influentes são relevantes para a instância específica que está sendo explicada em um ambiente de produção⁴³. Sistemas de processamento automático de dados pessoais são baseados em modelos que geram inferências e, com base nelas, efeitos práticos na vida dos sujeitos titulares dos dados tratados, o que é estudado pelo direito sob a epígrafe de decisões automatizadas.

Especial atenção merece o processamento de dados com o objetivo de segmentação automatizada de perfis. O Regulamento Europeu sobre matéria de Inteligência Artificial, em seu artigo 3º, ponto 52, remete a definição de perfilamento (*profiling*) ao disposto em outros atos normativos aprovados pelo Parlamento, incluindo o Regulamento Geral de Proteção de Dados, o qual, em seu art. 4º, ponto 4, define perfilamento como:

qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que consista na utilização de dados pessoais para avaliar determinados aspectos pessoais relativos a uma pessoa singular, nomeadamente para analisar ou prever aspectos relativos o desempenho dessa pessoa física no trabalho, situação econômica, saúde, preferências pessoais, interesses, confiabilidade, comportamento, localização ou movimentos⁴⁴.

40 KIM; ROUTLEDGE, 2022, p. 82.

41 KIM; ROUTLEDGE, 2022, p. 82.

42 KIM; ROUTLEDGE, 2022, p. 82.

43 KLAISE, Janis et al. Monitoring and explainability of models in production. *arXiv preprint arXiv:2007.06299*, 2020, p. 4.

44 No original: “any form of automated processing of personal data consisting of the use of personal data to evaluate certain personal aspects relating to a natural person, in particular

Em seus considerandos, o ato normativo europeu pondera que:

avaliações de risco realizadas em relação a pessoas singulares, a fim de avaliar o risco de infração ou para prever a ocorrência de um crime real ou potencial baseado unicamente na definição de seu perfil ou na avaliação de seus traços de personalidade e características devem ser proibidas. Em qualquer caso, esta proibição não se refere nem concerne a análises de risco que não se baseiam no perfil de indivíduos ou no traços de personalidade e características dos indivíduos, como sistemas de IA que usam analítica de risco para avaliar o risco de fraude financeira com base em transações suspeitas ou ferramentas de análise de risco para prever a probabilidade da localização de narcóticos ou mercadorias ilícitas pelas autoridades aduaneiras, por exemplo com base em rotas conhecidas de tráfico⁴⁵.

A criação e classificação de sujeitos conforme perfis para tomada de decisões que possam afetar significativamente a vida desses sujeitos é um tópico de especial relevância jurídica. Rouvroy e Berns descrevem o vínculo emergente entre individualização e o estabelecimento de relações pelos sistemas de classificação automatizada de perfis:

o datamining, articulado às finalidades de elaboração de perfis (quaisquer que sejam os aplicativos envolvidos), reconstrói, seguindo uma lógica de correlação, os casos singulares pulverizados pelas condifcações sem, no entanto, relacioná-los a nenhuma norma geral, mas somente a um sistema de relações, eminentemente evolutivas, entre diversas medidas, irreduzíveis a qualquer média. Esta emancipação em relação a toda forma de média associa-se, notadamente, ao caráter autodidata destes dispositivos e pode ser considerada como essencial à ação normativa contemporânea⁴⁶.

Em estudo realizado por Hassani, dados de crédito foram utilizados para determinar se é possível prever a etnia e o gênero dos requerentes de empréstimos. O método se baseia na hipótese de que, se essas características demográficas podem ser inferidas a partir de dados relacionados com o crédito, isso pode indicar que características sociais específicas de cada grupo influenciam indevidamente o seu acesso aos serviços financeiros. Se os detalhes demográficos forem discerníveis, isso sugere que os dados podem conter inerentemente

to analyse or predict aspects concerning that natural person's performance at work, economic situation, health, personal preferences, interests, reliability, behaviour, location or movements".

45 No original: "risk assessments carried out with regard to natural persons in order to assess the risk of their offending or to predict the occurrence of an actual or potential criminal offence based solely on profiling them or on assessing their personality traits and characteristics should be prohibited. In any case, that prohibition does not refer to or touch upon risk analytics that are not based on the profiling of individuals or on the personality traits and characteristics of individuals, such as AI systems using risk analytics to assess the risk of financial fraud by undertakings on the basis of suspicious transactions or risk analytic tools to predict the likelihood of the localisation of narcotics or illicit goods by customs authorities, for example on the basis of known trafficking routes".

46 ROUVROY, Antoinette; BERNIS, Thomas. Governamentalidade algorítmica e perspectivas de emancipação: o dispar como condição de individualização pela relação? *Revista Eco-Pós*, v. 18, n. 2, 2015, p. 37-38.

vieses, o que poderia afetar injustamente a acessibilidade aos empréstimos para diferentes grupos⁴⁷. De acordo com a suposição inicial do estudo, na ausência de vieses sociais, as variáveis que influenciam as pontuações de crédito não se alinhariam estreitamente com aquelas que tipificam diferentes gêneros ou etnias⁴⁸. Concluiu-se a capacidade de prever o gênero ou a etnia dos sujeitos com base apenas nas pontuações de crédito, demonstrando-se que os vieses sociais estão enraizados nos dados utilizados para criação de modelos de inferência para pontuação de crédito⁴⁹. As práticas discriminatórias são perpetuadas não apenas no processo de pontuação de crédito, mas também estão inseridas nos conjuntos de dados utilizados para treinar os modelos⁵⁰.

Uma relação significativa com um texto – e o resultado desse tipo de sistema não deixa de ser, ao sujeito afetado, uma espécie de texto – depende, como aponta Maria Helena Megale, de um jogo de perguntas e respostas: “desde que o texto se apresente como resposta e pergunta, isto é, desde que o diálogo se instale na iniciativa do discurso”⁵¹.

Os sistemas de Inteligência Artificial não se circunscrevem à mera noção de *software* como artefato programável, mas compreendem aspectos sociais e um acúmulo histórico de dados de entrada e treinamento em cuja base está a discriminação entre classes abstratas, as quais possuem uma tendência (lógica) a reforçar discriminação com base em atributos reais dessas classes.

Os preconceitos em sistemas de decisão automatizados podem resultar de decisões humanas sobre como construir ou treinar o sistema, como bem como erros humanos de julgamento ao ler ou agir de acordo com os resultados⁵². Porém, mais do que isso, sob a lembrança de que a aprendizagem de máquina é a automação de uma métrica estatística que foi introduzida originariamente para quantificar habilidades cognitivas, sociais e laborais, ou seja, como uma técnica que mede e organiza essas relações, torna-se imperioso notar como essa medida afeta o próprio desenho da automação⁵³.

4. A VULNERABILIDADE INFORMACIONAL

Polanyi categoriza os problemas econômicos como teoricamente formalizáveis, uma posição intermediária na sua classificação divisória entre

47 HASSANI, Bertrand K. Societal bias reinforcement through machine learning: a credit scoring perspective. *AI and Ethics*, v. 1, n. 3, 2021, p. 245.

48 HASSANI, 2021, p. 245.

49 HASSANI, 2021, p. 245.

50 HASSANI, 2021, p. 245.

51 MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. A congenialidade fraterna: pressuposto da comunicação como justiça. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 107, 2013, p. 333-334.

52 REISMAN, Dillon et al. Algorithmic Impact Assessments: A Practical Framework for Public Agency. *AI Now*, 2018, p. 12.

53 PASQUINELLI, 2024, p. 107.

aqueles que são totalmente formalizáveis (como na matemática) e os que são não-formalizáveis:

Podemos montar modelos matemáticos para problemas econômicos e especular sobre métodos matemáticos para resolvê-los. O fato de um modelo matemático poder ser estabelecido para as funções desempenhadas por uma economia de mercado como um todo deu força, no passado, à ideia de que o sistema econômico poderia ser gerenciado centralmente pela solução do conjunto de equações simultânea que constituíssem o modelo.⁵⁴

Isso é assim, segundo Polanyi, porque um modelo teórico que represente o sistema de escolhas implicado em um sistema econômico não permite calcular o resultado dessas escolhas, o que, por sua vez, é devido ao fato de que “os símbolos que representam os ‘dados conhecidos’ não têm, em sua maioria, significação numérica”⁵⁵.

Para Polanyi, a solução para um tratamento científico de algo como um sistema econômico “não consiste em levar em consideração todos os elementos do problema, mas em desconsiderar sua grande maioria a cada passo dado”⁵⁶. Essa solução, para Polanyi, encampa uma proposta de autocoordenação entre cada centro de operação que constitui o sistema econômico. Defende, adicionalmente, que uma tarefa que se organiza espontaneamente entre vários centros (policêntrica) “só pode ser socialmente gerenciada por um sistema de ajustamentos mútuos”⁵⁷.

As noções intercaladas de ordem espontânea, que compreende tanto a ordem jurídica quanto a econômica, e ajustamento mútuos engendram, consentaneamente, a concepção de Polanyi acerca da principal função do direito: “um sistema *consultivo* do Direito desenvolve e implementa as regras com as quais opera um sistema *competitivo* de produção e distribuição”⁵⁸. A remissão ao caráter propriamente dito do que entende como ajustamento mútuo é feita na sequência: “são barganhas concluídas por meio do mercado; a aplicação de regras gerais aos conflitos entre os que barganham constitui a ordem jurídica da lei privada, que é, em si, um sistema de ajustamentos mútuos”⁵⁹.

Berni destaca que a vulnerabilidade informacional deriva inafastavelmente da assimetria de informações entre os indivíduos que utilizam as tecnologias de informação e comunicação e os agentes de tratamento de dados, encampando um tipo de falha de mercado, uma deficiência que o sistema econômico não resolve sozinho, restando como solução a forma de regulação (ajuste) que ocorre por

54 POLANYI, Michael. *A lógica da liberdade: reflexões e réplicas*. Tradução: Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003, p. 279.

55 POLANYI, 2003, p. 280.

56 POLANYI, 2003, p. 282.

57 POLANYI, 2003, p. 283.

58 POLANYI, 2003, p. 284-285.

59 POLANYI, 2003, p. 286.

meio das normas de proteção de dados⁶⁰. Pondera que a mera possibilidade de esses dados revelarem aspectos centrais da personalidade humana já confirma, por si, a vulnerabilidade dos titulares desses dados que se engajam em relações de troca com os agentes de tratamento⁶¹.

A seleção dos dados que treinam os modelos de aprendizagem de máquina (mais importante que os próprios mecanismos de inferência propriamente ditos) está para os atributos determinados de algo, analisados pela psicologia representacional, assim como a percepção anterior às cores está para a indeterminação do ser-pessoa, conforme a descrição que Merleau Ponty faz do fenômeno da atenção. O autor descreve a primeira operação da atenção como a criação de um campo em que a consciência não se perde na proporção do que adquire ou nas transformações que prova⁶². Destaca que não se trata de uma atividade geral, formal, mas apenas a partir das distâncias relativas em relação às mudanças no espaço (perceptivo, mental) a cada vez dominado⁶³. Ao descrever seu objeto, concebe-o como uma espécie de criação e, para tanto, traça uma analogia com o desenvolvimento infantil:

durante os primeiros nove meses da vida as crianças só distinguem globalmente entre o colorido e o acromático; na sequência, as superfícies coloridas se articulam em tintas “quentes” e em tintas “frias”, e enfim chega-se ao detalhe das cores. Mas os psicólogos admitiam que apenas a ignorância ou a confusão dos nomes impede a criança de distinguir as cores. A criança devia sim ver o verde *ali onde ele existe*, faltava-lhe apenas prestar atenção nisso e apreender seus próprios fenômenos. É porque os psicólogos não tinham conseguido representar um mundo em que as cores fossem indeterminadas, uma cor que não fosse uma qualidade precisa. A crítica desses prejuízos permite, ao contrário, perceber o mundo das cores como uma formação segunda, fundada em uma série de distinções “fisionômicas”: a das tintas “quentes” e das tintas “frias”, a do “colorido” e do “não-colorido”. Não podemos comparar estes fenômenos, que para a criança substituem a cor, a alguma qualidade determinada [...] A primeira percepção das cores propriamente ditas é portanto uma mudança de estrutura da consciência, o estabelecimento de uma nova dimensão da experiência, o desdobramento de um *a priori*.⁶⁴

Conceber a atenção como uma espécie de criação, ou seja, conforme ato originário, que constitui seu objeto, afasta sua concepção dominante como um mero retomar algo (um saber) já presente, tão difundida na noção cotidiana de uma projeção de luz sobre objetos preexistentes. Trata-se de provocar neles uma nova articulação: “uma vez adquirida a cor qualidade, e apenas graças a ela, os

60 BERNI, 2022, p. 84-85.

61 BERNI, 2022, p. 85.

62 MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da Percepção*. Trad. Carlos A. Ribeiro de Moura. 4 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 57.

63 MERLEAU-PONTY, 2011, p. 57.

64 MERLEAU-PONTY, 2011, p. 58.

dados anteriores aparecem como preparações da qualidade”⁶⁵. Isso permite a Merleau Ponty afirmar que “é justamente subvertendo os dados que o ato da atenção se liga aos atos anteriores, e a unidade da consciência de constrói assim pouco a pouco por uma ‘síntese de transição’”⁶⁶. Pela atenção, aparecem os “fenômenos que restabelecem a unidade do objeto em uma dimensão nova, no momento em que eles a destroem”⁶⁷.

Seguindo a analogia, a seleção mesma dos dados que alimentam os modelos de inferência e correlação promove nos dados uma nova articulação; os estágios “preparatórios” dos processos de aprendizagem de máquina não são, originalmente, preparatórios. Esses estágios (a seleção e preparação dos dados) apenas ficticiamente são retomados a partir da qualidade atribuída a uma pessoa – que se diz, retroativamente, em algum aspecto, com-posta por aqueles dados. Segundo Merleau Ponty, “a percepção é um juízo, mas que ignora suas razões [...] o objeto percebido se dá como todo e como unidade antes que nós tenhamos apreendido a sua lei inteligível”⁶⁸.

A conclusão a que se chega, pela abordagem fenomenológica, do caráter não originário da problemática de coleta dos dados ou dos estágios “preparatórios” na esteira de desenvolvimento e aplicação de modelos de aprendizagem de máquina, também é reforçada pela abordagem política e econômica do fenômeno, convergindo ambas para o abandono da ideia atomista de dado ou máquina. Pasquinelli destaca como os sistemas de aprendizagem de máquina dependem fundamentalmente do trabalho e conhecimento velados de uma multidão de trabalhadores e usuários: “a IA atual é um tipo de tecnologia de automação baseada na imitação direta das relações sociais, da herança cultural e do trabalho em geral (manual e mental)”⁶⁹.

Segundo Terzi, o olhar que considera uma coisa exclusivamente segundo o seu aspecto definido, definível, visível, para conduzir sua essência à existência imprimindo forma à matéria, constitui o primeiro ato técnico, a primeira interpretação tecnológica dos seres e a raiz de qualquer posterior tecnologia⁷⁰. Na esteira de Heidegger, Maria Helena denuncia o poder sedutor da noção de “informação”, informadora de um progresso do qual, na habitualidade

65 MERLEAU-PONTY, 2011, p. 58.

66 MERLEAU-PONTY, 2011, p. 59.

67 MERLEAU-PONTY, 2011, p. 59.

68 MERLEAU-PONTY, 2011, p. 73.

69 PASQUINELLI, 2024, p. 107.

70 TERZI, Roberto. Technology and the Ambiguity of Production. In: DI MARTINO, Carmine et al. *Heidegger and Contemporary Philosophy: Technology, Living, Society & Science*. Springer International Publishing, 2021, p. 42. No original: ““The gaze that considers a thing exclusively according to its definite, defnable, visible aspect in order to lead this essence to existence by impressing form on matter, constitutes the frst technical act, the frst technological interpretation of the beings, and the root of any further technology”.

do mundo, não se pode esquivar, sob pena de perder o “‘mais’ oferecido pelo tecnicismo”⁷¹. É preciso ver o direito a partir de um aspecto mais radical e originário que só se mostra como tal em uma relação de confrontação com o próprio direito. O argumento da precedência do outro em relação à lei moral segue a mesma estrutura do argumento de Levinas contra a precedência do ontológico como determinação primeira da existência, que se extrai da filosofia heideggeriana. Para Levinas, a relação com um existente (outro) precede toda ontologia⁷² – sem que haja um fundamento metafísico “por detrás”.

Para Heidegger, o decisivo na técnica não é o fato de ela pervadir toda a composição dos entes ou sua manipulação conforme o emprego de meios que se sucedem como cada vez apropriados, mas em seu acontecimento como desvelamento⁷³. Para além da maquinação, terminologia que o filósofo utiliza para designar um aspecto da técnica, e para além do caráter de dar-se como acontecimento – e, aqui, a técnica pode ser reconstruída como o anverso da verdade –, a técnica pode, em suma, ser equiparada à própria metafísica⁷⁴.

O desvelamento de algo como algo subjaz à sucessão das diversas figuras da verdade, que depara na técnica, uma de suas figuras, a vontade de deixar-se ver os entes como objetos matematizados, que balizou a metafísica moderna, na medida mesma em que agravava o esquecimento do ser propriamente dito⁷⁵. Heidegger, em sua interpretação do pensamento grego, do acontecimento originário da metafísica, identifica a técnica como o fundamento a partir do qual a própria noção de forma (*eidos*) e a conseqüente interpretação do ser como ideia se tornaram possíveis⁷⁶.

O mundo contemporâneo do domínio da informação corre o perigo de perpetuar o esquecimento da diferença ontológica – entre ente e ser (*ousia*) – a partir da figura da relação, que se torna a base assumida para todos os fenômenos, incluindo a comunicação de sentido. Se tudo é relação, nada chega a ser.

71 MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. Prólogo. In: ORSINI, A. G. Sena e outros (orgs.). *Hermenêutica, Direito e Disruptividade na Era Tecnológica*. 1 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 18.

72 LEVINAS, Emmanuel. *Totality and Infinity*. Trans. Alphonso Lingis. Pittsburgh, PA: Duquesne University Press, 1969, p. 47-48.

73 HEIDEGGER, Martin. *The Question Concerning Technology and Other Essays*. Trans W. Lovitt. New York & London: Harper & Row Publisher, 1977.

74 SOMMER, Christian. The Perfection of Gestell and the Last God. Heidegger's Criticism of Techno-Nihilism. In: MARTINO, Carmine Di (ed.). *Heidegger and Contemporary Philosophy: Technology, Living, Society & Science*. Cham: Springer, 2021, p. 27.

75 SOMMER, 2021, p. 28.

76 HEIDEGGER, Martin. *Platão: O sofista*. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, *passim*.

Nesse horizonte, a filosofia da informação aparece como uma tentativa de resgatar o pensamento filosófico a partir das concreções ônticas da técnica, refletidas no que Floridi chama narrativas informativas:

As narrativas informativas possuem um poder ôntico, não como fabulações mágicas, expressões de logos teológicos ou fórmulas místicas, mas de forma imanente, como ferramentas de construção que podem descrever, modificar e implementar o ambiente e a nós mesmos. a informação pode ser apresentada como o estudo das atividades informacionais que possibilitam a construção, a conceitualização, a semantização e, por fim, o cuidado moral da realidade, tanto natural quanto artificial, tanto física quanto antropológica⁷⁷.

A dissolução do ser em relações, correlata do modo de concepção do real como sistema de comunicações – concepção que é, ela mesma, uma concreção do horizonte da técnica –, exige uma postura de rearticulação de sentido a partir do ôntico, o que não significa partir do ôntico como determinante. A Filosofia da Informação esboça um ponto de partida possível a partir da noção de narrativas informativas. Para Floridi, à medida que as pessoas reúnem e controlam memórias, elas moldam as suas identidades individuais, ao mesmo tempo que restringem a adaptabilidade com a qual podem redefinir-se – que é sempre determinada a partir de um nível de abstração, pautado por propósitos também determinados⁷⁸. O esquecimento permite lidar com essas limitações, o que remete para um tempo no qual formas de gestão das memórias estão implicadas na formação da identidade digital e, conseqüentemente, na tutela da privacidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que o direito à proteção de dados pessoais efetivamente protege não são dados pessoais em si, mas o poder de decisão do sujeito sobre pontos de continuidade ou descontinuidade na narrativa de si, que é apropriada, na forma de dados que já não são mais “seus”, para construção (narrativa) de tipos de sujeitos. Essa construção é uma forma de ação – não tematizada nas propostas atuais de regulação da IA –, e não uma forma de inteligência pautada em suposta “objetividade” de dados.

77 FLORIDI, Luciano. *Pensare l'infosfera: La filosofia come design concettuale*. Raffaello Cortina Editore, 2020, p. 103. No original: “Le narrazioni informazionali possiedono un potere ontico, non in quanto fabulazioni magiche, espressioni di logos teologico o formule mistiche, ma in forma immanente, in quanto strumenti di costruzione che possono descrivere, modificare e implementare l'ambiente e noi stessi. Da questo punto di vista, la filosofia dell'informazione può essere presentata come lo studio delle attività informazionali che rendono possibili la costruzione, concettualizzazione, semantizzazione e, infine, la cura morale della realtà, sia naturale sia artificiale, sia fisica sia antropologica”.

78 FLORIDI, Luciano. The informational nature of personal identity. *Minds and machines*, v. 21, p. 549-566, 2011.

Fruto da globalização, os sistemas de tratamento de dados se instauraram como uma das mais aplaudidas conquistas do fenômeno técnico. Inclinações, opções, motivações, ações, correm o risco de serem conectadas ao dirigismo correlatamente instaurado. Assim como a crítica nietzscheana ao conhecimento, como violação das coisas, a ficção de objetividade dos dados não passa de uma violação mais velada.

O papel de coordenação do direito para os agentes de tratamento de dados é facilmente alcançável por meio de deveres concretos relacionados a circunstâncias operacionais do tratamento de dados. Mas o acesso à justiça, materializado, nesse contexto, com a possibilidade de pôr em questão a redução da vulnerabilidade informacional de uma pessoa, também permanece pouco tematizado. Se o direito à proteção de dados não tem sua *ratio* descoberta e se descabe cogitar de compensação moral *in re ipsa* em caso de violação de dados pessoais ou de direitos dos titulares decorrentes da legislação de proteção de dados, há apenas uma solução formal de compromisso com os agentes de tratamento de dados, detentores do poder econômico.

O caráter individualista da legislação de proteção de dados apresenta o risco de obscurecer essa base social do próprio valor da noção de dado pessoal. O direito de um titular de dados pessoais é especialmente afetado na medida de distribuição (derivada de modelos) dos seus dados em relação aos demais “pontos de dados” que compõem o significado mesmo que seus dados têm para, por exemplo, um sistema decisório automatizado.

REFERÊNCIAS

ANSCOMBE, G.E.M. *Intention*. 2ª Ed. Cambridge, London: Harvard University Press, 1963.

BERNI, Duílio Landell de Moura. *Fundamentos para uma autonomia científica do direito digital no ordenamento jurídico brasileiro*. Tese (Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado) – PUC-RS. Rio Grande do Sul. 2022.

DURANTE, Massimo. *Computational power: the impact of ICT on law, society and knowledge*. Nova Iorque: Routledge, 2021.

_____. Potere Computazionale: dalle Informazioni ai Dati. In: DURANTE, Massimo; PAGALLO, Ugo (Ed.). *La politica dei dati: Il governo delle nuove tecnologie tra diritto, economia e società*. Milão: Mimesis, 2022.

_____. Rethinking human identity in the age of autonomic computing. In: HILDEBRANDT, Mireille; ROUVROY, Antoinette. *Law, human agency and autonomic computing. The philosophy of law meets the philosophy of technology*. Abingdon: Routledge, 2011.

FLORIDI, L. Agere sine Intelligere. L'intelligenza artificiale come nuova forma di agire ei suoi problemi etici. In: FLORIDI, L; CABITZA, F. (org). *Intelligenza Artificiale. L'uso delle nuove machine*. Bompiani: Milano, 2021.

_____. *Pensare l'infosfera: La filosofia come design concettuale*. Raffaello Cortina Editore.

_____. The informational nature of personal identity. *Minds and machines*, v. 21, p. 549-566, 2011.

HASSANI, Bertrand K. Societal bias reinforcement through machine learning: a credit scoring perspective. *AI and Ethics*, v. 1, n. 3, p. 239-247, 2021.

HEIDEGGER, Martin. *Platão: O sofista*. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

_____. *The Question Concerning Technology and Other Essays*. Trans W. Lovitt. New York & London: Harper & Row Publisher, 1977.

KIM, Tae Wan; ROUTLEDGE, Bryan R. Why a right to an explanation of algorithmic decision-making should exist: A trust-based approach. *Business Ethics Quarterly*, v. 32, n. 1, p. 75-102, 2022.

KLAISE, Janis et al. Monitoring and explainability of models in production. *arXiv preprint arXiv:2007.06299*, 2020.

LAAKASUO, Michael et al. Socio-cognitive biases in folk AI ethics and risk discourse. *AI and Ethics*, v. 1, n. 4, p. 593-610, 2021.

LEVINAS, Emmanuel. *Totality and Infinity*. Trans. Alphonso Lingis. Pittsburgh, PA: Duquesne University Press, 1969.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1985.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. A congenialidade fraterna: pressuposto da comunicação como justiça. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 107, p. 331-354, 2013.

_____. Prólogo. In: ORSINI, A. G. Sena e outros (orgs.). *Hermenêutica, Direito e Disruptividade na Era Tecnológica*. 1 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor - Linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2017.

MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da Percepção*. Trad. Carlos A. Ribeiro de Moura. 4 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

PASQUINELLI, Matteo. Capitalismo maquínico e mais-valia de rede: notas sobre a economia política da máquina de Turing. *Lugar comum [em linha]*, n. 36-37, p. 13-36, 2012.

_____. From Algorithmic Thinking to Thinking Machines: Four Theses on the Position of Artificial Intelligence in the History of Technoscience. In: SUDMANN et al. (eds) *Beyond Quantity: Research with Subsymbolic AI*. Bielefeld: Transcript Verlag, 2023.

_____. Theories of Automation from the Industrial Factory to AI Platforms: An Overview of Political Economy and History of Science and Technology. *TECNOSCIENZA*, v. 15, n. 1, p. 99-112, 2024.

POLANYI, Michael. *A lógica da liberdade: reflexões e réplicas*. Tradução: Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.

PRIMO, L. *É isto um homem*. Tradução de Luigi Del Re. Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

REISMAN, Dillon et al. Algorithmic Impact Assessments: A Practical Framework for Public Agency. *AI Now*, 2018.

ROUVROY, Antoinette; BERNS, Thomas. Governamentalidade algorítmica e perspectivas de emancipação: o dispar como condição de individuação pela relação?. *Revista Eco-Pós*, v. 18, n. 2, p. 36-56, 2015.

SEÑOR, M. A. Privacy e protezione dei dati personal. In: DURANTE, Massimo; PAGALLO, Ugo (Ed.). *La politica dei dati: Il governo delle nuove tecnologie tra diritto, economia e società*. Milão: Mimesis, 2022.

SOMMER, Christian. The Perfection of Gestell and the Last God. Heidegger's Criticism of Techno-Nihilism. In: MARTINO, Carmine Di (ed.). *Heidegger and Contemporary Philosophy: Technology, Living, Society & Science*. P. 23-33. Cham: Springer, 2021.

TERZI, Roberto. Technology and the Ambiguity of Production. In: DI MARTINO, Carmine et al. *Heidegger and Contemporary Philosophy: Technology, Living, Society & Science*. Springer International Publishing, p. 35-51, 2021.

Recebido em: 12/05/2024

Aprovado em: 12/08/2024

IL “SUPERAMENTO DELLAPERSONALITÀ GIURIDICA”: ALCUNE CONSIDERAZIONI ALLA LUCE DELDIRITTO SOCIETARIO ITALIANO*

THE “OVERCOMING OF LEGAL PERSONALITY”: SOME CONSIDERATIONS IN THE LIGHT OF ITALIAN COMPANY LAW

ANDREA CAPRARA*

ÉRICO ANDRADE**

MARCELO DE OLIVEIRA MILAGRES***

RIASSUNTO

Il c.d. superamento della personalità giuridica è uno strumento che la dottrina e la giurisprudenza hanno elaborato per offrire tutela contro particolari ipotesi di abuso del diritto. Le soluzioni normative sono molto diversificate nella legislazione degli Stati nazionali (e nel diritto dell'UE). Nel codice civile italiano non si prevede un generale divieto di abuso, ma con la riforma del diritto societario (2003) e con la riforma del diritto fallimentare (2019), si sono introdotti istituti nuovi utili a contrastare l'abuso del diritto, senza prevedere il superamento della persona giuridica. Nella presente indagine si vuole verificare se: i) le nuove disposizioni previste dal diritto italiano lascino ancora spazio per ricorrere al superamento della personalità giuridica al fine di sanzionare l'abuso della responsabilità limitata; ii) è utile una disciplina di diritto positivo che tipicizzi le fattispecie di abuso.

PAROLE CHIAVE: Diritto (abuso del). Personalità giuridica (superamento della). Responsabilità limitata (superamento della).

ABSTRACT

The so-called piercing of corporate veil is an instrument that doctrine and jurisprudence have developed to offer protection against particular cases of abuse of rights. The regulatory solutions are very diverse in the legislation of the nation states (and in EU law). The Italian civil code does not provide for a general prohibition of abuse, but with the reform of company law (2003) and bankruptcy law (2019), new institutions have been introduced to counter abuse of rights. The present investigation examines whether: i) with the new provisions under Italian law, piercing of corporate veil is still useful or required; ii) a positive law regulation typifying abuse cases is useful.

KEYWORDS: *Rights (abuse of). Corporate veil (piercing of). Limited liability (piercing of). Holding liability due to the 'management and coordination' of its subsidiaries. Loan of shareholders (postponed until the other creditors have been satisfied). Directors' liability. Shareholders liable for the debts*

* Lo scritto prende spunto dalla relazione tenuta al «Seminário internacional Brasil e Itália: o direito privado e o processo na contemporaneidade», 4 de setembro de 2023, Plenário do Órgão Especial do TJMG, Belo Horizonte.

** Professore Associato di Diritto Commerciale dell'Università di Verona.
E-mail: andrea.caprara@univr.it

*** Pós-Doutor pela Università degli Studi di Milano. Doutor e Mestre pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Adjunto de Direito Processual Civil na UFMG.
E-mail: ericoandrade@ufmg.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1705-190X>.

**** Pós-Doutor pela Università di Verona - Dipartimento di Scienze Giuridiche. Doutor e Mestre pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Associado de Direito Civil na UFMG.
E-mail: marcelo.milagres@uol.com.br. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-4007-6416>.

Attività di direzione e coordinamento (abuso della). Postergazione dei crediti dei soci. Responsabilità degli amministratori. “Super società di fatto” (fallimento della).

incurred by the company (cases of). “De facto super-company” (bankruptcy of).

SOMMARIO: 1. L’oggetto e l’obiettivo dell’indagine. – 2. L’inquadramento della questione nel diritto societario italiano: la nozione di abuso della *responsabilità limitata*. – 3. L’approccio giurisprudenziale al tema del superamento della personalità giuridica. – 4. L’approccio della dottrina: a) i rimedi tipici diretti. – 4.1. La responsabilità della *holding* per eterodirezione abusiva. – 4.2. La responsabilità dei soci di s.r.l. in solido con gli amministratori per aver deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi. – 4.3. La postergazione dei finanziamenti operati dai soci nella s.r.l. – 5. b) i rimedi tipici indiretti. – 5.1. L’illecita prosecuzione dell’attività d’impresa e la determinazione del danno (art. 2486, comma 3, c.c.). – 5.2. La c.d. super società di fatto. – 6. Considerazioni conclusive: il risarcimento del danno come tutela generale contro l’abuso nel diritto dell’impresa e il superamento della personalità giuridica come rimedio residuale.

1. *L’oggetto e l’obiettivo dell’indagine.* – Il c.d. *superamento della personalità giuridica* è uno strumento che la dottrina e la giurisprudenza hanno elaborato per offrire tutela contro particolari ipotesi di abuso del diritto¹.

Non mancano esperienze normative sovranazionali e nazionali che contemplano disposizioni generali o puntuali per contrastare l’abuso. Si pensi

1 La bibliografia sull’argomento è sterminata. Sull’abuso in generale cfr., tra i molti, R. SACCO, voce *Abuso del diritto*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, Agg., VII, Utet, Torino, 2012, p. 1 ss.; D. MESSINETTI, voce *Abuso del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, Agg. II, Giuffrè, Milano, 1998, p. 1 ss.; C. SALVI, *Abuso del diritto. I) Diritto civile*, in *Enciclopedia giuridica*, I, Ist. dell’Enc., Roma, 1988, p. 1 ss.; S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. civ.*, I, Utet, Torino, 1987, p. 1 ss. G. PINO, *L’abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l’uso)*, in AA.Vv., *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, a cura di G. Maniaci, Giuffrè, Milano, 2006, p. 115 ss.; P. RESCIGNO, *L’abuso del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1998; R. SACCO, *L’esercizio e l’abuso del diritto*, in AA.Vv., *Il diritto soggettivo, Trattato di diritto civile*, a cura di G. Alpa, M. Graziadei, U. Mattei, R. Sacco, Torino, 2001, p. 373 ss. Molti sono i convegni e i dibattiti che il tema dell’abuso ha ispirato, dimostrando anche la trasversalità del tema rispetto ai diversi settori dell’ordinamento. Cfr. AA.Vv., *L’abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, a cura di V. Velluzzi, Edizioni ETS, Pisa, 2012; AA.Vv., *Abuso del diritto. Significato e valore di una tecnica argomentativa in diversi settori dell’ordinamento*, a cura di G. Furguieue, ESI, Napoli, 2017. Sui diversi utilizzi dell’abuso del diritto emersi in dottrina cfr. A. GENTILI, *L’abuso del diritto come argomento*, in *Rivista di diritto civile*, 2012, I, p. 297 ss., in part. p. 311. Nel diritto societario le tecniche per il contrasto dell’abuso vengono utilizzate anche in altri frangenti, a partire dall’esercizio del diritto di voto nelle decisioni dei soci, su cui v. F. GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa” nelle società di capitali*, Giappichelli, Torino, 2004, *passim*.

all'art. 54 della Carta dei Diritti Fondamentali U.E. dove si sancisce il *Divieto di abuso del diritto*, considerato un principio generale dalla giurisprudenza europea della Corte di Giustizia², ma anche all'ordinamento Svizzero, dove il «manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge» (art. 2, comma 2, c.c.), piuttosto che al *Código Civil y Comercial de la República Argentina* (Ley n. 26.994, 1 de outubro de 2014) ove il capitolo terzo dedicato all'esercizio dei diritti comprende: l'art. 9 rubricato *Principio de buena fe*, l'art. 10 *Abuso del derecho* e l'art. 11 *Abuso de posición dominante*. Ancora: nel *Código Civil Brasileiro* del 2002 (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002), oltre ad una generale definizione di abuso che compare tra *Dos Atos Ilícitos* (art. 187 c.c.), si è introdotta una disciplina sostanziale più generale dello stesso e del (conseguente e possibile rimedio del) superamento della personalità giuridica (art. 50 c.c.), a partire della disciplina originaria del superamento della personalità giuridica nel codice del consumo del 1990 (l. 8.078, art. 28) e che oggi trova il suo completamento, sul piano processuale, nell'art. 133 ss. del *Código de Processo Civil* del 2015 (lei n° 13.105 de 16 de março de 2015).

Nel codice civile italiano non si prevede un generale divieto di abuso³, né vi è una disciplina espressamente dedicata all'abusivo ricorso a istituti che assicurano la responsabilità limitata (o l'autonomia patrimoniale).

Peraltro, con la riforma del diritto societario del 2003⁴ e, più recentemente, con il d.lgs. 14/2019, Codice della Crisi e dell'Insolvenza delle Imprese (di seguito anche CCII), si sono introdotti istituti utili a contrastare l'abuso del

2 Cfr. Corte di Giustizia UE, sentenza del 22 novembre 2017, C-251/16, punti 30 e 31, richiamata da Corte di Giustizia UE (Grande Sezione), sentenza del 26 febbraio 2019, C-115/16; C-118/16; C-119/16; C-299/16, punto 101, ove si rileva che, nel diritto dell'Unione europea, il divieto di porre in essere delle pratiche abusive costituisce un «principio generale che trova applicazione indipendentemente dalla questione se i diritti ed i vantaggi oggetto dell'abuso trovino il loro fondamento nei Trattati, in un regolamento o in una direttiva».

3 Nell'ordinamento italiano vi sono, infatti, disposizioni settoriali. In materia tributaria v. l'art. 10bis della l. 212/2000, rubricato *Disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale*, introdotto dall'art. 1 d.lgs. 128/2015, con cui si sovrappone l'abuso del diritto all'elusione fiscale. In sostanza l'abuso del diritto rientra nel principio generale di antielusione fiscale. In giurisprudenza v. le precisazioni di Cass. 16 gennaio 2023, n. 1166, per la quale l'art. 10bis, cit., trova applicazione «alla stregua del generale principio antielusivo rinvenibile nella Costituzione [italiana] e nelle indicazioni della Raccomandazione n. 2012/772/UE, in presenza di una o più costruzioni di puro artificio che, realizzate al fine di eludere l'imposizione, siano prive di consistenza commerciale ed economica, ma produttive di vantaggi fiscali». V., inoltre, sull'abuso di dipendenza economica l'art. 9, l. 192/1998 e sull'abuso di posizione dominante l'art. 3, l. 287/1990.

4 La riforma del diritto societario è stata introdotta con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, recante *Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*. A tale provvedimento normativo si era affiancata una disciplina processuale speciale con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, recante *Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, oggi in gran parte abrogato.

diritto senza giungere tuttavia a soluzioni riconducibili al superamento della persona giuridica⁵.

Tanto premesso, considerato che una tutela contro i comportamenti abusivi (compreso l'abusivo ricorso a società che assicurano la irresponsabilità dei soci per le obbligazioni sociali) sembra irrinunciabile per un ordinamento moderno, l'*obiettivo* della presente indagine è duplice e consiste nel verificare se:

i) le nuove disposizioni previste dalla riforma del diritto societario del 2003 e dal CCII rendono ancora attuale l'esigenza di ricorrere, nell'ordinamento italiano, al rimedio generale del *superamento della personalità giuridica* per colpire l'*abuso della responsabilità limitata*;

ii) una disciplina di diritto positivo che, sull'esempio di altri ordinamenti, tipicizzi le fattispecie di abuso possa offrire una tutela maggiormente efficace rispetto a quella che si ricava dall'attuale quadro normativo italiano.

Sul piano del *metodo*, premesso che il concetto di abuso allude ad una patologia dell'*uso* di un diritto o di un potere, si dovrà, in primo luogo, in mancanza di una definizione legislativa, individuare una *nozione di abuso* che sia coerente con la funzione a cui le società (specie di capitali) sono preordinate. In secondo luogo, sarà necessario soffermarsi sull'approccio della giurisprudenza e della dottrina al tema dell'abuso della responsabilità limitata distinguendo, con riguardo a quest'ultima, tra i *rimedi tipici diretti e indiretti*.

2. *L'inquadramento della questione nel diritto societario italiano: la nozione di abuso della responsabilità limitata.* – In mancanza di una nozione legislativa o anche solo condivisa in dottrina di abuso del diritto in generale e di abuso della personalità giuridica in particolare⁶, occorre chiarire a quale fenomeno si intende fare riferimento in questa sede e ai profili di tutela che vengono in considerazione in relazione agli interessi tutelati. A tal fine si ritiene

5 Il fenomeno del superamento della persona giuridica nel diritto dell'impresa esercitata in forma collettiva o comunque societaria ha il suo punto di massima criticità nella società per azioni (s.p.a.) e nella società a responsabilità limitata (s.r.l.), alle quali sono dedicate le riflessioni che seguono, ma potrebbe trovare spazio anche nelle società di persone nei confronti, ad esempio, dell'accomandante (salvo che la tutela contro l'abuso debba considerarsi assorbita dalla previsione della responsabilità illimitata ai sensi dell'art. 2320 c.c. per indebita ingerenza nella gestione della società) e, nella società in nome collettivo, per superare la responsabilità sussidiaria (*i.e.* il beneficio di preventiva escussione) dei soci. La proposta di reprimere per legge l'abuso della personalità giuridica è stata presa in considerazione nell'ambito dei lavori preparatori per la riforma del diritto societario del 2003 (ne dà conto N. ZORZI, *L'abuso della personalità giuridica. Tecniche sanzionatorie a confronto*, Cedam, Padova, 2002, p. 2), ma poi è stata abbandonata tanto da non comparire nel testo definitivamente approvato.

6 Cfr. N. ZORZI, *L'abuso della personalità giuridica. Tecniche sanzionatorie a confronto*, Cedam, Padova, 2002, p. 1, la quale definisce l'abuso della personalità giuridica come «espressione ellittica» che «equivale ad abuso dei diritti sinteticamente riassunti nel concetto di persona giuridica. È perciò una figura che si iscrive nel più ampio genere dell'abuso del diritto, ritrovando quella varietà e molteplicità di rimedi che nel tempo e nello spazio ha ricevuto l'abuso del diritto».

utile circoscrivere in modo più puntuale il tema e tratteggiare la cornice di principio e concettuale in cui la nozione di abuso dovrà essere elaborata.

Si deve quindi innanzitutto precisare che, sul piano delle fattispecie da esaminare, si limiterà l'attenzione solo all'abusivo ricorso alla s.p.a. o alla s.r.l. per non esporre il patrimonio del socio a pretese dei creditori sociali. Non si tratterà, invece, della differente fattispecie che riguarda la tutela dei creditori del socio che contrae personalmente con i terzi obbligazioni che sono da imputare alla persona giuridica⁷, né dell'ulteriore operazione (potenzialmente abusiva se diretta a sottrarre beni ai creditori sociali) di trasferimento dei beni della persona giuridica a favore dell'unico socio⁸.

In secondo luogo occorre tener conto che, con riguardo alla cornice di principio in cui iscrivere la nozione di abuso, la disciplina della limitazione della responsabilità patrimoniale, nel vigente diritto dell'impresa⁹, è funzionale all'assunzione e alla gestione del rischio nello svolgimento dell'attività economica. Si pensi, infatti, alla possibilità di costituire, da un lato, patrimoni destinati allo specifico affare (art. 2247bis, lett. a, c.c.) e alla società unipersonale

7 Sul piano comparatistico è interessante osservare che, nel diritto brasiliano, il superamento della personalità giuridica è un rimedio utilizzato per imputare al socio un'obbligazione contratta da una società (*desconsideração da personalidade jurídica*: art. 50 c.c.), ma l'abuso può anche verificarsi in senso opposto, con l'imputazione alla società di un'obbligazione contratta dal socio personalmente (*desconsideração inversa*: art. 50, comma 3, c.c.; art. 133, comma 2, c.p.c.). Questa prospettiva, oggi accolta dal legislatore, è nata dell'orientamento giurisprudenziale del "Superior Tribunal de Justiça" che è un giudice sostanzialmente equivalente alla Corte di Cassazione in Italia (cf., per esempio, una delle prime sentenze sul caso, REsp n. 948.117, del 22/6/2010: "A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador"). Cfr., anche per una prospettiva storica, F. MARRA VIDIGAL, *Confusão patrimonial como hipótese de desconsideração da personalidade jurídica*, Expert Editora, Belo Horizonte, 2021, p. 66 ss., nonché L. PARENTONI, *Desconsideração Contemporânea da Personalidade Jurídica: Dogmática e análise científica da jurisprudência brasileira* (Jurimetria/Empirical Legal Studies), São Paulo, Quartier Latin, 2014, p. 87; O.L. PARENTONI, *Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no CPC/2015*, Porto Alegre, RS Editora Fi, 2018; È. ANDRADE, L. NETTO PARENTONI, *Il superamento della personalità giuridica nel diritto brasiliano. Aspetti sostanziali e processuali*, in *Il diritto degli affari*, 2020, p. 627 ss.

8 La fattispecie è disciplinata dall'art. 2362, comma 5, c.c. (per le s.p.a.) e, in modo analogo, dall'art. 2478, comma 3, c.c. (per le s.r.l.). In argomento v. P.M. SANFILIPPO, *Sub art. 2362*, in *Società di capitali*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Jovene, Napoli, 2004, p. 432 e C. IBBA, *La S.R.L. unipersonale*, in AA.Vv., *La società a responsabilità limitata*, a cura di C. Ibba, G. Marasà, tomo II, Giuffrè, Milano, 2020, p. 175 ss. Perfezionato il regime di opponibilità dell'operazione ai creditori sociali, la tutela potrebbe fondarsi sull'esperimento dell'azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c.

9 Sulla responsabilità limitata nelle società anonime in una prospettiva storica v. A. SANTUARI, *Le società di capitali fra autorizzazione governativa e libertà di associazione durante il periodo 1800 – 1865*, in *Rivista di diritto civile*, 1996, II, p. 41 ss., in part. p. 46; U. MORERA, *L'omologazione degli statuti di società: il controllo in sede di costituzione e di modificazione*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 10, F. GALGANO, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Il Mulino, Bologna, 1993, p. 78 ss.

in cui l'unico socio è comunque esonerato dall'assoggettamento alla procedura concorsuale della liquidazione giudiziale anche quando lo stesso è tenuto a pagare i debiti sociali (artt. 2325, comma 2, c.c. e 2462, comma 2, c.c. e art. 256 CCII)¹⁰ e, dall'altro, allo svilimento del significato produttivistico e di garanzia del capitale sociale specie nella s.r.l. a capitale ridotto (artt. 2463, comma 4, c.c.) e nella s.r.l. semplificata (art. 2463bis c.c.)¹¹.

In terzo luogo, sul piano concettuale, occorre distinguere tra due profili: *i*) l'abuso (della responsabilità limitata o, meglio, della separazione patrimoniale) e *ii*) lo strumento invocato per sanzionarlo (quale è la tecnica del superamento della personalità giuridica). Il *concetto di abuso* va riferito, infatti, ad un uso non consentito dei modelli societari che assicurano l'autonomia patrimoniale perfetta: un uso che, in altri termini, realizza «una violazione qualificata da qualche elemento di particolare riprovevolezza, tale da giustificare la disapplicazione di una norma attributiva di un diritto soggettivo o comunque di una libertà d'azione»¹². Tale definizione consente di obiettivizzare la fattispecie di abuso¹³, inteso come «l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal Legislatore». In sostanza, si può configurare un abuso del diritto quando, «nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede»¹⁴. Ne consegue che il *superamento della personalità*

10 Cfr. M. SPIOTTA, *La società unipersonale: una parabola normativa*, Giuffrè, Milano, 2012, in part. pp. 68 ss., 237 ss. e 341 ss., le cui riflessioni sono tuttora valide ancorché sia sopravvenuto il CCII.

11 Cfr. G.B. PORTALE, *Società a responsabilità limitata senza capitale sociale e imprenditore individuale con capitale destinato (Capitale sociale quo vadis?)*, in *Rivista delle società*, 2010, p. 1237 ss. Lo stesso Autore, in passato (G.B. PORTALE, *Capitale sociale e conferimenti nella società per azioni*, in *Rivista delle società*, 1970, p. 33 ss., in part. p. 76 ss.), aveva proposto una tesi che si fondava su un «rapporto di congruità» necessaria anche nel momento iniziale tra capitale sociale e attività programmata nell'atto costitutivo.

12 Così, testualmente M. LIBERTINI, *Abuso del diritto e abuso di posizione dominante*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 3/2018, p. 1 ss., in part. p. 19.

13 Cfr. M. LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello «istituzionalismo debole»*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2014, I, p. 669 ss., in part. p. 678 ss.

14 Così Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro italiano*, 2010, I, c. 85, con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*. L'obiettivizzazione può attuarsi facendo riferimento alla figura amministrativistica dell'eccesso di potere (cfr. F. FIMMANÒ, F. SUCAMELI, *Gli indici formali e legali di "controllo pubblico" e i fatti concludenti dell'abuso di eterodirezione*, in *Rivista Corte Conti*, 2020, n. 4, p. 1 ss.) e alla buona fede oggettiva. Cfr. Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giurisprudenza commerciale*, 1996, II, p. 329 ss., con commento di P.G. JAEGER, C. ANGELICI, A. GAMBINO, R. COSTI, F. CORSI, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, ma anche Cass. 15 giugno 2018, n. 15885, per la quale l'abuso del diritto è «configurabile allorché il titolare di un diritto

giuridica (o, per meglio dire, il superamento della separazione patrimoniale assicurata dalla regola dell'autonomia patrimoniale perfetta) deve essere inteso come un rimedio generale atipico contro l'abuso in senso oggettivo.

In quarto luogo, sempre sul piano concettuale, l'impresa va intesa come attività economica organizzata per poter operare durevolmente nel mercato competitivo. L'impresa è vista, quindi, in termini oggettivi, come entità funzionalmente organizzata per perseguire nel tempo i propri scopi.

Dalle superiori premesse, si possono trarre alcune conseguenze per giungere finalmente alla definizione di abuso da adottare ai fini della presente indagine:

i) è innanzitutto necessario, aderendo ad una concezione oggettiva di abuso, cogliere la finalità per la quale l'ordinamento riconosce la pretesa che viene esercitata in modo abusivo: la previsione per la quale dei debiti sociali risponde solo la società con il proprio patrimonio (artt. 2325, comma 1 e 2462, comma 1, c.c.) è necessaria per assicurare la *limitazione del rischio per i debiti sociali*. Questa disposizione contribuisce ad attrarre investimenti e a favorire – con l'adozione un corretto assetto organizzativo – le scelte strategiche e operative di maggior propensione al rischio da parte degli amministratori;

ii) in secondo luogo, quando si parla di *superamento della personalità giuridica*, di regola si fa riferimento ad un rimedio che consente al creditore sociale di dirigere la propria pretesa (anche) verso un soggetto diverso rispetto all'originario debitore. Si tratta, quindi, di una tecnica che non sposta ma allarga la base patrimoniale su cui il creditore può rifarsi nella responsabilità da debito, prescindendo dalla configurazione di una condotta illecita e, quindi, dalla responsabilità da illecito civile (o da inadempimento).

Alla luce delle considerazioni che precedono si può delineare una *nozione di abuso della separazione patrimoniale* che operi sul piano oggettivo (dell'interesse tutelato e quindi indipendentemente dalle finalità del soggetto che commette l'abuso), che consiste nella alterazione illegittima della funzione dell'autonomia patrimoniale. Ciò avviene quando la costituzione di una s.p.a. o di una s.r.l., con cui si realizza il concorso nel rischio d'impresa da parte dei creditori e degli altri *stakeholders*, non trova giustificazione nell'interesse dell'attività economica di perdurare nel mercato competitivo. In tali casi la

soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie e irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato e ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, e al fine di conseguire risultati diversi e ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà sono attribuiti». Cfr., per una efficace sintesi, M. LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello «istituzionalismo debole»*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2014, I, p. 669 ss., in part. p. 671 ss. V., inoltre, A. ZACCARIA, *La buona fede: da argine all'abuso del diritto a oggetto di un principio abusato*, in *Studium Iuris*, 2019, p. 1 ss.

costituzione di s.r.l. o s.p.a. si risolve *esclusivamente* nella mera preclusione per i terzi di aggredire il patrimonio personale dei soci, senza che a tale limitazione corrisponda un autentico esercizio dell'attività economica o comunque una legittima ripartizione del rischio di impresa.

3. *L'approccio giurisprudenziale al tema del superamento della personalità giuridica.* – Il ricorso da parte della giurisprudenza alla figura del superamento della persona giuridica è storicamente avvenuto in diverse occasioni: dalla costituzione di un gruppo di società per operare un frazionamento del numero dei dipendenti fra più persone giuridiche al fine di non superare determinate soglie quantitative di lavoratori e di continuare ad applicare regole di maggior favore per il licenziamento¹⁵, ai casi di sistematica confusione dei patrimoni della società e del socio¹⁶. Ancora, si è fatto ricorso al superamento della personalità giuridica nel caso della costituzione di una società di capitali per eludere il divieto (legale o pattizio) per il socio di svolgimento di attività in concorrenza¹⁷. La fattispecie di maggior interesse in questa sede è però quella del c.d. socio tiranno che si caratterizza per l'adozione di decisioni «in via esclusiva attraverso gli organi delle società dominate, ed inoltre [per la] creazione di confusione tra i patrimoni del socio dominante e della società dominata», senza che vi sia la spendita del nome del socio (come si avrebbe se tale socio operasse come *holding*)¹⁸. Una figura, quella del c.d. socio tiranno, che la Cassazione

15 Cfr., ad esempio, Cass. 24 marzo 2003, n. 4274, in *Giustizia civile*, 2003, I, p. 1508, ma v. già Cass. 1 aprile 1999, n. 3136, in *Massimario Giurisprudenza del lavoro*, 1999, p. 467, ove si afferma che «il collegamento economico-funzionale tra imprese gestite da società di un medesimo gruppo non comporta il venir meno dell'autonomia delle singole società dotate di personalità giuridica distinta, alle quali continuano a far capo i rapporti di lavoro del personale in servizio presso le distinte e rispettive imprese», ma resta salva «la possibilità di ravvisare un unico centro di imputazione del rapporto di lavoro - anche ai fini della sussistenza o meno del requisito numerico necessario per l'applicabilità della cosiddetta tutela reale del lavoratore licenziato - ogni volta che vi sia una simulazione o una preordinazione in frode alla legge del frazionamento di un'unica attività fra vari soggetti e ciò venga accertato in modo adeguato, attraverso l'esame dell'attività delle singole imprese, da parte del giudice del merito». La decisione è interessante perché il giudice elenca una serie di «requisiti» – su cui non è possibile soffermarsi in questa sede – per poter affermare l'esistenza di un unico rapporto di lavoro pur in presenza di una pluralità di datori di lavoro che integrano un unitario centro di imputazione.

16 Cfr. Trib. Messina, 15 febbraio 1996, in *Giustizia civile*, 1996, I, p. 1799.

17 Cfr. F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, III, Cedam, Padova, 2009, p. 496 ss., da dove è tratta parte della casistica che precede. A tal proposito va ricordata la decisione del Trib. Bologna, 22 giugno 2012, in *Giurisprudenza annotata di diritto industriale*, 2013, 1, p. 572, ove si afferma che «il vincolo di controllo, derivante dalla spettanza ad una società della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea di un'altra società (art. 2359 c.c., comma 1), non determina di per sé la responsabilità della partecipante per le obbligazioni della partecipata, all'uopo occorrendo un *quid pluris*, come quando risulti la mera apparenza o comunque il superamento della distinta soggettività dei due enti, con la sostanziale unicità della conduzione dell'attività imprenditoriale nel suo complesso o dello specifico rapporto produttivo di quelle obbligazioni».

18 Così Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439, nota come *sentenza Caltagirone*, in *Giurisprudenza italiana*, 1990, I, 1, c. 713, con commento di R. WEIGMANN.

ha evocato anche in più recenti decisioni in cui il socio, per usare una nota espressione della dottrina, utilizza la società come «cosa propria»¹⁹. Per i Supremi giudici ricorre infatti il «fenomeno definito dell'abuso di personalità giuridica [quando] alla forma societaria corrisponda una gestione in tutto e per tutto individuale». In questa ipotesi il socio dovrà rispondere «illimitatamente anche con il proprio patrimonio (...) ma la società di capitali resta con tutti i suoi connotati, anche e soprattutto a tutela delle partecipazioni di minoranza non fittizie o fraudolente»²⁰.

La tecnica del superamento della personalità giuridica che fa capo al c.d. socio tiranno ha ricevuto severe critiche in dottrina perché si fonda sul criterio di imputazione sostanziale dell'attività di impresa che, tuttavia, non trova spazio nell'ordinamento italiano²¹.

19 Cfr. W. BIGIAVI, *Società controllata e società adoperata "come cosa propria"*, in *Giurisprudenza italiana*, 1959, I, 1, c. 623. Si tratta, in sostanza, della trasposizione, sul piano societario, della teoria dell'imprenditore occulto elaborata da Walter Bigiavi in molteplici scritti (tra cui: ID., *L'imprenditore occulto*, Cedam, Padova, 1954; ID., *Difesa dell' "Imprenditore occulto"*, Cedam, Padova, 1962.; ID., *Responsabilità del socio tiranno*, in *Foro italiano*, 1960, I, c. 1180; ID., *Fallimento dei soci sovrani, pluralità di imprenditori occulti, confusione di patrimoni*, in *Giurisprudenza italiana*, 1954, I, 2, c. 691; ID., *L'imprenditore occulto nelle società di capitali e il suo fallimento "in estensione"*, in *Giurisprudenza italiana*, 1959, I, 2, c. 149; ID., *Imprese di finanziamento "come surrogati del socio tiranno imprenditore occulto*, in *Giurisprudenza italiana*, 1967, IV, c. 49), poi sviluppata, in particolare, da Antonio Pavone la Rosa (ID., *La teoria dell' "imprenditore occulto" nell'opera di Walter Bigiavi*, in *Rivista di diritto civile*, 1967, I, p. 623 ss.), ma v. anche V. BUONOCORE, *Fallimento e impresa*, Morano, Napoli, 1969. La tesi ha trovato una decisa opposizione già in T. ASCARELLI, *Società di persone tra società; imprenditore occulto; amministratore indiretto; azionista sovrano*, in *Foro italiano*, 1956, I, c. 405; ID., *Ancora sul socio sovrano e sulla partecipazione di una società di capitali ad una società di persone*, in *Foro italiano*, 1957, I, c. 14433. Per una recente ricostruzione delle diverse opinioni e per i riferimenti bibliografici v. G. MARASÀ, *L'imprenditore* (artt. 2082-2083), in *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 211 ss., e N. RONDINONE, *Lo spettro dell'organizzazione in forma di impresa nel libro del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2022, in part. p. 223 ss. Quest'ultimo Autore riprende la tesi del Bigiavi, ma elabora appositi criteri di imputazione dell'attività e dell'organizzazione, giungendo alla conclusione per la quale «i criteri di imputazione dell'attività organizzata conducono, in relazione alla fattispecie dell'imprenditore occulto, alla soluzione per cui la qualità di imprenditore viene imputata tanto al *dominus*, quanto al prestatore. (...) il prestatore rimane l'unico responsabile delle obbligazioni che abbia assunto a suo nome, mentre l'interessato è responsabile di sole tre obbligazioni inerenti all'attività organizzata imputatagli in via riflessa, tutte nei confronti del mandatario: obbligo di corrispondergli il compenso, obbligo di somministrargli o rimborsargli i mezzi necessari, l'obbligo di risarcirgli i danni subiti a causa dell'incarico». Nei confronti dell'imprenditore occulto potrà quindi aprirsi la procedura di liquidazione giudiziaria («in autonomia e non in estensione» se insolvente (ID., op. cit., p. 248). In argomento v. anche E. RICCIARDIELLO, *La crisi dell'impresa di gruppo tra strumenti di prevenzione e di gestione*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 103 ss., ove si affronta il tema del superamento delle teorie tradizionali tendenti ad identificare nella *holding* l'amministratore di fatto o il socio occulto.

20 Così, testualmente, Cass. 25 gennaio 2000, n. 804, in *Società*, 2000, p. 846 ss., con nota di E. CIVERRA, *Può essere superato lo schermo della personalità giuridica?*.

21 Per una ampia spiegazione fondata sul diritto societario e concorsuale italiano v. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 1. Diritto dell'impresa*, a cura di M. Campobasso, Utet, Torino, 2022, p. 88 ss. Cfr., inoltre, E. RICCIARDIELLO, *Gli strumenti di prevenzione della crisi*

Su un piano diverso si colloca un altro strumento elaborato dalla giurisprudenza per reprimere gli abusi: la c.d. *impresa fiancheggiatrice*. Si tratta – diversamente da quanto accade per la super società di fatto su cui si ritornerà *infra* – di una fattispecie di impresa in proprio esercitata dal socio – con la spendita del proprio nome – che opera il sistematico finanziamento di un'altra società, piuttosto che la regolare concessione di garanzie e/o l'ingerenza negli affari sociali fin alla direzione e il coordinamento di fatto di altre imprese.

L'impresa fiancheggiatrice potrà essere assoggettata a procedure concorsuali solo se si dimostra la natura imprenditoriale dell'attività esercitata e lo stato di insolvenza (o la crisi) della stessa. Non si giunge in questo caso, quindi, a forme di estensione dell'altrui procedura concorsuale poiché la «responsabilità patrimoniale [dell'impresa fiancheggiatrice] sarà circoscritta ai debiti derivanti dall'esercizio della propria attività imprenditoriale (...)»²². Questo non esclude che il socio-impresa fiancheggiatrice possa essere considerato una *holding* personale (ossia una persona fisica-*holding*)²³ e, in tale veste, la stessa possa svolgere professionalmente, con stabile organizzazione, l'indirizzo, il controllo e il coordinamento delle società controllate²⁴. La tutela in tal caso avrà solo portata obbligatoria poiché potrà configurarsi «una responsabilità di natura risarcitoria qualora l'attività di direzione e coordinamento, nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui, sia esercitata in violazione dei principi di

dei gruppi tra principi generali e discipline speciali, in *Banca impresa società*, 2018, p. 333 ss., in part. p. 342 ss.

- 22 Così testualmente G. MARASÀ, *L'imprenditore* (artt. 2082-2083), in *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 126 s.
- 23 Cfr. Cass., sez. un., 29 novembre 2006, n. 25275, in *Giustizia civile*, 2007, 4, I, p. 888. Cfr., inoltre, Cass. 6 marzo 2017, n. 5520, in *Giurisprudenza commerciale*, 2018, II, p. 31 ss., con nota di M. PALMIERI, *Il ruolo della persona fisica holding: fra impresa «fiancheggiatrice» e attività di direzione e coordinamento di società* e Corte d'Appello di Bologna, sez. I, 23 maggio 2007, n. 644, in *www.ilcaso.it*. L'ammissibilità della holding persona fisica è testualmente ricavabile dall'art. 2, lett. h, CCII che definisce il «gruppo di imprese» come «l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, esclusi lo Stato e gli enti territoriali, che, ai sensi degli articoli 2497 e 2545septies del codice civile, esercitano o sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica».
- 24 Il caso dell'impresa fiancheggiatrice non ricorre se il socio si limita al mero esercizio delle prerogative di socio, ancorché di maggioranza, ovvero comportandosi come *socio imprenditore*. Su tale figura v. F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 136 ss. e, in part. p. 145, in cui si precisa che va attribuita «la qualità di socio-imprenditore a colui il quale, senza avere la titolarità dell'iniziativa in questione o di altra ad essa coordinata, acquisisca nella concreta organizzazione dei processi informativi e decisionali dell'impresa, un ruolo preponderante, che gli consenta di indirizzare nel senso da esso deciso la vita della società». Sul regime giuridico applicabile in caso di società indipendenti e di società eterodirette l'a., op. cit., p. 189, osserva che, con riguardo alla valutazione della condotta del socio in sede assembleare, si dovrà considerare il parametro non già «della diligenza gestoria, bensì quello della *correttezza endoassociativa* (art. 1175, 1375 c.c.)». V., infine, sul coordinamento tra azioni sociali di responsabilità e azioni risarcitorie individuali, ID., op. cit., p. 331 ss.

corretta gestione societaria e imprenditoriale e sussistano gli altri presupposti richiesti dall'art. 2497, comma 1, c.c.»²⁵.

La tecnica di repressione dell'abuso del dominio societario costituita dalla figura dell'impresa fiancheggiatrice, diversamente dalle altre precedentemente illustrate (e in particolare la fattispecie del socio tiranno²⁶), ha il merito dunque di essere attuativa, non derogatoria, del criterio formale di imputazione dell'impresa.

Infine, la Cassazione, in una recente decisione²⁷, pur non facendo applicazione dell'abuso del diritto (e del superamento della personalità giuridica), seppur implicitamente, delimita l'ambito applicativo dell'istituto. Si afferma infatti che non può essere colpito il patrimonio della società se il socio ha utilizzato la persona giuridica al fine di sottrarre i suoi beni ai creditori personali. Con questa decisione si chiarisce dunque che l'abuso della personalità giuridica opera per offrire tutela solo ai creditori sociali, non ai creditori personali del socio che beneficeranno quindi di una tutela piuttosto limitata. La s.p.a. costituita per conferire i beni originariamente presenti nel patrimonio del socio da sottrarre ai creditori personali dello stesso non potrà, infatti, essere posta nel nulla invocando la simulazione della società, poiché si introdurrebbe, in tal modo, una causa di nullità atipica della società per azioni in contrasto con la tassatività delle ipotesi previste dall'art. 2332 c.c.²⁸. Residua pertanto in capo al creditore particolare del socio l'azione revocatoria ordinaria (art. 2901 c.c.) per ottenere l'inefficacia del conferimento in società²⁹.

25 Così ancora G. MARASÀ, *L'imprenditore* (artt. 2082-2083), in *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 127.

26 Sul confronto tra l'impresa fiancheggiatrice e il socio tiranno v. Cass. 9 agosto 2002, n. 12113, in *Giurisprudenza commerciale*, 2004, II, p. 15.

27 Cfr. Cass., ord., 22 giugno 2022, n. 20181, in *Notariato*, 2022, p. 616, nota di G. COZZI, *Il principio dell'abuso di personalità giuridica è "unilaterale": dai creditori della società verso il socio (e non viceversa)*.

28 Cfr. Cass., ord., 22 giugno 2022, n. 20181, cit., punto 4.5. V., inoltre, Trib. Milano, 6 maggio 2013, n. 6295/2013, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*. In dottrina v. G.B. PORTALE, *La mancata attuazione dei conferimenti in natura*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. Colombo – G.B. Portale, Utet, Torino, 2004, vol. 1***, 573 ss., in part. p. 638, nota 154; M. SCIUTO, *Sub art. 2332 (Nullità della società)*, in *Commentario Romano al Nuovo Diritto delle Società*, II, t. 1, Piccin, Padova, 2010, p. 73 ss., in part. p. 91 ss. Cosa diversa dalla simulazione della società è l'azione diretta ad accertare l'intestazione fittizia delle azioni (o quote), avendo tale azione il fine di far dichiarare socio un soggetto diverso da colui che risulta formalmente titolare delle partecipazioni, impregiudicata la validità e l'esistenza della società. Cfr. G.M. PALMIERI, *Simulazione e nuova disciplina della nullità della s.p.a.*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1991, I, p. 61 ss., in part. p. 98 ss.

29 In questo senso v. G. COZZI, *Il principio dell'abuso di personalità giuridica è "unilaterale": dai creditori della società verso il socio (e non viceversa)*, in *Notariato*, 6/2022, p. 619 ss., in part. p. 620. In giurisprudenza v. Cass. 22 ottobre 2013, n. 23891.

4. *L'approccio della dottrina: a) i rimedi tipici diretti.* – La dottrina giuscommerciale ha catalogato diversi istituti, introdotti dalla riforma del diritto societario del 2003, come utili strumenti per reprimere l'abuso della responsabilità limitata in termini talora assorbenti rispetto alla figura giurisprudenziale del socio tiranno³⁰.

La disciplina di tali fattispecie – che, in questa sede, possono considerarsi come *rimedi tipici diretti* contro l'abuso – offre tutele non coincidenti con la tecnica del superamento della persona giuridica. Se, infatti, quest'ultimo di regola si risolve nella mera estensione della base patrimoniale (che comprenderebbe non solo il patrimonio della società, bensì anche quello del socio che si aggiungerebbe al primo) su cui potrà rifarsi il creditore dell'ente, i rimedi tipici diretti garantiscono – come subito si vedrà – soluzioni applicative diversificate. A questo proposito, di seguito ci si soffermerà, in particolare³¹, su: *i)* l'abusivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, *ii)* la responsabilità dei soci in solido con gli amministratori per aver deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi nella s.r.l. e *iii)* la postergazione dei finanziamenti operati dai soci nella s.r.l.

4.1. *La responsabilità della holding per eterodirezione abusiva.* – L'art. 2497 c.c., per una parte della dottrina³², è diretto a reprimere la condotta abusiva

30 Cfr. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 1. Diritto dell'impresa*, a cura di M. Campobasso, Utet, Torino, 2022, p. 93 s., ove si richiamano i diversi istituti previsti dal diritto italiano per contrastare l'abuso della personalità giuridica (dal divieto di abuso della responsabilità da direzione e coordinamento, all'abusivo finanziamento soci), che, diversamente dalla teoria del socio tiranno, sono coerenti con il criterio formale di imputazione dell'impresa.

31 Nell'ordinamento italiano è possibile individuare diverse tipologie di rimedi (diretti e indiretti) per contrastare l'abuso della separazione patrimoniale mediante l'adozione del modello societario. In relazione al momento e alla portata dei rimedi si possono distinguere (almeno) quattro tipologie di strumenti idonei a prevenire o reprimere gli abusi: *i) generali e preventivi* quali il dovere per le imprese e per le società di dotarsi di assetti amministrativi, organizzativi e contabili adeguati alla natura e alle dimensioni delle stesse (art. 2086 c.c. e art. 3 d.lgs. 14/2019); *ii) generali e successivi* come la responsabilità per illecita attività di direzione e coordinamento (art. 2497 c.c.), nonché la determinazione del danno in capo agli amministratori in caso di illecita prosecuzione dell'attività d'impresa (art. 2486 c.c.); *iii) speciali e preventivi* in cui collocare la solidarietà tra il cedente e il cessionario per i debiti dell'azienda ceduta (art. 2560 c.c.); *iv) speciali e successivi* a cui ricondurre le fattispecie della c.d. super società di fatto, piuttosto che il finanziamento (abusivo) dei soci nella s.r.l. (art. 2467 c.c.).

32 In dottrina v., ad esempio, L. BUTTARO, *Corso di diritto commerciale, I – Premesse storiche e disciplina dell'impresa*, ed. a cura di M. Castellano, F. Vessia, Giappichelli, Torino, 2015, p. 145 s. e, per una diversa opinione, C. ANGELICI, *L'abuso del diritto nel diritto commerciale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 2017, I, p. 365 ss., in part. p. 370 ss. L'abuso della responsabilità limitata resta su un piano distinto rispetto ad altri istituti che pure attengono al non corretto uso del potere di impresa nelle relazioni con altri operatori di mercato. Cfr. P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Giuffrè, Milano, 2006, nonché M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contratto e impresa*, 2013, p. 1 ss., in part. p. 8 ss., il quale contrappone la responsabilità da direzione e coordinamento alla responsabilità per abuso di dipendenza economica e M. LIBERTINI, *Abuso del diritto e abuso di posizione*

del socio. L'art. 2497, comma 1, c.c. prevede che le società e gli enti che esercitano l'attività di direzione e coordinamento su altre società e «agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale» sono «direttamente responsabili» nei confronti dei *soci* e dei *creditori* delle società eterodirette per il pregiudizio arrecato «alla redditività ed al valore della partecipazione sociale» e, rispettivamente, per la «lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società». La legge esclude la responsabilità quando «il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette».

La portata della fattispecie è incerta, così come taluni profili delle conseguenze giuridiche che ne derivano: la natura (contrattuale o extracontrattuale) dell'obbligazione di risarcire il danno e la legittimazione attiva, ma anche la *ratio* del diritto di recesso.

Riguardo il primo versante (la fattispecie) la giurisprudenza di merito ha circoscritto il senso dell'abuso sanzionato dall'art. 2497 c.c., osservando che, ad esempio, è abusiva la «sistematica decisione, assunta dall'assemblea» della controllata, con il voto determinante della controllante, «di non distribuire utili ai soci potendo» la controllante contare sul corrispettivo di un oneroso contratto stipulato con la controllata³³. Non è abusiva, invece, la decisione di ricapitalizzare la sub *holding* anziché direttamente la controllata perché tale scelta rientra tra i poteri di gestione della società controllante³⁴.

Riguardo il secondo versante, una volta accertato l'illecito, sono stanzialmente due le conseguenze che ne possono derivare: il risarcimento del danno e l'esercizio del diritto di recesso. Il primo implica la commissione di un illecito civile³⁵ della cui natura la dottrina ancora dibatte con varietà di posizioni³⁶. Legittimati attivi sono il socio e il creditore sociale che, «se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e

dominante, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 3/2018, p. 1 ss., dove il generale abuso del diritto è distinto dalla fattispecie dell'abuso di posizione dominante.

33 Trib. Milano, 27 febbraio 2019, n. 1958/2019, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

34 Trib. Milano, 9 gennaio 2018, n. 90/2018, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

35 In giurisprudenza si precisa che «la domanda di risarcimento per responsabilità da direzione e coordinamento ai sensi dell'art. 2497 c.c. (...) presuppone, ai termini di legge, che la società esercitante la direzione e coordinamento arrechi un pregiudizio al patrimonio della società eterodiretta con ciò cagionando un danno (indiretto) al creditore» (o al socio). Così Trib. Milano 9 gennaio 2023, n. 116/2023, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

36 Non è possibile, in questa sede, illustrare le diverse posizioni che si sono affermate in dottrina. Ci si limita pertanto a rinviare a V. CARIELLO, *Direzione e coordinamento di società e responsabilità: spunti interpretativi iniziali per una riflessione generale*, in *Rivista delle Società*, 2004, p. 1244; R. SACCHI, *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2003, I, p. 668; U. TOMBARI, *Disciplina del gruppo di imprese e riflessi sulle procedure concorsuali*, in *Il Fallimento*, 2004, p. 1166; F. GALGANO, *I gruppi nella riforma delle società*, in *Contratto e Impresa*, 2002, p. 1037.

coordinamento»³⁷, possono agire direttamente contro la *holding* per ottenere il risarcimento del danno «per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società» (art. 2497, comma 3, c.c.)³⁸. Resta controversa la legittimazione attiva della società eterodiretta danneggiata dalla condotta della *holding*³⁹.

Inoltre, il socio della società eterodiretta, quando a suo favore sia stata pronunciata con decisione esecutiva la condanna della *holding* ai sensi dell'articolo 2497 c.c., ha il diritto di recesso «per l'intera partecipazione» (art. 2497*quater*, lett. b, c.c.)⁴⁰.

La fattispecie dell'abuso di direzione e coordinamento e le tutele ad essa ricollegate si pongono evidentemente su un piano diverso rispetto al rimedio del superamento della personalità giuridica, garantendo il rispetto del criterio formale di imputazione dell'attività di impresa. In nessun caso, infatti, il socio potrà essere chiamato a rispondere dei debiti assunti dall'impresa esercitata in forma di s.p.a. o di s.r.l. Rimane fermo, dunque, il principio per il quale la società è l'unica obbligata per il pagamento dei debiti sociali assunti dalla stessa (artt. 2325 c.c. e 2462 c.c.), ma ciò non esclude l'imputabilità, a carico del socio

37 Cfr. Trib. Milano, 17 giugno 2011, in *Giurisprudenza commerciale*, 2013, II, p. 507, per il quale «né la messa in mora né la preventiva escussione della società controllata costituiscono condizioni dell'azione e di proponibilità della domanda volta a far valere la responsabilità dell'ente capogruppo per violazione dei principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale nell'attività di direzione e coordinamento verso i soci e i creditori della società controllata». Più recentemente la giurisprudenza ha attribuito alla disposizione la funzione di inibire al socio o al creditore sociale, le cui ragioni siano state eventualmente soddisfatte dalla società 'figlia', di agire nei confronti della capogruppo (Cass. 5 dicembre 2017, n. 29139).

38 Sulla determinazione del pregiudizio v. Trib. Milano, 8 novembre 2022, n. 8737/2022, in www.giurisprudenzadelleimprese.it. Sulla natura giuridica dell'azione risarcitoria v., anche per riferimenti ulteriori, D. GALLETI, *Questioni in materia di abuso dell'attività di direzione e coordinamento: legittimazione della curatela e prescrizioni dell'azione* (nota a Trib. Catania, 24 gennaio 2023), in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2023, II, p. 733 ss. Cfr. anche F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 145, il quale sottolinea che «la disposizione dell'art. 2497 c.c. non presenta carattere di eccezionalità dal punto di vista del *fondamento*, giacché risponde all'esigenza, propria del diritto comune, di assicurare piena ed effettiva tutela a tutti gli interessati sociali posti a repentaglio dalle esplicazioni illecite e/o abusive del processo decisionale organizzato. La deroga alla disciplina societaria si coglie piuttosto sotto il profilo del *meccanismo di reintegrazione* del danno (e, conseguentemente, della legittimazione attiva e passiva all'azione di responsabilità (...))».

39 Sulla legittimazione all'azione da parte della società eterodiretta v. R. PENNISI, *La legittimazione della società diretta all'azione di responsabilità per abuso di attività di direzione e coordinamento*, in *Rivista di diritto societario - RDS*, 2014, p. 195 ss. In giurisprudenza si sta facendo strada l'ipotesi che la pretesa della società eterodiretta contro la controllante sia da ricondurre agli «da altri atti o fatti» quali fonti delle obbligazioni ex art. 1173 c.c. (cfr. Trib. imprese Milano, 26 febbraio 2016, in *Società*, 2016, p. 1360; v., inoltre, Id., 21 luglio 2020, n. 4469/2020 e Id., 15 febbraio 2022, n. 1372/2022, in www.giurisprudenzadelleimprese.it).

40 Per il punto della dottrina su tale fattispecie di recesso v. ora N. RONDINONE, *I gruppi fra diritto societario e diritto dell'impresa*, Pacini Giuridica, Pisa, 2023, p. 91 s.

e, più in generale ed in solido con il socio, di chi abbia «abbia preso parte al fatto lesivo» (art. 2497, comma 2, c.c.)⁴¹ di un'autonoma responsabilità da fatto illecito.

4.2. *La responsabilità dei soci di s.r.l. in solido con gli amministratori per aver deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi.* – L'art. 2476, comma 8, c.c. prevede, per i soci di s.r.l., la responsabilità solidale con gli amministratori per aver «intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi»⁴². Tale fattispecie, ancorché sia stata catalogata tra le regole dirette a reprimere l'abuso⁴³, si distingue dalla figura precedentemente esaminata dell'abuso da direzione e coordinamento. Infatti, l'art. 2476, comma 8, c.c., «presuppone, oltre al danno diretto al patrimonio del terzo, anche il compimento da parte dell'amministratore di un atto illecito nell'esercizio del suo ufficio», mentre l'art. 2497 c.c. implica «che la società esercitante la direzione e coordinamento arrechi un pregiudizio al patrimonio della società eterodiretta con ciò cagionando un danno (indiretto) al creditore»⁴⁴ o al socio.

Peraltro, la fattispecie di cui all'art. 2476, comma 8, c.c., che opera anche in sede di liquidazione della società⁴⁵, si spiega nella particolare fisionomia che assume il socio nella s.r.l.⁴⁶ Inoltre, la stessa si distingue dalla

41 Sulla responsabilità di chi abbia fornito un contributo causalmente rilevante alla commissione dell'abusiva direzione e coordinamento v. L. BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva" ex artt. 2497, 2° co., c.c.*, Giuffrè, Milano, 2012, spec. p. 48 ss., nonché A. VALZER, *Le responsabilità da direzione e coordinamento di società*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 87 ss. e F. GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 143 ss.

42 È sufficiente, per la giurisprudenza, che vi sia la consapevolezza dell'atto e della sua antigiusuridicità; la consapevolezza può coincidere con la mera conoscenza o la esigibile conoscibilità dell'antigiuridicità del comportamento. Cfr. Trib. Roma, sez. III, 1 giugno 2016, in www.dejure.it.

43 Cfr. L. BUTTARO, *Corso di diritto commerciale, I – Premesse storiche e disciplina dell'impresa*, ed. a cura di M. Castellano, F. Vessia, Giappichelli, Torino, 2015, p. 145 s. Più in generale sulla responsabilità del socio nella s.r.l. nell'ambito delle regole di eterogestione della società v. M. RESCIGNO, *La responsabilità gestoria: profili generali*, in AA.Vv., *La società a responsabilità limitata*, a cura di C. Ibba, G. Marasà, tomo II, Giuffrè, Milano, 2020, p. 1765 ss., in part. p. 1796 ss., ove riferimenti alle diverse opinioni, nonché M. CALLEGARI, *Il diritto di immistione del socio di s.r.l.*, in AA.Vv., *La società a responsabilità limitata: un modello transipico alla prova del Codice della Crisi. Studi in onore di Oreste Cagnasso*, a cura di M. Irrera, Giappichelli, Torino, 2020, p. 971 ss.; P. BENAZZO, *Il controllo nelle società di capitali fra diritto 'comune' e codice della crisi d'impresa*, in *Rivista delle società*, 2020, p. 1551 ss. e R. SANTAGATA, *Aspetti organizzativi adeguati e diritti particolari di «ingerenza gestoria» dei soci*, in *Rivista delle società*, 2020, p. 1453 ss., ove richiami.

44 Trib. Milano 9 gennaio 2023, n. 116/2023, in www.giurisprudenzadelleimprese.it. Sul concorso formale di norme contenute negli artt. 2497 c.c. e 2476, comma 8, c.c. v. N. RONDINONE, *I gruppi fra diritto societario e diritto dell'impresa*, Pacini Giuridica, Pisa, 2023, p. 103.

45 Trib. Torino, 7 marzo 2023, in <https://www.altalex.com/documents/2023/08/23/condotte-illegittime-liquidatore-srl-responsabili-solido-soci>.

46 Cfr. M. STELLA RICHTER JR, *Profilo storico*, in AA.Vv., *La società a responsabilità limitata*,

igura dell'amministratore di fatto⁴⁷, poiché la responsabilità dei soci *ex art.* 2476, comma 8, c.c. prescinde «dal conferimento statutario allo stesso del potere gestionale, pure previsto dagli artt. 2475 e 2479 c.c., e non è richiesta la continuità e la sistematicità dell'ingerenza»⁴⁸.

In conclusione, anche nell'ipotesi prevista dall'art. 2476, comma 8, c.c. l'abuso del socio non trova sanzione ricorrendo al superamento della persona giuridica, bensì sul piano del risarcimento del danno in concorso nell'illecito degli amministratori⁴⁹. Anche in tal caso non vi è dunque una violazione del criterio formale di imputazione dell'attività di impresa.

4.3. *La postergazione dei finanziamenti operati dai soci nella s.r.l.* – Altro strumento che la dottrina pure riconduce alla repressione dell'abuso⁵⁰,

a cura di C. Ibba, G. Marasà, tomo I, Giuffrè, Milano, 2020, p. 1 ss., nonché A.D. SCANO, *Il "tipo"*, ivi, p. 31 ss. Peraltro non è mancato in dottrina chi ha ritenuto, a certe condizioni, che la disposizione sia applicabile anche al socio di s.p.a. Cfr. V. MELI, *La responsabilità dei soci nelle s.r.l.*, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadesse, G.B. Portale, III, Utet, Torino, 2006, p. 684.

47 Cfr. N. ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Giuffrè, Milano, 1998.

48 Così, testualmente, Trib. Tivoli, 5 maggio 2020, n. 677, ma v. anche Trib. Roma, 1 giugno 2016, in *www.dejure.it*. Per il Trib. Roma, 5 febbraio 2021 (ma v. anche Trib. Roma, 31 gennaio 2021), in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*, «ai fini della responsabilità del socio di s.r.l., *ex art.* 2476, co. 8, c.c., vengono in rilievo tanto gli atti autorizzati o decisi, nell'ambito dei poteri attribuiti al socio dalla legge o dallo statuto, quanto l'impulso all'attività gestoria offerto a livello decisionale, sia pure al di fuori di formali procedimenti di decisione e/o autorizzazione: rientrano nel perimetro della norma anche le ipotesi in cui il socio, pur non esercitando in modo esclusivo, continuativamente od occasionalmente, poteri tipici degli amministratori, orienti di fatto l'attività di questi ultimi, inducendoli al compimento di atti dannosi. Pertanto, risponde ai sensi dell'art. 2476, co. 8, c.c., il socio che, pur non essendo investito della facoltà di interferire sull'operato degli amministratori, adotti comportamenti rientranti nelle facoltà gestorie». V., inoltre, per la distinzione rispetto all'attività di direzione e coordinamento (e questa dal mero controllo), Trib. Napoli, 26 settembre 2022, n. 8387/2022, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*. In ogni caso, va precisato che, per la giurisprudenza di merito (v. Trib. Catanzaro, 23 giugno 2023, n. 1041/2023, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*), mentre è certamente ammissibile, nelle società di capitali, la figura dell'amministratore di fatto «non sembra possa trovare spazio la figura del socio occulto o del socio di fatto all'interno di una società regolare di capitali in cui la valida e legittima acquisizione di tali qualità soggettive è (...) subordinata a formalità e attività non surrogabili con *facta concludentia*».

49 Cfr. O. CAGNASSO, *Profili di responsabilità del socio gestore di fatto della s.r.l.*, in *Giurisprudenza italiana*, 2023, p. 2661 ss.

50 Cfr. L. BUTTARO, *Corso di diritto commerciale, I – Premesse storiche e disciplina dell'impresa*, ed. a cura di M. Castellano, F. Vessia, Giappichelli, Torino, 2015, p. 145 s. V., inoltre, il fondamentale saggio di G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Rivista delle società*, 1991, p. 3 ss., il quale, dopo aver analizzato – in termini comparatistici – il quadro giuridico europeo sulla disciplina della sottocapitalizzazione nominale e materiale (p. 29 ss.), si sofferma sulla disciplina societaria (p. 45 ss.) e sull'autonomia contrattuale di diritto italiano (p. 70 ss.), rilevando che la questione della sottocapitalizzazione «deve essere vista, come problema di responsabilità dei soci in quanto tali, a prescindere, pertanto, dal concorso di altri possibili fenomeni patologici, alteranti la struttura della società (ad es.: forme di "tirannia" da parte dei soci di "confusione" o di "osmosi" tra patrimonio della società e quello dei soci): non a torto di conseguenza è stato scritto che il richiedere la presenza di altre

è la disciplina della postergazione dei finanziamenti effettuati dai soci, «in qualsiasi forma» concessi⁵¹, a favore della società «in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento» (art. 2467, comma 2, c.c.)⁵². La fattispecie è espressamente prevista nella s.r.l., ma anche nei gruppi di società *ex art. 2497quinquies* c.c. (a prescindere dalla forma giuridica adottata dalle società aderenti al gruppo)⁵³ e, secondo la giurisprudenza è configurabile, a certe condizioni, anche nella s.p.a.⁵⁴

Sul piano dei rimedi, prescindendo da quelli che operano in ordine alla validità dell'atto⁵⁵, si afferma la *inesigibilità del credito postergabile* fintanto

circostanze (e ciò ancora accade) rappresenta molte volte la “foglia di fico” che nasconde la repressione della sottocapitalizzazione materiale». Alla luce di tale conclusione l'a. ritiene che debba essere superata l'opinione per la quale la responsabilità per la sottocapitalizzazione debba essere propria dei soli amministratori giungendo addirittura a considerare tutti o alcuni dei soci quali amministratori di fatto (su tale figura cfr. N. ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Giuffrè, Milano, 1998), essendo piuttosto necessario trovare un fondamento diverso per configurare una responsabilità dei soci per sottocapitalizzazione (pp. 84 -87). Fondamento che viene trovato nella tesi che «riconde la responsabilità da sottocapitalizzazione manifesta alla responsabilità da fatto illecito» (p. 88). Soluzione che, tuttavia, non soddisfa sul piano pratico (p. 93 ss.), rispetto alle tesi che si rifanno all'abuso e al superamento della personalità giuridica. In caso di sottocapitalizzazione formale la soluzione più diffusa a livello comparatistico – conclude l'Autore – è quella non già della illimitata responsabilità dei soci, quanto piuttosto quella della postergazione del credito (p. 108 ss.).

- 51 La formula particolarmente ampia «in qualsiasi forma effettuati», consente di ricondurre alla fattispecie dell'art. 2467 c.c. anche il caso del pagamento da parte di un socio di un debito della società (v. Cass. 31 luglio 2019, n. 20649 e Trib. Milano, 15 dicembre 2021, n. 10406/2021, in www.giurisprudenzadelleimprese.it). Cfr., per alcuni esempi di operazioni che possono essere ricondotti ai “finanziamenti”, G.B. PORTALE, *I “finanziamenti” dei soci nelle società di capitali*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2003, I, p. 663 ss., in part. p. 680.
- 52 Cfr., tra i molti, M. MAUGERI, *Sottocapitalizzazione della s.r.l. e «ragionevolezza» del finanziamento soci*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2016, I, p. 169 ss.; F. BRIOLINI, *I finanziamenti dei soci*, in AA.Vv., *La società a responsabilità limitata*, a cura di C. Ibba, G. Marasà, tomo II, Giuffrè, Milano, 2020, p. 1161 ss. e già G.B. PORTALE, *I “finanziamenti” dei soci nelle società di capitali*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2003, I, p. 663 ss.
- 53 Sulla *ratio* della disposizione v., anche per i riferimenti, N. RONDINONE, *I gruppi fra diritto societario e diritto dell'impresa*, Pacini Giuridica, Pisa, 2023, p. 153 ss., per il quale lo «scopo della norma appare (...) quello di disincentivare la frequente prassi per cui nel gruppo la *holding* di vertice o la società addetta alla tesoreria di gruppo procurano finanziamenti (non imputati a capitale) a società figlie che rimangono sottocapitalizzate». Con riguardo al tema del finanziamento infragruppo occorre tener conto dell'art. 292, comma 1, CCII che ha introdotto una specifica disciplina (anche quando i finanziamenti sono erogati dalla persona fisica *holding*) dopo l'apertura della liquidazione giudiziale o nell'anno anteriore.
- 54 Cfr. Cass. 7 luglio 2015, n. 14056, in *Società*, 2015, p. 1169 ss. e Cass. 20 giugno 2018, n. 16291, in *Foro italiano*, 2018, I, c. 2750.
- 55 Per la giurisprudenza, l'errata appostazione in bilancio del finanziamento/apporto in violazione della causa del contratto porta la nullità del bilancio per cui la delibera di approvazione dello stesso sarà impugnabile da chiunque abbia interesse. Cfr. Corte Appello Brescia, 15 novembre 2022, n. 1372/2022, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

che non siano stati soddisfatti i creditori sociali non soci⁵⁶: il rimborso del finanziamento da postergare è considerato quindi un indebito oggettivo⁵⁷. Tale disposizione regola qualsiasi apporto di risorse con obbligo di restituzione⁵⁸ e trova applicazione anche *durante societate*, a prescindere cioè dalla liquidazione della società, secondo una visione sostanziale piuttosto che meramente processuale della fattispecie⁵⁹.

Inoltre, sono considerati responsabili civilmente (con obbligo di risarcimento dei danni) gli amministratori che, in violazione del divieto di restituzione del finanziamento ai sensi dell'art. 2467 c.c., rimborsino i soci prima dei creditori non soci⁶⁰. La responsabilità si estende anche agli amministratori non esecutivi che devono agire in modo informato⁶¹, mentre dovranno considerarsi «privi di effetto rispetto ai creditori i rimborsi dei finanziamenti dei soci a favore della società se sono stati eseguiti dal debitore dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della procedura concorsuale o nell'anno anteriore (...)» (art. 164, comma 2, CCII).

La responsabilità si estende (anche) ai soci che abbiano distratto a proprio favore, in assenza dei presupposti di legge, il corrispettivo incassato per la cessione di un bene aziendale, ritenendo illegittimamente che ciò costituisca la restituzione di precedenti corresponsioni in favore della società⁶².

Anche nel caso di abusivo finanziamento da parte dei soci, le tutele operano dunque su piani diversi dal superamento della persona giuridica e dell'estensione della responsabilità da debito.

56 Cfr. Trib. Milano, 9 maggio 2022, n. 4010/2022, in www.giurisprudenzadelleimprese.it. Inesigibilità che, quindi, da un lato, lascia intatti i diritti dei creditori nei confronti di eventuali coobbligati, obbligati in via di regresso o fideiussori del debitore e, dall'altro, consente di ipotizzare la persistenza di una obbligazione naturale in capo al debitore per il pagamento del debito.

57 Cfr. Trib. Milano, 14 novembre 2019, in *Banca borsa titoli di credito*, 2021, II, p. 103.

58 Cfr. Trib. Roma, 26 gennaio 2023, n. 1295/2023, in www.giurisprudenzadelleimprese.it, ove anche la distinzione tra "finanziamento" e apporti iscritti nell'apposita riserva "in conto capitale". La formula particolarmente ampia "in qualsiasi forma effettuati", consente di ricondurre alla fattispecie dell'art. 2467 c.c. anche il caso del pagamento da parte di un socio di un debito della società (v. Cass. 31 luglio 2019, n. 20649 e Trib. Milano, 15 dicembre 2021, n. 10406/2021, in www.giurisprudenzadelleimprese.it).

59 Cfr. Cass. 15 maggio 2019, n. 12994, in *Foro italiano*, 2019, I, c. 2315 e, più recentemente e in senso conforme, Cass., ord., 20 agosto 2020, n. 17421, in *Giurisprudenza italiana*, 2021, p. 1135, con nota di E. FREGONARA, *I finanziamenti dei soci: valutazione del presupposto e natura della postergazione*. In dottrina per la ricostruzione e l'analisi critica del dibattito v. M. FABIANI, *La regola della par condicio creditorum all'esterno di una procedura di concorso*, in *Fallimento*, 2020, p. 333 ss., in part. p. 329 ss., ma v. anche D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 128 ss.

60 Con riferimento all'indebita restituzione di un finanziamento infragruppo v. Trib. Napoli, 29 dicembre 2021, n. 10393/2021, ed inoltre Trib. Milano, 17 marzo 2022, n. 2387/2022 e Trib. Genova, 29 luglio 2022, n. 1907/2022, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

61 Cfr. Trib. Bologna, 1 febbraio 2023, n. 165/2023, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

62 Cfr. Trib. Roma, sez. III, 1 giugno 2016, in www.dejure.it.

In conclusione, i rimedi tipici diretti qui ricordati – che la dottrina riconduce a diverse fattispecie di abuso della responsabilità limitata – sono coerenti con il criterio formale di imputazione dell’attività di impresa e non introducono forme di estensione della base patrimoniale su cui il creditore sociale potrebbe soddisfare la sua pretesa, come accadrebbe se si invocasse il superamento della persona giuridica. Anzi, i rimedi operano principalmente su tutt’altro piano: dalla responsabilità civile all’indebitato.

5. b) *i rimedi tipici indiretti*. – Oltre ai rimedi tipici diretti ora analizzati, la legge prevede altri istituti che – pur non essendo immediatamente finalizzati a contrastare condotte abusive – si prestano ad essere interpretati come forme di tutela contro l’abuso (i c.d. rimedi tipici indiretti). In questa sede ci si soffermerà su due discipline: le conseguenze per gli amministratori in caso di illecita prosecuzione dell’attività d’impresa (art. 2486 c.c.) e la c.d. super società di fatto.

5.1. *L’illecita prosecuzione dell’attività d’impresa e la determinazione del danno (art. 2486, comma 3, c.c.)*. – L’art. 2486, comma 3, c.c. è stato introdotto dal d. lgs. 14/2019 per sanzionare, in via risarcitoria, la condotta degli amministratori che abbiano proseguito l’attività di impresa anche dopo il verificarsi di una causa di scioglimento della società. In questo caso la determinazione del danno, salva «la prova di un diverso ammontare», si presume secondo due modalità: una di carattere generale e l’altra di carattere speciale. La prima è data dalla «differenza tra il patrimonio netto alla data in cui l’amministratore è cessato dalla carica (...) e il patrimonio netto determinato alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento (...)». La seconda, più rilevante ai nostri fini, ricorre se, una volta aperta una procedura concorsuale, «mancano le scritture contabili o se a causa dell’irregolarità delle stesse o per altre ragioni i netti patrimoniali non possono essere determinati»: in tal caso il danno è liquidato in misura pari alla «differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura». La regolare tenuta delle scritture contabili è un *obbligo specifico a carico degli amministratori* e la loro mancanza, pur non essendo necessariamente foriera di danno⁶³, potrebbe rendere assai più complesso per i creditori dimostrare l’ammontare del danno imputabile agli amministratori. In altre parole, le scritture contabili non sono necessarie per fornire la prova del

63 Cfr. Trib. Milano, 28 luglio 2022, n. 6664/2022, in www.giurisprudenzadelleimprese.it, ove si rileva che «l’irregolare e anche disordinata tenuta della contabilità integra senz’altro una violazione dei doveri dell’amministratore (art. 2219 c.c.), sebbene risulti solo potenzialmente, ma non necessariamente, foriera di danno per la società». Ciò non esclude che l’irregolarità contabile sia almeno una concausa del dissesto. Come ricorda P. MONTALENTI, commento a Cass. 9100/2015, in *Giurisprudenza commerciale*, 2015, II, p. 671, si può ipotizzare il caso di «bilanci falsi presentati alla banca per ottenere ulteriori finanziamenti (...)».

danno al patrimonio sociale⁶⁴, ma l'irregolare o la mancata tenuta delle stesse potrebbe «occultare pregresse operazioni illecite ovvero (...) celare la causa di scioglimento prevista dall'art. 2484 n. 4 c.c.»⁶⁵.

In dottrina si è spiegata la seconda fattispecie prevista dall'art. 2486, comma 3, c.c. in termini di mera applicazione del criterio dell'equità ma anche, approfittando di alcune aperture della Cassazione, di «danni punitivi»⁶⁶.

Si può tuttavia ipotizzare che le disposizioni ora ricordate possano essere interpretate anche come rimedio contro l'abuso della separazione patrimoniale. Se così fosse, la disciplina in questione potrebbe trovare applicazione anche a prescindere dall'apertura di una procedura concorsuale. In particolare, si potrebbe affermare che gli amministratori rispondono dei debiti sociali quando l'abusiva continuazione dell'attività di impresa pregiudica la realizzazione della corretta ripartizione del rischio d'impresa tra società e creditori sociali a causa del ritardato avvio di una gestione in funzione conservativa del patrimonio sociale la cui consistenza non può essere determinata per fatto imputabile agli amministratori. Per verificare la fondatezza di tali ipotesi interpretativa occorre muovere dalla considerazione per la quale l'applicazione della disposizione realizza un collegamento, a prima vista, alquanto singolare: l'art. 2486, comma 3, c.c. come conseguenza della violazione di un obbligo di fare specifico in capo

64 Il tema è stato al centro del dibattito giurisprudenziale chiuso con Cass. sez. un., 6 maggio 2015, n. 9100, cit.

65 Così, ancora Trib. Milano, 28 luglio 2022, n. 6664/2022, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*.

66 Cass., sez. un., 6 maggio 2015, n. 9100, pubblicata, tra l'altro, in *Giurisprudenza commerciale*, 2015, II, p. 643, con nota di G. CABRAS, S. FORTUNATO, A. JORIO, P. MONTALENTI, M. CIAN, A. BASSI, D. GALLETTI, G. RACUGNO, R. SACCHI, *Differenza tra attivo e passivo e quantificazione del danno nelle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori*, non considera incompatibile con l'ordinamento italiano la funzione sanzionatoria del risarcimento del danno in caso di mancata tenuta delle scritture contabili. Successivamente v. Cass., ord., 16 maggio 2016, n. 9978, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, p. 1854 ss., con nota di A. DI MAJO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile. Contro la configurabilità dei danni punitivi nel caso dell'art. 2486 c.c.* (seguita dalla nota Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601). In dottrina v. N. ABRIANI, A. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Società*, 2019, p. 393 ss., nonché D. GALLETTI, *Le politiche di gestione del rischio*, ESI, Napoli, 2021, p. 221 ss., ove si esprime apprezzamento per la soluzione introdotta dal legislatore, considerandola coerente con: *i*) la configurazione dell'illecito come indebita prosecuzione dell'attività; *ii*) la concezione della gestione dell'impresa come attività e non come singoli atti; *iii*) l'idea che, persa la continuità aziendale, la cornice funzionale non è più quella della ordinaria vita della società in cui vi è la «massima libertà degli amministratori, attraverso il processo di pianificazione strategica, senza il quale l'organizzazione non può essere considerata "adeguata" (arg. ex art. 2381 c.c.)» (p. 223); *iv*) un meccanismo presuntivo (è fatta salva la prova contraria) che «resta concluso nell'ambito della liquidazione "equitativa"» (p. 227); *v*) un meccanismo diretto a «sganciare consapevolmente l'area della risarcibilità da quella della rimproverabilità, con il fine non tanto sanzionatorio, quanto di rendere l'entità del risarcimento prevedibile *ex ante*; e ciò (...) anche (e soprattutto) a beneficio delle opzioni transattive, anche alternative e preventive del giudizio, e della stessa calcolabilità dei premi assicurativi» (p. 231).

agli amministratori (la tenuta delle scritture contabili), seppur in via residuale, fa scattare il risarcimento del danno utilizzando come criterio per quantificarne l'ammontare la misura del passivo non coperto dall'attivo della società debitrice.

Come ha osservato la giurisprudenza, «il danno risarcibile è rappresentato non necessariamente dalla “misura dell'inadempimento all'obbligo formale”, quanto piuttosto dagli effetti patrimoniali delle condotte che con quegli inadempimenti si sono occultate o che grazie ad essi sono state consentite»⁶⁷. Gli amministratori potranno pertanto esonerarsi da responsabilità (per i debiti della società) dando prova contraria che le operazioni compiute (che attengono ai doveri degli amministratori, non al pagamento da parte della società dei propri debiti) non siano state illecite o comunque che tali operazioni siano a loro non imputabili. La particolarità della soluzione normativa emerge anche dalla giurisprudenza della Cassazione la quale rileva che nella s.r.l. (come anche nella s.p.a.) la «responsabilità degli amministratori verso il creditore [sociale] leso dal compimento da parte di costoro di atti gestori non funzionali alla conservazione del patrimonio sociale dopo il verificarsi della causa di scioglimento di cui all'art. 2484, primo comma, n. 4), cod. civ.», trova per intero la propria disciplina nel successivo art. 2486 c.c., che ha «natura extracontrattuale ma non può perciò solo essere ricondotta allo schema generale dell'art. 2043 cod. civ. in quanto - agendo gli amministratori nel compimento di tali operazioni non in proprio ma pur sempre in qualità di organi investiti della rappresentanza della società - non si verte in tema di “fatto illecito” nel senso voluto dal citato art. 2043»⁶⁸.

Si può concludere quindi nel senso che l'abusivo utilizzo della società di capitali che pregiudichi i creditori sociali impedendo a questi di ricostruire il patrimonio della società debitrice consenta di rifarsi direttamente sul patrimonio personale dei gestori (ivi compresi probabilmente gli amministratori di fatto).

67 Cass., sez. un., 6 maggio 2015, n. 9100, cit., massima ufficiale. V., inoltre, Cass. 15 luglio 2022, n. 152, in *Giurisprudenza commerciale*, 2023, II, p. 842 ss., con nota di S. BALLEARI, *Il criterio del deficit fallimentare nella giurisprudenza della Suprema Corte*. La giurisprudenza di merito più recente che fa applicazione dell'art. 2486 c.c. rileva, sulla scorta dell'insegnamento delle Sezioni Unite della Cassazione, che per affermarsi la responsabilità risarcitoria «non è sufficiente affermare il difetto della regolare tenuta della contabilità, essendo sempre necessario che sia allegato un inadempimento da rendere plausibile il verificarsi di un danno che abbia le caratteristiche del dissesto economico e patrimoniale della società la cui ricostruzione non sia resa possibile proprio dal difetto delle scritture contabili». Così Trib. Venezia, 26 aprile 2023, ord., nel procedimento RG n. 10040/2022, in www.giurisprudenzadelleimprese.it, che indica quali possibili condotte illecite il «soddisfacimento di debiti altrui senza giustificazione, ovvero i prelevamenti e pagamenti non giustificati, la sottrazione della cassa e di cespiti, la cessione di beni strumentali a prezzo incongruo per difetto, ovvero ancora l'assunzione di obbligazioni corrispettive incongrue per eccesso». V., inoltre, Trib. Firenze, 20 marzo 2023, n. 846/2023, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

68 Così Cass. 8 marzo 2023, n. 6893, in www.dirittodellacrisi.it.

5.2. *La c.d. super società di fatto.* – La «super società di fatto» è una società di fatto i cui soci (illimitatamente responsabili) sono persone fisiche o giuridiche (quindi anche società di capitali) ai quali si *estende* la liquidazione giudiziale aperta nei confronti della società di fatto (che, in concreto, è una società occulta). La società di fatto si pone, quindi, su un piano diverso rispetto all'attività di direzione e coordinamento, tant'è che la stessa ricorre solo se le singole società di capitali socie perseguono un interesse comune⁶⁹. Se, invece, le società socie perseguono l'interesse di persone fisiche che ne hanno, anche solo di fatto, il controllo si configura in capo a dette persone fisiche una *holding* di fatto, nei confronti della quale sarà possibile agire solo in via risarcitoria ai sensi dell'art. 2497 c.c. Ne consegue che la *holding* di fatto, se insolvente, sarà autonomamente soggetta a liquidazione giudiziale⁷⁰.

La legittimità della *super società di fatto* era molto discussa specie se socia della società di fatto fosse stata una s.p.a. La riforma delle società di capitali del 2003 aveva espressamente ammesso infatti la partecipazione di s.p.a. – con una disciplina che, secondo la dottrina, è estensibile anche alle s.r.l.⁷¹ – in società di persone richiedendo, tuttavia, l'autorizzazione da parte dell'assemblea (art. 2361, comma 2, c.c.) e l'adeguata informazione in nota integrativa (art. 2427, n. c.c.)⁷². Rimaneva assai discusso se potesse ammettersi una società di fatto tra società di capitali, ossia se potesse configurarsi la partecipazione di società di capitali in società di persone senza la previa delibera assembleare⁷³.

69 Cfr. Cass. 22 febbraio 2023, n. 5458, punti 3.2 e 3.3.

70 Cfr. Cass. 13 febbraio 2023, n. 4398, in *Foro italiano*, 2023, 4, I, c. 1168. Per una critica al criterio di demarcazione tra le due fattispecie degli artt. 2497 e 2476, comma 8, c.c. cfr. N. RONDINONE, *I gruppi fra diritto societario e diritto dell'impresa*, Pacini Giuridica, Pisa, 2023, p. 182.

71 Cfr. A. BARTALENA, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in AA.Vv., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, I, Utet, Torino, 2006, p. 91 ss. *Contra* F. FIMMANÒ, *La vera ragione dell'eccezionalità dell'art. 147, comma 5, legge fallim.: l'invulnerabilità della persona giuridica*, in *Diritto Fallimentare*, 2017, II, p. 576 ss., in part., p. 581.

72 Sulla sede ove dare informazione della partecipazione in nota integrativa cfr., con diversità di vedute, G. COTTINO, R. WEIGMANN, *Le società di persone*, in AA.Vv., *Società di persone e consorzi*, in *Trattato di diritto commerciale*, a cura di G. Cottino, M. Sarale, R. Weigmann, Cedam, Padova, 2004, p. 93 ss.; L. QUATTROCCHIO, *La novità in tema di bilancio di esercizio*, in *Società*, 2003, p. 161. Sul contenuto dell'informazione da dare in nota integrativa v. F. VESSIA, *Sub art. 2427, in Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di P. Perlingieri, ESI, Napoli, 2010, p. 1829 ss.

73 Ad esempio F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, III, Cedam, Padova, 2009, p. 496, osserva che «una società di fatto fra società di capitali da desumere dal comportamento concludente degli organi di queste, è in radice inammissibile». Cfr. altresì D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Il Mulino, Bologna, 2023, p. 364, per il quale la «tecnica della supersocietà di fatto fra o con società di capitali si scontra con un ostacolo insuperabile, quello rappresentato dalla previsione dell'art. 2361, co. 2 c.c. (...)». In argomento v. anche U. TOMBARI, *La partecipazione di società di capitali in società di persone come nuovo "modello di organizzazione dell'attività d'impresa"*, in *Rivista delle società*, 2006, p. 185 ss., in part. p. 196 e, recentemente, anche per

La giurisprudenza della Cassazione e, successivamente, della Corte costituzionale, nonché dal legislatore con l'art. 256, comma 5, CCII⁷⁴ sembrano aver accolto la soluzione positiva.

L'art. 256, comma 5, CCII consente in particolare di aprire la liquidazione giudiziale a carico della società di fatto (titolare di un'impresa autonoma rispetto alle società di capitali socie, ancorché "inconsapevoli" in mancanza di preventiva autorizzazione assembleare ex art. 2361, comma 2, c.c.)⁷⁵, anche nel caso in cui la liquidazione giudiziale sia stata avviata inizialmente a carico di una società di capitali⁷⁶. In tal modo si determina, secondo una dottrina, lo «squarcio del velo della personalità giuridica passando dalla responsabilità risarcitoria alla responsabilità patrimoniale da estensione del fallimento (in futuro della liquidazione giudiziaria) della società di capitali alla supersocietà»⁷⁷. Il superamento della autonomia patrimoniale perfetta non integra tuttavia un presidio contro l'abuso della responsabilità limitata, né costituisce un rimedio sovrapponibile alla responsabilità da direzione e coordinamento o alla figura dell'impresa fiancheggiatrice.

In precedenza l'ordinamento, con l'art. 147 l.f., contemplava alcune ipotesi (ritenute) eccezionali – insuscettibili quindi di estensione analogica – di ampliamento della responsabilità patrimoniale, seppur con efficacia *ex nunc* rispetto all'apertura della procedura per estensione⁷⁸: in caso di soci occulti di società palese o di società occulta⁷⁹. La supersocietà di fatto, in tale assetto

una sintesi delle diverse opinioni espresse in dottrina, v. N. RONDINONE, *I gruppi fra diritto societario e diritto dell'impresa*, Pacini Giuridica, Pisa, 2023, p. 177.

- 74 La relazione governativa che ha accompagnato il progetto di decreto legislativo (poi d.lgs. 14/2019) a tal proposito afferma che una novità del testo normativo «trova il suo fondamento nella più recente giurisprudenza della Corte di cassazione (Cass. n. 1095 del 2016) e della Corte costituzionale (C. Cost. n. 255 del 2017) e consiste nella espressa previsione che, in caso di apertura della procedura di liquidazione giudiziale nei confronti di una società, ove si accerti che l'impresa è, in realtà, riferibile ad una società di fatto, di cui la società in liquidazione è socio illimitatamente responsabile, il tribunale dispone l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale nei confronti della società di fatto così accertata e degli altri soci illimitatamente responsabili della stessa». La dottrina è molto critica: cfr. A. BLANDINI, *Brevi considerazioni critiche in materia di "super società di fatto"*, in *Il diritto fallimentare*, 2019, p. 1013 ss., che definisce la supersocietà di fatto come «un nuovo mostro (...) come sviluppo, di rara problematicità, della nota e già tanto discussa società occulta (...)» (p. 1014). V., però, G. PALMIERI, *Partecipazione di società di capitali in società di persone e "supersocietà di fatto" nel diritto societario della crisi*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2023, I, p. 335 ss., ove riferimenti.
- 75 Sulla distinzione tra *holding* occulta e socio tiranno cfr. già F. GALGANO, voce *Imprenditore occulto e società occulta*, in *Enciclopedia giuridica*, Ist. dell'enc., XVI, Roma, 1990, p. 6.
- 76 Per una rassegna delle critiche proposte in dottrina all'ampliamento delle ipotesi di estensione della liquidazione giudiziale operata con il nuovo art. 256, comma 5, CCII, cfr. N. RONDINONE, *I gruppi fra diritto societario e diritto dell'impresa*, Pacini Giuridica, Pisa, 2023, p. 180 ss.
- 77 Così, testualmente, F. FIMMANÒ, *Fallimento in estensione alla "supersocietà di fatto" ed accertamento dello stato di insolvenza*, in *Il fallimento*, 2021, p. 761 ss., in part. p. 770.
- 78 Cfr. Cass., ord., 7 dicembre 2023, n. 34327 e v. già Cass., sez. un., 7 giugno 2002, n. 8257.
- 79 Cfr., anche per ulteriori riferimenti, G.B. FAUCEGLIA, *Il fallimento di società di capitali socie di*

normativo, poteva rilevare solo se la stessa, nel caso avesse esercitato un’attività di direzione e coordinamento, avesse abusato di tale potere sulle società di capitali socie con applicazione della disposizione di cui all’art. 2497 c.c.⁸⁰

La giurisprudenza che ha riconosciuto la legittimità della supersocietà di fatto era consapevole degli stretti spazi interpretativi in cui stava operando. Il Supremo collegio⁸¹ premette infatti di voler «evitare il rischio che l’art. 147, comma 5 L. Fall. venga utilizzato per aggirare le disposizioni dettate dall’art. 2476 c.c., comma 7 e art. 2497 c.c.», perché in tal modo si realizzerebbe uno spostamento dal piano della responsabilità patrimoniale all’esercizio «di un’azione di responsabilità dai profili assai più complessi e dagli esiti incerti». La norma ricavabile dall’art. 147, comma 5, l.f. – continua la Cassazione – non si presta «all’estensione al *dominus* (società o persona fisica) dell’insolvenza del gruppo di società organizzate verticalmente e da questi utilizzate in via strumentale, ma piuttosto all’estensione ad un gruppo orizzontale di società, non soggetto ad attività di direzione e coordinamento, che partecipano, eventualmente anche insieme a persone fisiche, e controllano una società di persone (la c.d. supersocietà di fatto). (...) Il fatto che le singole società perseguano invece l’interesse delle persone fisiche che ne hanno il controllo (anche solo di fatto) costituisce, piuttosto, prova contraria all’esistenza della supersocietà di fatto e, viceversa, prova a favore dell’esistenza di una holding di fatto, nei cui confronti il curatore potrà eventualmente agire in responsabilità e che potrà eventualmente essere dichiarata autonomamente fallita, ove ne sia accertata l’insolvenza a richiesta di un creditore»⁸².

una società di fatto, Giuffrè, Milano, 2021, p. 143 ss.

80 Cfr. F. FIMMANÒ, *Fallimento in estensione alla “supersocietà di fatto” ed accertamento dello stato di insolvenza*, in *Il fallimento*, 2021, p. 761 ss., in part. p. 767.

81 Cfr. Cass. 20 maggio 2016, n. 10507.

82 Così, testualmente Cass. 20 maggio 2016, n. 10507. Osserva N. RONDINONE, *I gruppi fra diritto societario e diritto dell’impresa*, Pacini Giuridica, Pisa, 2023, p. 186, che «il tentativo della tecnica della super-società di superare gli steccati della separatezza patrimoniale e dell’imputazione separata delle attività economiche in capo a soggetti distinti rappresenta una forzatura sul piano teorico come normativo (...), l’auspicio è che l’impiego concreto della tecnica in parola venga confinato a situazioni veramente patologiche». Sulla prova della supersocietà di fatto v. ora Cass. 29 dicembre 2023, n. 36378 (punto 4.8), per la quale la «prova della sussistenza di tale società dev’essere (...), fornita attraverso la dimostrazione dei presupposti costituiti dall’esercizio in comune dell’attività economica dall’esistenza di un fondo comune (da apporti o attivi patrimoniali) e dall’effettiva partecipazione ai profitti e alle perdite e, dunque, da un agire nell’interesse, ancorché diversificato (ma non contro l’interesse) dei soci (Cass. n. 12120 del 2016, in motiv.; Cass. n. 4784 del 2023, in motiv.)». La Cassazione, nella sentenza citata (punto 4.12), precisa anche il profilo dell’imputazione dell’attività d’impresa (e quindi del soggetto tenuto a pagare i debiti assunti) in capo alla società occulta, anche nel caso in cui la stessa sia accertata a seguito del fallimento dell’imprenditore individuale rivelatosi, a seguito dell’attività istruttoria, socio di una società occulta di fatto. Per una recente rassegna di giurisprudenza che tocca anche il tema della super società di fatto, v. G. CAPO, C. PECORARO, R. ROSAPEPE, *Le società di persone*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2024, II, p. 5 ss.

Peraltro, la tendenza a colpire patrimoni ulteriori rispetto a quello del debitore ai fini dell'assoggettamento alla procedura di liquidazione giudiziale sembra oltremodo rafforzarsi con l'art. 259 CCII per il quale l'estensione opera anche per gli «enti e imprenditori collettivi non societari e ai loro componenti illimitatamente e personalmente responsabili per le obbligazioni dell'ente»⁸³.

6. *Considerazioni conclusive: il risarcimento del danno come tutela generale contro l'abuso nel diritto dell'impresa e il superamento della personalità giuridica come rimedio residuale.* – La giurisprudenza e la dottrina hanno richiamato l'abuso del diritto e il superamento della personalità giuridica in molti casi soggetti all'applicazione del diritto dell'impresa⁸⁴. Non mancano tuttavia autorevoli opinioni contrarie alla configurabilità dell'abuso nel diritto societario⁸⁵, così come vi è chi ha prospettato il rischio che l'abuso del diritto possa, a sua volta, diventare un rimedio abusato⁸⁶.

Non è questa la sede per verificare se le ipotesi tipizzate come “abuso” dal legislatore siano realmente tali o piuttosto siano fattispecie riconducibili semplicemente alla responsabilità da illecito civile (come si potrebbe pensare con riguardo al c.d. abuso di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento), né per verificare la compatibilità di rimedi giurisprudenziali di giustizia sostanziale

83 Cfr. anche per altri riferimenti, G. MARASÀ, *L'imprenditore* (artt. 2082-2083), in *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 219.

84 Per un'analisi di ulteriori ipotesi rispetto a quelle qui considerate cfr. M. SPERANZIN, *Piercing the corporate veil in Italian company and banking law*, in Atti del convegno Lifting of the Legal Entity Veil, dell'Università della Marmara, Istanbul, 2 febbraio 2008, p. 163 ss., in part. p. 168 ss., a cui possono aggiungersi altre fattispecie relative, ad esempio, alla cessione d'azienda come testimonia Trib. Reggio Emilia, 16 giugno 2015, n. 964, in *Banca borsa titoli di credito*, 2016, II, p. 201 ss., con nota di F. BENATTI, *L'abuso nel diritto societario: l'esperienza del piercing the veil*. V., inoltre, Cass. 13 settembre 2023, n. 26450, sull'applicabilità dell'art. 2560, comma 2, c.c.: la disposizione, che limita la solidarietà tra cedente e cessionario nei debiti dell'azienda ceduta solo a quelli che risultano dalle scritture contabili, opera solo in caso di effettiva alterità sostanziale tra cedente e cessionario. Alterità che potrebbe in concreto non ricorrere in ipotesi di carattere fraudolento o distorto della cessione, ma anche a prescindere da tale intento abusivo.

85 Cfr. C. ANGELICI, *La società per azioni, I, Principi e problemi*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 157 ss., per il quale l'abuso del diritto è inteso come l'esercizio in concreto di una situazione giuridica soggettiva in termini contraddittori rispetto alle finalità e alle ragioni per le quali la stessa è stata attribuita dall'ordinamento. Nel diritto societario, tuttavia, secondo l'a., l'ordinamento non «attribuisce o riconosce alcuna situazione giuridica soggettiva». Per la critica sul piano della teoria generale v. M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia (II)*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 3/2015, p. 14 ss., in part. p. 35 ss.; ID., *Ancora a proposito di principi e clausole generali, a partire dall'esperienza del diritto commerciale*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2/2018, p. 1 ss., in part. p. 11 s.

86 In questo senso cfr. A. GAMBARO, *Note in tema di abuso del diritto ed ordine di mercato nel diritto italiano e comunitario*, in AA.Vv., *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 93 ss., ma v. anche F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, III, Cedam, Padova, 2009, p. 502, per il quale al superamento della personalità giuridica «non si dovrà, tuttavia, pervenire quando gli abusi commessi dal socio si rivelino suscettibili di forme diverse di riparazione (...)».

rispetto alla certezza del diritto «vagheggiato dal primo pensiero liberale, che disegnava un sistema di norme certe e uguali per tutti»⁸⁷. È possibile, tuttavia, prendere posizione, seppur in termini schematici, sulle due questioni inizialmente poste.

Innanzitutto, i rimedi tipici diretti o indiretti prevedono conseguenze eterogenee (dal risarcimento del danno, all'inesigibilità del credito, sino al diritto di recesso e al pagamento di debiti altrui), ma nessuno conduce al pieno superamento della persona giuridica, con il conseguente riversamento sui soci del debito della società. Nemmeno il rimedio oggi introdotto dall'art. 256 CCII giunge a tale esito, tendendo, piuttosto, ad allargare la responsabilità patrimoniale a soggetti ulteriori rispetto a quelli che hanno contratto il debito, ma a prescindere dall'abuso del diritto.

In secondo luogo, occorre prendere atto di un processo espansivo che ha connotato il divieto di abuso, facendo leva soprattutto su una concezione oggettiva di sviamento dall'interesse tutelato dalla norma attributiva del diritto⁸⁸. Il divieto di abuso consente, infatti, un controllo penetrante sull'atto di autonomia privata: individuato l'interesse perseguito dalla norma che attribuisce il diritto o il potere, l'atto che costituisce esercizio del diritto in contraddizione con tali finalità giustifica l'applicazione del rimedio generale del risarcimento del danno, nonché dei rimedi specifici in ordine alla validità o all'efficacia dell'atto. L'ampia portata dell'abuso del diritto trova il suo radicamento nel principio di solidarietà sociale (art. 2 Cost. e 1.2 TFUE) e richiede una responsabilizzazione dell'interprete nell'esercizio dell'attività ermeneutica. La dottrina e la giurisprudenza devono, in altre parole, elaborare soluzioni coerenti con un assetto di norme e di principi che consentano una verifica razionale del prodotto dell'interpretazione⁸⁹, al fine di realizzare il valore (non il mito) della certezza del diritto⁹⁰. L'abuso del diritto deve essere accolto dunque come uno strumento residuale, ancorché non eccezionale, di tutela.

In terzo luogo, alla luce delle superiori considerazioni, non sembra decisiva per assicurare una tutela effettiva contro le condotte abusive una tipizzazione delle fattispecie⁹¹, poiché ciò non escluderebbe l'esigenza di

87 Così, testualmente, M. LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello «istituzionalismo debole»*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2014, I, p. 669 ss., in part. p. 673 ss.

88 Cfr. M. LIBERTINI, *Ancora in tema di contratto, impresa e società. Un commento a Francesco Denozza, in difesa dello «istituzionalismo debole»*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2014, I, p. 669 ss., in part. p. 678 ss.

89 Cfr. M. LIBERTINI, *Il vincolo del diritto positivo per il giurista*, in AA.VV., *Scritti in onore di Angelo Falzea*, I, Giuffrè, Milano, 1991, p. 347 ss.

90 Cfr., anche per i riferimenti, A. CAPRARA, *I principi di corretta amministrazione. Struttura, funzioni e rimedi*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 56.

91 È significativo, peraltro, che in taluni ordinamenti in cui il divieto di abuso è stato codificato, si lasci ampia discrezionalità al giudice nella selezione dello strumento di tutela in relazione

interrogarsi sulla disciplina applicabile a fattispecie ulteriori (atipiche) rispetto a quelle espressamente regolate.

L'abuso del diritto in generale è da intendersi come una tecnica (con conseguente atipicità dei rimedi applicativi) più che una disciplina per correggere un uso non conforme agli obiettivi per i quali l'ordinamento attribuisce un potere o riconosce una pretesa. Il diritto dell'impresa presenta, tuttavia, un rilievo particolare perché coinvolge anche le situazioni giuridiche soggettive dei terzi. Pertanto, la previsione di specifiche ipotesi e più frequenti o dibattute ipotesi di condotte abusive (riconducibili, ad esempio, al superamento della personalità giuridica), pur non assorbendo lo spettro delle possibili ipotesi di abuso, offre una maggiore certezza del diritto⁹².

al fine di realizzare una tutela efficace. Nel codice civile e commerciale argentino, ad esempio, si prevede: «El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización» (art. 10, comma 3).

92 In questo senso è significativo che, nel diritto brasiliano, nel 2017 e nel 2019 ci siano stati due importanti novelle normative che hanno delimitato la portata del superamento della personalità giuridica, circoscrivendo la fattispecie. Nel 2017, con la legge n. 13.467/2017, si è intervenuti sul *Consolidamento delle Leggi sul Lavoro* (CLT) inserendo un comma 3 e modificando il comma 2 dell'art. 2 in materia di presunzione di rapporto di direzione e coordinamento unitario di società nel caso in cui le stesse presentino una identità nella partecipazione al capitale. Nel 2019 la legge n. 13.784/2019, *Dichiarazione dei Diritti sulla Libertà economica*, ha apportato modifiche significative all'art. 50 del codice civile, con il medesimo intendo di delimitarne e chiarirne la portata (anche con una interpretazione autentica). In argomento v. per puntuali spiegazioni È. ANDRADE, L. NETTO PARENTONI, *Il superamento della personalità giuridica nel diritto brasiliano. Aspetti sostanziali e processuali*, in *Il diritto degli affari*, 2020, p. 627 ss., in part. p. 635 ss.

TRADUÇÕES /
TRANSLATIONS

DAS SUCESSÕES: DIREITO HEBREU ATRAVÉS DA BÍBLIA E DO TALMUDE*

SUCCESSION LAW: HEBREW LAW THROUGH THE OPTICS OF THE BIBLE AND THE TALMUD

MATEO GOLDSTEIN**

RESUMO

O presente trabalho apresenta uma tradução inédita para o português do espanhol da obra do jurista argentino Mateo Goldstein, “Derecho hebreo: a través de la Biblia y el Talmud”. O recorte para fins de adequação técnica foi dentro do campo do Direito das Sucessões, considerando sua contextualização histórica e cultural. A metodologia dentro dos estudos da tradução se embasou na Teoria de Skopos, com vistas a uma maior preocupação com a função do texto, em detrimento de vertentes mais ligadas à tradução literal, palavra por palavra. A escolha temática se justifica pelo interesse em compreender as bases que influenciaram e ainda influenciam o desenvolvimento do Direito no Ocidente, tendo em mente a atual e polêmica situação de crise vivida no Oriente Médio. A leitura do texto também evidencia a influência das discussões religiosas antigas nos sistemas jurídicos contemporâneos, na expectativa de promover o entendimento de que, muito além de se destacar diferenças que podem gerar conflitos, urge a necessidade de se valorizar as semelhanças que unem as sociedades ao longo da história, promovendo diálogos mais harmoniosos. Nesse sentido, a apresentação em língua portuguesa não apenas contribui para difusão de conhecimento jurídico-histórico, mas para uma maior compreensão cultural, além de permitir futuras reflexões sobre fundamentos de justiça e direitos humanos.

ABSTRACT

This paper presents an unprecedented translation from Spanish to Portuguese of the work of Argentine jurist Mateo Goldstein, “Derecho hebreo: a través de la Biblia y el Talmud”. The focus, for technical adequacy, lies within the field of Succession Law, considering its historical and cultural contextualization. The methodology employed is based on Skopos Theory, with a greater concern for the text’s function rather than literal, word-for-word translation. The thematic choice is justified by the interest in understanding the foundations that have influenced and continue to influence the development of law in the West, yet mindful of the current and controversial crisis in the Middle East. The text also underscores the influence of ancient religious discussions on contemporary legal systems, aiming to promote the understanding that, beyond highlighting differences that may lead to conflicts, there is an urgent need to value the similarities that unite societies throughout history, fostering more harmonious dialogues. In this sense, the presentation in the Portuguese language not only contributes to the dissemination of legal-historical knowledge but also to a greater cultural understanding, enabling future reflections on the principles of justice and human rights.

* Publicado originalmente com o título Derecho hebreo: a través de la Biblia y el Talmud, em 1947. Tradução para o português por Fabiana de Menezes Soares (Email: fabianamzso10@gmail.com) e Thiago Brasileiro Vilar Hermont (E-mail: thiagohermont@gmail.com).

** Jurista e ativista sionista nascido em Villa Clara, Entre Ríos, Argentina. Estudou em Buenos Aires, exercendo a magistratura e o jornalismo em San Juan. Atuou como presidente da Federação Sionista Argentina, tendo também cargos de destaque na Confederação Latinoamericana de Sionismo. Foi redator permanente da Enciclopédia Jurídica Omeba, tendo também elaborado um Código Civil argentino anotado juntamente com o jurista Manuel Ossorio y Florit.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Hebreu. Direito das Sucessões. Estudos da Tradução.

KEYWORDS: *Hebrew Law. Succession Law. Translation Studies.*

INTRODUÇÃO

A tradução em questão traz uma contribuição inédita para o português do jurista argentino Mateo Goldstein, autor da obra *Derecho hebreo: a través de la Biblia y el Talmud*, de 1947. Goldstein foi juiz em San Juan dos anos de 1934 a 1942, passando para a advocacia nos anos futuros em Buenos Aires. Atuou como líder sionista em seu país, tendo ocupado o cargo de presidente da Associação Sionista Argentina e da Confederação Sionista Latino-Americana, vindo a falecer em Israel, onde se estabeleceu, no ano de 1962. Foi autor de vários trabalhos de menor alcance, todos em espanhol, todos sobre a lei judaica, Israel e o fundador do sionismo político, Theodore Herzl.

De sua obra mais emblemática, optamos, para fins de adequação ao escopo da revista, por realizar um recorte quanto ao campo do Direito das Sucessões. Dentro deste, mantivemos suas noções gerais, o direito sucessório entre ascendentes e cônjuges e as conclusões parciais do autor sobre o tema, como forma de trazer maior completude amostral.

Antes de passarmos a um texto que não chegou a ver a criação do Estado de Israel, é importante explicar o porquê da escolha. Em tempos de ainda mais acirrados conflitos no Oriente Médio, em flagrantes desrespeitos a questões de ordem humanitária quanto ao povo palestino que sofre justamente com as consequências do movimento sionista, julgamos importante relembrar que o judaísmo e suas leis formam a base da cultura cristã e islâmica, sendo possível depreender de seus textos basilares questões que permeiam noções de justiça que trazemos até os dias de hoje.

Assim, na expectativa de discussões mais sadias e com menos recursos de ódio, convidamos à leitura sobre a posse, a propriedade e suas transmissões, algo tão caro a tantas pessoas e por tantos milênios nesta região do mundo, para podermos refletir quanto à proximidade da nossa formação jurídico-cultural e percebermos que, muitas vezes, as diferenças são superficiais ou por meras questões de ordem política e econômica, mas não cultural e social.

ESCLARECIMENTOS

Este trabalho conta com algumas modificações no decorrer da escrita, tendo em vista que os originais remontam à primeira metade do século passado, o que, por si só, encontra-se repleto de estruturas de linguagem mais antigas. Com base nisso, e na bem-vinda reforma pela simplificação da linguagem jurídica defendida mais fortemente pelo Conselho Nacional de Justiça desde dezembro de 2023, algumas frases e parágrafos tiveram suas ordens modificadas, de forma a facilitar a leitura e a permitir um curso mais fluente de como se dava a

transmissão dos bens pela sucessão no Direito Hebreu. Todavia, questões meramente estilísticas, por mais que às vezes pareçam curiosas, foram mantidas em uma tentativa de se fazer jus à estética do autor. Nesse sentido, acompanhamos dentro dos estudos da tradução as premissas trazidas pela Teoria de Skopos de Veermer (2004) ao predispor que traduções são ações com objetivos, ficando o tradutor responsável por tentar suprir determinadas valas culturais para que o leitor possa melhor compreender a função do texto original (NORD, 2016). Ainda que não tenhamos a pretensão de atingir tal magnitude com o texto traduzido, esperamos que pontes sejam construídas para cobrir esse período de quase oito décadas de forma satisfatória.

DAS SUCESSÕES

NOÇÕES GERAIS

O Direito Hebreu dá uma grande importância à transmissão de bens por meio da sucessão. A norma geral é a de conservar o patrimônio dentro da família, tendo por preferência a linhagem masculina.

Sobre esta base se edificou um sistema sem parâmetros nos países contemporâneos de Israel, caracterizado por regras precisas, previsões minuciosas e um amplo critério de aplicação. Segundo Louis German Lévy (1904), “o direito de sucessão entre os hebreus se funda sobre a organização social.”¹

Em suas origens, o patriarca dispõe de seus bens ao seu bel prazer, restringindo, posteriormente, o legislador esta liberdade ilimitada. Originalmente, somente os filhos homens, ditos varões, herdavam, com exclusão das filhas. Todavia, com o progresso dos costumes, as filhas passam a ser incluídas em uma parte da sucessão. Além disso, todos os filhos herdavam, tanto os que são nascidos de concubinas, como os outros, percebendo-se, assim, que o Direito da Sucessão tem lugar por via da filiação agnática.

A família antiga na Índia, na Grécia ou em Roma regia-se quase exclusivamente pelo parentesco por agnação, sendo o vínculo de sangue e do nascimento uma conquista da evolução jurídica e dos costumes. Naqueles tempos em que a religião possuía um papel preponderante, para fins de parentesco e da sucessão, levava-se em consideração os laços civis fundados na comunidade religiosa. Segundo a definição de Plutarco, eram os irmãos dos homens que tinham o dever de fazer os sacrifícios, reconhecer os deuses e partilhar o mesmo túmulo.

Na Índia, esse princípio se revela nitidamente. O chefe da família oferecia duas vezes por mês os alimentos fúnebres, levava oferendas aos Manes de seu pai, seu avô e bisavô paterno, ainda que jamais realizasse tais ritos com os ascendentes maternos. Com isso demonstrava-se que o parentesco e o direito de sucessão nunca se ligavam às mulheres, cabendo salientar que, no tocante ao

1 LOUIS-GERMAIN, Lévy. La famille dans l'antiquité israélite. Paris, F.Alcan, 1904.

parentesco, este era definido de forma interessante: quando duas pessoas realizavam separadamente o ritual fúnebre e chegavam a um antepassado de sexto grau comum, concluía-se que elas eram parentes entre si.

O mesmo sistema imperava na Grécia e em Roma. O parentesco, nestas regiões, sustentava-se sob o princípio dos laços do culto doméstico, com exclusão das mulheres.

Em sua obra irretratável, diz Fustel de Coulanges:

O filho recebia tudo do pai. Não se podia, desta forma, pertencer a duas famílias, invocar dois lugares. O filho não tinha, pois, outra religião nem outra família que não a do pai. Como ter, então, uma família materna? Sua própria mãe, no dia em que os ritos sagrados do matrimônio foram realizados, renunciou de modo absoluto a sua própria família. Desde este momento passa a oferecer alimentos fúnebres aos antepassados do esposo, como se fosse filha destes, não mais oferecendo aos seus próprios antepassados, uma vez que já não mais se considerava descendente destes. Não conservava laço religioso ou legal com a família na qual havia nascido. Ainda mais: seu filho nada de comum tinha com esta família.

Dentro deste regime, o filho adotivo tinha os mesmos direitos e deveres que os filhos legítimos. Dois irmãos consanguíneos (cognados) eram agnados entre si, porém, dois irmãos uterinos não o eram se não praticassem o culto doméstico comum.

Ainda nesse sentido, o eminente romanista Ortolan afirma que “a família romana, ainda na ordem privada, não é uma família natural: é uma criação do Direito Civil, do Direito da Cidade. O vínculo da família não é o vínculo de sangue, o vínculo produzido pelo matrimônio e pelas gerações é de caráter civil, ou seja, é um vínculo de poder. A família romana não se encontrava fundada sobre o matrimônio, mas sim sobre o poder.” E acrescenta: “A ideia de poder, sobre a qual se encontrava fundada a família romana, é vista no sentido mais absoluto e despótico. Somente um, o chefe de família, é o senhor, o proprietário de todos os demais e de todo patrimônio. A propriedade concentrada em cada família encontra-se a sua livre e inteira disposição: pessoas e bens pertencem, todos, a ele.”

Deste modo explica-se que o parentesco por agnação, entre os romanos, tenha imperado por tanto tempo em todos os âmbitos, quer seja na família consanguínea ou por cogação.

Sendo o pai o chefe da família romana, com todos os atributos de absolutismo referidos acima, explica-se perfeitamente porque em matéria de sucessões a mulher tenha sido relegada durante tanto tempo. Assim, lê-se nas Institutas de Justiniano (Título III):

A Lei das XII Tábuas tinha um direito tão rigoroso, com tamanha preferência em favor da descendência pelos varões, em detrimento dos que se encontravam unidos por vínculos femininos, que não concedia, entre mãe e filho ou

filha, qualquer direito de vir à sucessão um do outro. Estas pessoas só eram chamadas pelos posteriores em sua classe de cognição por meio da posse de bens *unde cognati*.

Nos tempos do imperador Cláudio, foi deferida a uma mãe a herança de seu filho. Posteriormente, nos tempos de Adriano, foi estabelecido pelo senado consulto Tertuliano, o direito hereditário em favor da mãe de modo definitivo, declarando-se que a mãe que tivesse três filhos, ou a liberta – alforriada – que tivesse quatro filhos, fosse admitida nos bens de seus filhos ou de suas filhas mortas *ab intestato*, mesmo quando ainda estivesse sob o poder patriarcal.

Para fazer uma síntese, cabe estabelecer que a família agnática romana era formada do seguinte modo. Em primeiro lugar, os que se encontravam sob a autoridade paterna ou da *manus* do chefe de família, entre si e com relação ao chefe (a agnação existe entre o pai e os filhos ou filhas, nascidos esses de seu matrimônio legítimo ou introduzidos por adoção. Se os filhos se casam e têm descendentes, estes são agnados entre si e ao mesmo tempo são agnados de seu pai e avô paterno. Os filhos não o são de sua mãe, a menos que ela seja *in manus*). Em segundo lugar, os que tenham estado sob a autoridade paterna e que ainda estariam se o chefe de família estivesse vivo (quando o chefe morre, os descendentes já agnados entre si continuam sendo). Por fim, os que nunca estiveram sob a autoridade paterna, mas que teriam estado caso estivesse vivo (se o chefe está morto quando os filhos dele se casam, estes filhos serão agnados entre si).

Sobre esse assunto, professora F. de Coulanges:

Sem dúvida, chegou um tempo, o mesmo para a Índia como para Grécia e Roma, em que o parentesco pelo culto não foi o único admitido. À medida que esta antiga religião declinava, a voz do sangue foi falando mais alto, e o parentesco pelo nascimento se admitiu no direito. Os romanos chamaram de *cognitio* esta classe de parentesco, que era absolutamente independente das regras da religião doméstica. Quando se estuda os jurisconsultos, desde Cícero até Justiniano, pode-se perceber a rivalidade entre os dois sistemas e a disputa destes pela predominância no Direito. Porém, nos tempos das Doze Tábuas, somente o parentesco por agnação era conhecido, sendo que este só dava direito à herança.

Tal evolução foi similar entre os israelitas. A família por agnação, incluindo o adotado no seio desta e sem qualquer vínculo sanguíneo, foi sendo modificada com o aparecimento de Moisés e de sua legislação. Posteriormente, os talmudistas e os comentadores da lei introduziram maior liberalidade, incluindo a imposição do princípio da cognação. Ressalta-se, contudo, que a inclusão de tal princípio não levou a mudanças no texto das Escrituras.

Veja-se de que maneira tal processo foi se operando. Em uma passagem do Pentateuco², se diz:

2 Números, capítulo XXVII, versículo 1 e seguintes.

Aproximaram-se então as filhas de Salafaad (...) e apresentaram-se diante de Moisés e do sacerdote Eleazar, e diante dos principais e de toda a assembleia: Nosso pai, disseram elas, morreu no deserto, e não tomou parte na sedição excitada por Coré contra o Senhor, mas morreu por causa de seu próprio pecado. Ora, ele não teve filhos. Por que razão há de desaparecer o seu nome da sua família, por não ter tido nenhum filho? Dá-nos uma propriedade entre os irmãos de nosso pai.

O Senhor replicou a Moisés e disse que elas tinham razão: “Dar-lhes-á uma propriedade como herança entre os irmãos de seu pai, para que elas lhe sucedam na herança.”

E, acrescentando, disse o Senhor, estabelecendo a regra da sucessão bíblica:

(...) Dirás aos israelitas: se um homem morrer sem deixar filhos, a herança passará à sua filha; se não tiver filhas, será dada aos seus irmãos. Se não tiver irmãos, a herança passará aos irmãos de seu pai, e se seu pai não tiver irmãos, será dada ao seu parente mais próximo em sua família, e este último tornar-se-á seu possuidor.

Os versículos que acabaram de ser transcritos e alguma outra referência incidental, como a referente ao primogênito, a quem se entrega duas partes da herança³, é tudo o que há na Bíblia acerca de sucessões.

De tais preceitos resulta, sem qualquer sombra de dúvida, a vocação hereditária, a título exclusivo, dos filhos varões. Porém, as mulheres foram dotadas dos mesmos direitos na ausência dos varões, segundo o episódio de Salafaad a que se refere o Livro dos Números. O pedido levantado pelas filhas do falecido pai, *para que não desapareça o seu nome da sua família, por não ter tido filho*, demonstra que, até então, as filhas careciam de direito hereditário. Moisés introduziu uma norma simplesmente revolucionária, norma esta que não havia sido admitida na lei ou nos costumes pré-mosaicos.

Porém, a obra do legislador bíblico não se resumiu a isto, indo mais longe. Segundo as Escrituras, se o falecido não possuía filhos, a herança era atribuída às filhas; se não havia filhas, a herança pertenceria aos irmãos do *de cujus*; se não havia irmãos, dar-se-ia a herança aos irmãos do falecido pai. Poderia a irmã herdar, caso não houvesse filho ou filha, irmão ou tios? Segundo a Lei Bíblica a resposta seria não, porém a Lei Rabínica introduziu uma novidade sensacional, ao predispor que também poderia herdar a irmã do falecido, no caso de não existir nenhum outro herdeiro⁴.

3 Deuterônimo, capítulo XXI, versículo 17.

4 A regra para o culto é de que se transmita de varão para varão; a regra para a herança é de que esta siga o culto. A filha não é apta para continuar a religião paterna, pois se casa, e ao se casar renuncia ao culto do pai para adotar o do marido; não possui, assim, nenhum título referente à herança do pai. Se um pai deixasse seus bens a uma filha, a propriedade se separaria do culto, o que é inadmissível.

A filha nem sequer poderia cumprir o dever primeiro do herdeiro, que é o de dar continuidade aos alimentos fúnebres, posto que é aos antepassados do marido a quem deve oferecer os

Para a Lei Bíblica, o pai e o avô do falecido não herdavam. Em uma passagem do Livro dos Números⁵ foi advertido que se alguém morria sem deixar descendência, os bens deveriam ser passados aos irmãos do falecido. Neste ponto, também, a Lei rabínica veio a retificar uma injustiça. O *Tratado Babá Batrá*⁶ determina a regra geral à qual se deve ajustar o direito hereditário: se um indivíduo tem a prioridade sobre outro, seus filhos e netos também têm prioridade sobre outros (até o limite de cem gerações). Em consequência disso, se os filhos estão mortos, a herança passa aos netos; se, por sua vez, não há mais descendentes, a herança corresponderá aos ascendentes, remontando-se até os patriarcas, se assim for necessário.

Na análise a ser feita sobre a instituição da primogenitura, será evidenciada a evolução do privilégio daquele nascido primeiro que, na lei pré-mosaica, se assemelhava extraordinariamente às legislações pagãs, em seus aspectos absolutos. Tal privilégio, todavia, por obra e graça do legislador bíblico e posteriormente por influência do direito talmúdico, se converteu em uma simples preferência hereditária.

A liberdade para dispor dos bens por ato de última vontade também experimentou as variações as quais estiveram sujeitos todos os direitos na legislação hebraica. A Lei da Bíblia ordenava a disponibilidade dos imóveis de forma temporária, de forma que a disposição dos bens imóveis deveria enquadrar-se nas leis sobre sucessão.

Moisés quis que as famílias, que se encontravam em estado de miséria e obrigadas a vender seus bens, pudessem se restabelecer cobrando novamente suas terras; assim, foi estabelecida a lei segundo a qual ninguém poderia vender suas terras para sempre, sendo que o vendedor ou seus herdeiros poderiam reivindicá-las no ano de seu Jubileu. Ninguém poderia deserdar os filhos, nem deixar por testamento a um de seus filhos os direitos que a lei de sucessões estabelecesse para outro filho. As Escrituras dizem expressamente que o pai não pode deixar ao filho mais novo as duas primeiras partes que são devidas ao primogênito⁷ e o Talmude extrai a conclusão bastante justa de que a Lei Bíblica proíbe, com razão, que os filhos sejam deserdados ou privado, um desses, de sua parte na sucessão.⁸

A liberdade de testar não era, assim, admitida nas Escrituras. Em todo caso, era possível se dispor dos bens móveis, embora isso não fosse aplicado aos

sacrifícios. A religião proíbe, dessa forma, que ela possa herdar. – F. de Coulanges: obra da página 108.

A norma é a mesma na Índia, Grécia e Roma. Segundo o Código de Manu: A morte do pai faz com que entre os irmãos se reparta o patrimônio. Porém, o legislador recomenda aos herdeiros proporcionar um dote à irmã que não herda. [...]

5 Números, capítulo XXVII, versículo 9

6 Tratado Babá Batrá, Perek VIII

7 Deuteronômio, capítulo XXI, versículos 16 e 17

8 I-M. Rabinowicz: Legis. Civ. du Thalmud, Tratado Babá Batrá

bens imóveis. A Lei Rabínica derogou esta proibição, autorizando amplamente às pessoas para disporem de todo o patrimônio por testamento. Além disso, conforme a Lei Bíblica, só o marido herda da mulher, vindo o Talmude, por meio de uma série sutil de disposições, a autorizar a mulher a herdar, em determinadas formas, do cônjuge morto previamente.

O testamento traduz uma evolução no Direito das sucessões antigo. De fato, uma vez que o direito à herança era proveniente do culto doméstico e que a propriedade se vinculava fundamentalmente com o culto, é óbvio que a faculdade de transmitir os bens, pela morte do titular, deveria estar correlacionada com a vontade da lei. *O que faz com que o filho herde não é a vontade pessoal do pai.* O pai não necessita de fazer testamento, pois o filho herda com pleno direito, *ipso jure heres existit, est heres necessarius*, segundo o Digesto⁹.

Como aduz F. de Coulanges:

O direito de testar, ou seja, de dispor dos bens após a morte, para transferi-los a quem não seja herdeiro natural, estava em oposição com as crenças religiosas, que eram o fundamento do Direito de propriedade e do Direito de Sucessão. Sendo a propriedade inerente ao culto, e sendo este hereditário, seria possível pensar em testamento?

Dentro deste assunto, cabe destacar que o que foi considerado acertado para a Grécia e Roma, também o foi para os hindus. Se a Índia não proibiu o testamento, assim como a Grécia e Roma antigas, foi simplesmente porque o desconhecia. Em Roma se autorizou esta forma de transmissão dos bens só posteriormente à Lei das XII Tábuas. Todavia, a liberdade de testar nunca foi ampla, uma vez que as formalidades complicadas tornaram este instrumento praticamente impraticável.

O DIREITO SUCESSÓRIO ENTRE ASCENDENTES E CÔNJUGES

De acordo com o que se tem visto ao estudar o regime de *leviração* – interessante instituição que já se achava na Índia antiga – o *leviro*, isto é, o irmão do falecido que contraísse núpcias com sua cunhada, herdava todos os bens do *de cujus*.

O direito sucessório do cônjuge sobrevivente estava assegurado pela lei. Nesse sentido, o marido sucedia à mulher e transmitia aos seus herdeiros esta sucessão juntamente com os demais bens de seu patrimônio. Porém, a mulher não sucedia ao marido morto previamente, a não ser depois de um demorado estudo promovido pelos doutores rabínicos e condicionada a certas circunstâncias. Todavia, esta mulher poderia obter todo o patrimônio do marido por meio de doações.

9 Digesto, L. XXXVIII, tít. XVI, 14

No *Tratado Ketubót*¹⁰ encontra-se algumas normas relacionadas com o direito sucessório entre os cônjuges.

Uma delas é a de que se um homem casado com duas mulheres morria, e as duas mulheres reclamavam seus *ketubá*, sendo que a primeira se encontra à frente na sucessão com relação à segunda, o mesmo ocorrerá com os herdeiros da primeira que passarão à frente dos herdeiros da segunda. Se o falecido havia desposado uma mulher que faleceu enquanto ele vivia, mas depois que ele havia casado com outra que o sobreviveu, a segunda mulher e seus herdeiros passavam à frente dos herdeiros da primeira mulher.

A *Guemará* explica o que foi citado acima, resultando, desse ponto, que a *ketubá denin dikerin* (a *ketubá* dos filhos varões) não se pagava por meio dos bens vendidos pelo pai, sendo que os filhos que reclamam a parte de sua mãe não são considerados credores do pai. Estes são simplesmente herdeiros e não podem tomar mais do que os bens que permaneceram livres, e não os bens que o pai tenha vendido ou penhorado. Isso porque se a *ketubá denin dikerin* era considerada como uma dívida, a primeira mulher do falecido é que seria a credora do marido. Como o crédito dela é de data anterior ao da segunda mulher, ela teria o direito de fazer com que se pagasse por meio dos bens hipotecados à segunda mulher, cujo crédito é de uma data posterior. Em outras palavras, seriam os filhos da primeira mulher que passariam à frente da segunda mulher ou seus herdeiros.

Em contrapartida, a *Mishná* diz o contrário. Esta alude que é a segunda mulher e seus herdeiros que passariam à frente dos herdeiros da primeira mulher, porque a segunda mulher teria sobrevivido ao seu marido e teria, por conseguinte, direito a reclamar a *ketubá* [...], sendo uma verdadeiro credora, enquanto a primeira mulher que morreu em vida do marido, não seria considerada credora deste.

Em mesma ocasião, encontram-se outras hipóteses e suas respectivas soluções.

Um indivíduo faleceu e deixou um depósito ou uma dívida a receber de alguém. Esta dívida ou este depósito é reclamado pelos credores, a ver, uma viúva pelo *ketubá* e um credor do falecido. A quem deve se dar? Rabi Triphon diz que se deve dar ao mais necessitado. Já Rabi Akiba diz que a piedade não deve prevalecer sobre a justiça, dando-se, então, aos herdeiros cujo direito é inquestionável, enquanto a viúva e o credor têm necessidade de prestar juramento para estabelecer seu respectivo direito. Se ao invés de uma dívida ou de um depósito a receber, o falecido tenha deixado produtos coletados, permanecerão estes nas mãos daquele que se apoderar deles primeiro. Porque – de acordo com Raschi – caso o herdeiro tenha se apoderado, nem a viúva nem o credor podem se fazer pagar pelo mobiliário. Porém, se a viúva ou o credor tenham-se apoderado, eles possuem o direito de guardar tais bens,

10 Tratado Ketubót, Perek X

segundo Rabi Triphon. Todavia, se a viúva ou o credor tenham-se apoderado dos produtos em questão, e o valor deste excede a soma que cada um reclama, a quem deve ser dado o excedente? Rabi Triphon diz que deveria ser dado àquele que for mais necessitado, enquanto Rabi Akiba diz que tal excesso deverá ser dado aos herdeiros. Quem seria este indivíduo mais necessitado, a quem se refere o Rabi Triphon? É aquele cujos direitos são de data mais recente, uma vez que ele não poderá se fazer pagar com os bens que o falecido tenha vendido antes dessa data.

Outra situação exemplificativa:

Um homem desposou duas mulheres, que morreram em vida do marido, e este veio a falecer depois delas, e cada um dos filhos reclama a *ketubá* (a *ketubá denin dikerin*) de sua mãe. Caso não exista na herança mais que o valor exato para pagar as duas *ketubá*, a reclamação não é admitida, e todos os filhos partem entre si a herança em partes iguais. Porém, se depois de haver pagado as duas *ketubá*, resta, entretanto, o valor de um *denar* a ser dividido entre todos os irmãos em partes iguais, cada um dos filhos pode reclamar a *ketubá* de sua mãe. Se no primeiro caso em que a herança não abarca mais que o valor a ser pago pelas duas *ketubá*, o filho da mulher que tinha a mais considerável – para conservar o direito de reclamar a *ketubá* de sua mãe – diz que estima o valor do terreno da herança em um valor mais considerável, sua pretensão não é admitida. Nessa situação, passa a ser necessário estipular a herança em um tribunal composto de homens desinteressados no assunto. Se os bens da herança do pai não alcançam mais que o valor para o pagamento das duas *ketubá*, porém se espera outra herança, por exemplo, a do avô, que morrerá depois de seu filho, e em cuja herança os bens serão divididos em partes iguais entre os netos, tal herança vindoura não dá direito a *ketubá denin dikerin*, como a que já existe.

Por fim, uma terceira hipótese:

Um homem desposou três mulheres, em que uma possuía uma *ketubá* de cem *zuzes*, a outra de duzentos *zuzes* e a terceira de trezentos *zuzes*. O referido homem faleceu, não tendo deixado mais do que cem *zuzes*. Neste caso, as mulheres partem as cem *zuzes* em partes iguais. Raschi agrega que se trata de um caso em que as três *ketubá* são do mesmo dia, pois de outro modo, a que é primeira no quesito data, passaria à frente das demais. Se o falecido tivesse deixado duzentos *zuzes*¹¹, a esposa que tinha um *ketubá* de cem *zuzes* ficaria com cinquenta, e as outras duas ficariam, cada uma, com o montante de setenta e cinco *zuzes*. Já se o falecido tivesse deixado trezentos *zuzes*, a que tem o *ketubá* de cem, ficaria com cinquenta, a que possui o *ketubá* de duzentos ficaria com cem, e a última ficaria com cento e cinquenta.

A situação detalhada acima em muito se assemelha à hipótese de três sócios em um estabelecimento comercial, em que cada um – como disse Raschi – toma sua parte do proveito ou do prejuízo, segundo a quantidade de dinheiro que cada um pôs no estabelecimento.

11 NT. Moeda de prata dos antigos hebreus. <http://dictionary.reference.com/browse/zuzes?r=14>

Cabe ressaltar, que conforme o que se encontra disposto na Bíblia, o Estado se convertia em sucessor dos bens de algumas pessoas que haviam incorrido em crimes de Estado ou de lesa-majestade. Os bens dos prosélitos (de justiça), que morriam sem descendência, pertenceria ao primeiro que deles se apropriasse, sendo que os bens de um estrangeiro ou de um idólatra se encaixavam na mesma situação. A modificação da ordem sucessória e a deserdação eram estritamente proibidas.

Nesse sentido, o Talmude ampliou os preceitos sobre o direito a suceder estabelecidos nas Escrituras, e modificou, no espírito, já que não literalmente, alguns dos aspectos que não vieram com a evolução natural dos costumes e da doutrina dos doutores da lei.

É assim que se percebe no *Tratado Babá Batrá*¹² uma *Mishná* que estabelece quatro categorias de parentes, do ponto de vista hereditário, a ver:

1ª categoria: Os parentes de um indivíduo que o sucedem e também quem sucede tais parentes, se morrem antes do indivíduo. Eles são: os filhos de um pai que o sucedem e o que, por sua vez, sucede tais filhos, no caso destes morrerem anteriormente (não deixando filhos). Os irmãos de um só pai herdaram entre si (se o pai estava morto e os filhos não possuem filhos).

2ª categoria: Os parentes de um indivíduo que o sucedem, se este está morto, mas que tal indivíduo não herda. Eles são: o filho que herda da mãe, mas que esta não herda dele (pois são os parentes paternos que são seus herdeiros). O marido que herda da mulher, mas esta não herda dele. O filho da irmã de um indivíduo o herda (pois a irmã herda do irmão e os filhos herdaram os direitos da mãe), porém ele não herda do filho de sua irmã (pois a irmã não herda do filho dela).

3ª categoria: Os parentes de um indivíduo que não o herdaram, mas que o indivíduo herda. Eles são: a mãe no que diz respeito ao filho (a mãe não herda dele, mas ele herda dela), a esposa no tocante ao marido (ela não herda dele, mas ele herda dela), o irmão da mãe de um indivíduo (ele não herda do sobrinho, mas o sobrinho herda dele).

4ª categoria: Os parentes de um indivíduo que não os herda, e tampouco aqueles herdaram do indivíduo. Eles são: os irmãos de uma só mãe.

Interpretando a *Mishná* descrita acima, diz Rashbam que os parentes que, segundo a *Mishná*, herdaram, não herdaram somente no caso de não haver parentes mais próximos que eles. Por exemplo: o irmão herda ao seu irmão morto, se este último não deixou descendência.

12 Tratado Babá Batrá, Perek VIII

A *Mishná* diz que a mãe não herda do filho dela e nem dos parentes do lado materno, sendo que, caso não existam parentes mais próximos do lado paterno, e sendo a mãe também parente do lado paterno, ela pode herdar do filho. Exemplo: Rubens se casou com Sara, filha de seu irmão Asher (ela é sobrinha do cônjuge). Deste matrimônio nasceu Naphtali que faleceu sem deixar filhos. A herança de Naphtali passa então a Rubens; se este já faleceu passa aos filhos de Rubens. Caso aquele tenha falecido sem deixar filhos, passa ao irmão Asher. Por fim, se este está morto e não deixou mais do que sua única filha, Sara, será ela que acabará por herdar de seu filho Naphtali.

Outra *Mishná*, do mesmo Tratado, estabelece a ordem de sucessão *ab intestato*. Diz a *Mishná* que se um homem morre sem deixar filhos, deixará sua herança a sua filha. Se não teve filha, deixará a herança para seus irmãos. Se não existem irmãos, deixará para os irmãos de seu pai¹³. A filha não herda se há filhos. Por exemplo: se Jacó morre e deixa dois filhos, Rubens e a filha Dina, Rubens herda sozinho. No caso de Rubens vir a falecer seus bens passariam a seus filhos e netos. No caso de Jacó não ter tido filhos varões, seus bens passariam a Dina e Esaú, irmão de Jacó, não herdaria nada. No caso de Dina morrer, seus bens passariam a seus filhos e netos. Porém, no caso de Jacó ter falecido sem deixar filhos ou filhas, sua herança passaria a seu irmão Esaú, sendo que Ismael, pai de Jacó, nada herdaria. E no caso de Esaú morrer, sua herança passaria a seus filhos e netos, nada ficando para Ismael.

Dessa forma, estabelece-se a regra geral de que *se um indivíduo tem prioridade sobre outro, os filhos e netos (até a centésima geração) deste que possui a prioridade também terão prioridade*. Dessa forma, se Rubens morre, seu pai tem prioridade sobre os próprios filhos (exceto – como disse Rashbam – sobre os filhos e netos de Rubens, uma vez que estes é que possuem a prioridade sobre Jacó).

Uma outra *Mishná* estabelece que a filha que não tem irmão possui o mesmo direito que o filho sobre a herança do pai ou sobre a da mãe. O filho primogênito recebe duas partes dos bens de seu pai, embora não receba mais do que uma parte sobre os bens de sua mãe. Quando o pai deixava bens a seus herdeiros, poderia se chegar a uma situação que as filhas reclamassem a manutenção delas sobre os bens paternos¹⁴. Porém, se era a mãe que deixava bens, as filhas não poderiam esperar nada, uma vez que houvesse um filho.

Já foi explicado previamente o que versava a passagem talmúdica referida acima. Houve uma evolução jurídica trazida pelos doutores rabínicos e as mulheres passaram a herdar na ausência de filhos varões, havendo, também, o tratamento sobre os bens da mãe assim como os do pai. O primogênito somente receberia duas partes dos bens paternos, sempre que se tratasse de bens que se

13 Números, capítulo XXVII, versículos 8 e 10.

14 Tratado Ketubót.

encontravam sob a posse do falecido à data da morte do mesmo, e não daqueles frutos de acréscimos ou de juros. No que diz respeito aos bens herdados da mãe, o primogênito só teria direito a uma parte, assim como seus demais irmãos. As filhas, havendo irmãos varões, poderiam reclamar alimentos e o dote, sendo que este último corresponderia a um décimo de toda a herança.

Uma outra *Mishná* dispõe que se um indivíduo diz: “Meu primeiro filho não tomará de duas partes da herança” ou “Um dos meus filhos não herdará com os demais”, tais palavras são nulas, pois contrárias ao que se encontra disposto no Pentateuco. Se um enfermo, sentindo-se na iminência da morte, tenha feito verbalmente a divisão de seus bens entre seus filhos, deixando para um mais do que para outro, ou se entrega ao primogênito a mesma quantia que foi entregue aos demais irmãos deste, estas palavras são válidas, pois a doação dos bens a quem quiser é permitida, conforme disse Rashbam¹⁵. Todavia, tais palavras são inválidas se o enfermo, ao realizar tal ato de disposição de bens, o faz dizendo se tratar de herança e não de doação. Assim, se o enfermo faz uma ata colocando ao início, meio ou fim a palavra *mataná* (doação), a distribuição feita será válida.

A explicação dos preceitos desta *Mishná* está baseada na invariabilidade das disposições legais por meio da vontade dos indivíduos. A proibição de modificar a ordem dos sucessores era rigorosa. Já se deixasse dito ou se anotasse no testamento qualquer disposição de bens que não fosse a favor dos herdeiros forçosos, tal feito era insanavelmente nulo.

Porém, “ainda é verdade – disse Pastoret – que a instituição de herdeiro em pessoa estranha, havendo de outro lado herdeiros legítimos, se achava proibida pela lei, é igualmente certo que ao pai e a qualquer outro indivíduo era permitida a doação, por cujo meio tornava-se muito fácil iludir a lei, e alienar bens, o que em essência vinha a ser o mesmo que deserdar quem possuía direitos legítimos quanto à sucessão. Cabe ressaltar que se o pai doasse a um de seus filhos, esta doação não produzia outro efeito que não a de lhe dar a propriedade da parte que correspondia a este filho, ficando constituído neste ato curador ou administrador das demais porções relativas aos outros irmãos.”

Entretanto, os abusos que se cometiam contra a lei não significavam que esta fosse má ou injusta. É certo que a Lei Talmúdica, e de certa forma a Lei Bíblica, procuraram assegurar que a vontade do indivíduo não despojasse quem tinha direito legítimo, para melhorar a condição de outrem, mediante a entrega de uma cota maior do que a devida hereditariamente.

Uma outra *Mishná* expressa que se um enfermo que possui uma filha e um filho diz: “Tal indivíduo herdará meus bens” ou se um enfermo que possui

15 Um dos três ilustres netos do célebre Raschi, comentarista da Bíblia, sendo os outros dois Ribam e Rabenu Tam.

um filho diz: “Minha filha herdará meus bens”, tais palavras são nulas – a menos que dê esses bens a título de doação – tendo em vista que estas são contrárias ao que está disposto no Pentateuco. Isso, pois, segundo Rabi Iojanán:

Se o enfermo diz que um indivíduo que possui apenas parte em sua herança, herdará todos os bens, com exclusão de todos os outros coerdeiros, tais palavras são válidas. Porém, se diz que tal indivíduo não possui parte alguma da herança, estas palavras são nulas.

Assim, como foi advertido, a Lei Talmúdica segue, em termos gerais, as regras do Pentateuco, proibindo toda disposição de vontade que seja contrária ao que se encontro disposto na Lei Mosaica. A deserdação está expressamente proibida, qualquer que seja o bem ou o motivo, e tudo aquilo que possa ser entendido como o despojo do herdeiro, é contrário à lei. Caso esteja gozando de plena liberdade para dispor do patrimônio, o autor da sucessão pode deixar, por doação, os bens a quem desejar. Entretanto, as doações feitas por causa ou receio de morte – achando-se enfermo de cuidado o chefe de família – eram nulas se compreendessem a totalidade dos bens. Todavia, eram válidas se o doador se reservava parte de seus bens, pois se presumia, nesta situação, que o enfermo não havia perdido a esperança de recobrar a saúde.

O Talmude estabelece as normas que deviam ser seguidas quando um indivíduo pretendia fazer de outro seu herdeiro *per se*, afirmando que tal indivíduo era tal qual seu filho, seu irmão, etc. Diz outra *Mishná* que se um indivíduo afirma: “Tal homem é meu filho”, ele é acreditado. Porém se diz: “Tal homem é meu irmão”, não será acreditado, embora a ele possa dar uma parte de sua herança. Por exemplo: Rubens e Simão são irmãos que herdaram de Jacó três campos. Surge, então, Levi, que diz também ser filho de Jacó. Rubens diz que, de fato, Levi é seu irmão, porém, Simão, nega tal fato. Neste caso, Rubens não possui poderes para obrigar a dar para Levi a metade de um campo, porém Rubens dará a Levi a metade do campo que tenha tomado por ser sua parte e que pertencerá a Levi. Se Levi morrer depois de ter tomado a metade do campo, esta metade será recuperada por Rubens. Se Levi adquirir outros bens e morrer em seguida, Rubens o herda, pois o próprio Levi havia declarado que aquele era seu irmão.

Outra *Mishná* prescreve que se um indivíduo doou seu campo para um de seus filhos, sob a condição de que terá o usufruto até a morte, pode este indivíduo colher os frutos e os dar a quem lhe aprouver. Caso tenha deixado ao morrer frutos coletados, tais frutos pertencem a todos os herdeiros. Já na hipótese de o indivíduo ter deixado ao morrer filhos maiores e menores de idade, estes últimos podem dizer que não querem que os maiores se mantenham como eles, todos sob a mesma cota, tendo em vista que a manutenção dos maiores é mais custosa que a dos menores. Os maiores, por sua vez, podem dizer que não querem que os menores se sustentem como eles sob a mesma cota, uma vez que a manutenção dos menores é mais custosa que a dos maiores.

Já na situação dos maiores terem contraído matrimônio às custas da herança comum, os menores também irão se casar às custas do mesmo montante. Tendo os filhos maiores se casado antes da morte do pai, os menores não podem dizer: “Nós tomaremos da parte comum para casarmos o equivalente ao que nosso pai deu para vocês”, pois o que o pai dá a um de seus filhos não entra no que tange à herança. O mesmo pensamento vale para quando o pai não tenha deixado filhos, mas somente filhas.

Outra hipótese alude ao caso do pai que tenha deixado filhas maiores e menores. Estas podem recusar às maiores que tais se vistam às custas da parte comum, assim como as maiores podem se recusar que as menores se alimentem com o proveniente da parte comum, situação em que a partilha será feita e cada uma irá viver com o que receber. No caso de as maiores terem se casado às custas da herança comum, as menores contrairiam casamento sob a mesma condição. Tendo as maiores se casado antes da morte do pai, as menores não poderão dizer: “Nós tomaremos da parte comum para casarmos o equivalente ao que nosso pai deu para vocês”.

Observa-se, dessa maneira, que no caso em que as filhas são herdeiras (quando não existem filhos), a situação é semelhante quando os filhos são os herdeiros. Porém, existe uma diferença: se são os filhos que herdaram, estes estão obrigados a prover o sustento das filhas, em virtude da cláusula da *ketubá*, no qual o marido escreveu à mulher: “As filhas que terá de mim serão alimentadas dos meus bens...” Porém, se as filhas são herdeiras, esta cláusula das *ketubá* não é aplicável.

A Lei Talmúdica esmera-se, como se viu, em estabelecer um equilíbrio necessário na família. Quando todos os herdeiros são maiores de idade, não existe inconveniente jurídico ou prático para que os bens deixados pelo autor da sucessão se conservem, indefinidamente, sobre a forma de massa indivisa.

Os problemas sobrevêm quando existem filhos maiores e menores, tratando-se somente de filhos ou só de filhas. Nestes casos autoriza-se a qualquer um deles a reclamar a divisão, de forma que se evitem abusos e desconfianças entre os irmãos. Quando permaneciam como herdeiros maiores e menores, os maiores exerciam a administração dos bens. Para evitar os inconvenientes que podem surgir da administração de bens alheios, a lei se preocupou em dispor sobre a divisão de imediato. Assim, cada herdeiro, maior ou menor, poderia gozar e usar de sua cota parte.

Segundo uma *Mishná* do *Tratado Babá Batrá*¹⁶, se um indivíduo deixava, ao morrer, filhos e filhas, e tenha deixado muitos bens, ou bens suficientes, os filhos serão seus herdeiros e as filhas serão providas destes bens (em virtude da cláusula da *ketubá*). Caso tenha deixado poucos bens ou bens insuficientes, as

16 Tratado Babá Batrá, Perek IX.

filhas serão providas por tais bens e não os filhos, ainda quando, em virtude disso, estes forem obrigados a mendigar para sobreviver.

Para esclarecer o alcance da *Mishná*, a *Guemará* explicou que ao referir a *bens suficientes*, estes seriam aqueles bens para o indivíduo se manter por doze meses. Já ao se falar em *muitos bens*, deve-se entender que os bens devem ser suficientes para manter os filhos e filhas até a segunda maioria destas. Por *poucos bens* entende-se aqueles bens que não são suficientes para a manutenção durante o prazo de doze meses citado.

Outra *Mishná* estabelece que se um indivíduo tenha deixado ao morrer filhos maiores e menores, e os grandes fizeram benfeitorias aos bens da herança, tais benfeitorias pertencem a todos os herdeiros, por igual, incluindo-se os menores e os maiores. Se os maiores dizem: “Eis o que o nosso pai nos deixou, sobre o qual nós trabalhamos por nossa conta.”, as benfeitorias do trabalho lhes pertencem.

Do mesmo modo, se a viúva (que é herdeira, como disse a *Guemará*) tenha feito benfeitorias sobre os bens da herança, estas pertencem a todos os herdeiros, à viúva e aos seus irmãos. Porém, se a viúva diz: “Eis aqui o que o meu marido me deixou, sobre o qual irei trabalhar por minha conta.”, as benfeitorias pertencem a ela.

Assim, o caso apresentado corresponde ao dos herdeiros (maiores) que não tenham realizado benfeitorias por meio de trabalhos pessoais ou de investimento de dinheiro próprio, mas que fizeram com o montante financeiro advindo da própria herança. Neste caso, como já foi dito, as melhorias pertencem a todos por igual. Todavia, na hipótese de as benfeitorias terem sido realizadas por intermédio de trabalho pessoal ou de investimento de dinheiro próprio (ainda que este forme parte da herança), torna-se claro que somente a estes pertencem as melhorias, sendo a situação da viúva análoga.

Prossegue a *Mishná* dizendo que se um dos irmãos herdeiros que vivem em comum, no caso de não ter sido feita a partição dos bens ainda, tenha sido chamado para prestar serviços junto ao rei, ele perderá as benfeitorias correspondentes a ele (segundo o *Talmude Jerusalemi*), sendo distribuídas entre os demais irmãos.

Caso um dos irmãos tenha contraído enfermidade (por culpa própria, segundo a *Guemará*), seus irmãos não estão obrigados a contribuir com os gastos relativos ao seu tratamento. A *Guemará* faz uma interessante discriminação sobre tal aspecto: se um dos irmãos que faz parte da comunidade da herança (indivisa previamente) tenha sido nomeado coletor ou guerreiro, não se devendo tal nomeação a capacidade pessoal do indivíduo, mas ao costume de se nomear um dos membros de certas famílias, as benfeitorias serão divididas entre todos os irmãos.

Porém, se a nomeação se deve à capacidade pessoal do indivíduo, as benfeitorias pertencem somente a ele. Quanto à enfermidade contraída por um irmão cujo tratamento não é pago com os bens da herança, trata-se, segundo a *Guemará*, de uma doença adquirida por culpa ou falta do paciente. De outro modo, os gastos com a cura seriam provenientes de bens comuns.

Uma *Mishná* do Tratado citado anteriormente dispõe que se um enfermo dá a um estrangeiro todos os seus bens com exceção de um pequeno campo (se não tiver dito – como asseverou Rashbam – que assim o fez porque irá morrer), a doação é válida. Porém, se tiver dado tudo sem nada deixar para si próprio, tal doação é passível de ser anulada. Isso porque o doador pode dizer que doou todos os bens, pois pensou que iria morrer, não deixando, assim, nada para ele mesmo.

A *Guemará* interpreta esta passagem, predispondo que cada situação deve ser analisada de acordo com suas particularidades, para determinar a validade da disposição total dos bens. Referindo-se aos requisitos para a validade das doações, quer se trate de enfermo ou de indivíduo plenamente são, o Talmude registra contradições entre o que diziam os doutores da lei. Segundo Rabi Eleazar, o donatário não pode adquirir os imóveis a menos que por meios ordinários, isto é, dinheiro (preço, por ata escrita, ou por tomada de posse *hazaká*) e não pode adquirir bens móveis a não ser por meio da *meshiká*. Os demais doutores sustentam que a distribuição efetuada por um enfermo a um donatário não necessita dos requisitos prévios, devendo-se respeitar, em tais casos, a vontade do doador.

O Talmude apresenta inúmeras situações hereditárias que são resolvidas de acordo com os princípios gerais e as opiniões dominantes. A exemplificação acompanha, geralmente, o caso em questão, a fim de orientar e ilustrar a opinião dos encarregados de distribuir justiça.

Assim, por exemplo, uma *Mishná* estabelece sobre o caso em que uma casa caiu sobre Rubens e seu pai Jacó, que não tinha demais filhos e de quem Rubens seria herdeiro. Jacó possuía bens, enquanto Rubens havia deixado dívidas a pagar a um credor. Os herdeiros de Jacó dizem que Rubens morreu antes de seu pai Jacó e, por isso, nada herdou, carecendo, assim, o credor de quaisquer direitos sobre os bens de Jacó. Já o credor diz que Jacó morreu antes de Rubens, chegando este a herdar de seu pai.

A Escola de Shammai sustenta que neste caso a herança é dividida entre o credor e os herdeiros de Jacó. Já a Escola de Hillel opina, contrariamente, afirmando que os bens pertencem aos herdeiros de Jacó, cujos direitos são certos, tendo em vista que herdaram de Jacó ou de Rubens, enquanto os direitos do credor são incertos, uma vez que esses direitos só possuem valor no caso de Jacó ter morrido primeiro.

Outro caso apresentado pela *Mishná* dispõe acerca de uma casa que tenha desabado sobre um homem e sua mulher que não haviam deixado filhos, embora a mulher tenha deixado bens e o direito sobre uma *ketubá*. Os herdeiros do marido (seus irmãos) dizem: “A mulher morreu antes do marido, logo este herdou os bens dela, e, por conseguinte, nos herdamos tais bens”. Os herdeiros da mulher (seu pai, por exemplo) dizem: “O marido morreu antes da mulher, sendo que esta adquiriu o direito sobre a *ketubá* e aos bens em questão, logo, herdamos esses bens e a *ketubá*.”

A Escola de Shammai diz que tudo dever ser dividido em partes iguais entre os herdeiros do marido e da mulher. Já a Escola de Hillel sustenta que os bens da mulher devem ser considerados como pertencentes aos que os possuíram, sendo que a *ketubá* pertence aos herdeiros do marido, isto é, os herdeiros da mulher não podem reclamar quanto a referida *ketubá* e nem podem provar que a mulher era viúva. Apenas os bens *meleg* da mulher pertencerão aos herdeiros desta.

A *Guemará* esclarece o sentido do que foi aludido acima. Os bens pertencem àquele que os tiver possuído, ou seja, aos herdeiros do marido, que poderiam dispor deles e vendê-los, quando da morte do cônjuge masculino.

Outra *Mishná* expõe o seguinte caso: uma casa caiu sobre um homem e sua mãe, sendo que esta não tem filhos, embora possua bens. O herdeiro da mãe (o irmão desta) diz: “O filho morreu antes da mãe, em consequência, não herda dela. Por isso devo herdar os bens da mulher que era minha irmã.” O herdeiro do filho (se havia um irmão do pai, por exemplo) diz: “A mãe morreu antes do filho, logo, ele herdou dela. Por conseguinte, eu herdo de meu irmão os bens da mãe dele.”

Neste caso, as Escolas de Shammai e de Hillel estão de acordo que os bens devem ser divididos entre o herdeiro da mãe e do filho.

Uma *Mishná* do mesmo Tratado Talmúdico¹⁷ traz este caso: dois irmãos herdaram do pai uma casa de banhos ou um moinho. Um dos irmãos é pobre e o outro é rico. Se estes bens serão arrendados ou alugados, ambas as partes usufruem dos benefícios. Porém, se não há interessados nestes bens, ou no caso de o pai tê-los construído para seu próprio uso, o irmão mais rico pode fazer uso da casa de banho para sua família e para seus empregados domésticos. No caso do irmão mais pobre se queixar de que o irmão mais rico só faz uso da herança comum, este pode dizer: “Compre escravos e faça uso da casa de banhos assim como eu, ou compre trigo e faça uso do moinho assim como eu; não é minha culpa que você não possua meios para se utilizar da herança como eu”.

17 Tratado Babá Batrá, Perek X.

CONCLUSÃO

Segundo a Lei Bíblica, os hebreus não poderiam dispor de seus bens, móveis ou imóveis, de forma ilimitada e perpétua. Já é sabido que todos os contratos, verbais e escritos, sobre transações, assumiam um caráter meramente temporário, condicionados a um prazo determinado e fatal em que os compromissos se desfaziam e os bens objetos retroagiam ao proprietário originário. Em matéria de sucessões, nenhum ato tinha validade absoluta se não se encontrava ajustado às leis em vigor.

Consequentemente, para os primeiros hebreus, a liberdade de dispor dos bens para depois da morte do titular era desconhecida. No mais, poderia dispor dos bens móveis, já que não existia nenhuma disposição legal em contrário. Em termos gerais, para os israelitas, os bens móveis careciam de valor de importância.

Todavia, isto não ocorria com os bens imóveis, estando a razão para esta diferença radicada no caráter agrário inerente ao povo de Israel, uma vez que toda a riqueza patrimonial e as mais importantes transações referiam-se à terra.

Dessa forma, na época bíblica, a disponibilidade das propriedades de raiz *post mortem* era pouco mais do que ignorada, senão proibida pela lei em vigor. Foi necessário que sobreviesse uma profunda transformação social na vida dos hebreus para que se mudasse a mentalidade e a orientação jurídica em geral. Um elemento novo, poderoso e inevitável que sobreveio para modificar totalmente o panorama desta questão foi a caída de Jerusalém nas mãos dos invasores e, consequentemente, a dispersão das tribos.

Estando desaparecido o fator territorial, numerosas instituições que tinham como fundamento a organização estatal ou nacional esfumaçaram-se em razão da diáspora. Dessa forma, algumas modalidades do Direito Hebreu desapareceram até os dias de hoje e outras até o dia do retorno à terra prometida¹⁸.

Assim, se existia um motivo poderoso para manter a propriedade imóvel no seio da tribo, visando assegurar a estabilidade econômica e política, este motivo desapareceu quando os israelitas abandonaram a terra que Deus havia dado a eles, tendo o rigor dos preceitos bíblicos que ceder às novas normas e leis referentes às novas perspectivas de Israel.

Dessa forma, a proibição de dispor por testamento, que estava implícita na Lei Bíblica, foi substituída, nos dizeres do Talmude e dos doutores rabínicos, por uma ampla liberdade de dispor como cada um bem entendesse. A Lei Rabínica, posterior à dispersão, havia suprimido o Jubileu e, em consequência, as transações sobre bens de raiz fizeram-se irrevogáveis. Nesse sentido, o Talmude

18 NT. Neste ponto cabe realizar uma ressalva, no que diz respeito ao retorno à terra prometida, de que a presente obra analisada neste estudo, por um curto lapso temporal de um ano, não pode atestar a criação do Estado de Israel em 14 de maio de 1948.

foi generoso na previsão de normas para assegurar a mais ampla liberdade de testar, introduzindo uma autêntica moralização na ampla disposição dos bens patrimoniais. Já não se tornava mais necessário acudir a simulações ou modificações nos atos jurídicos para deixar, a quem quer que fosse, os frutos do trabalho.

E, graças a estas orientações, foi possível alienar os bens imóveis para depois da morte sem restrições, inclusive para destiná-los a estrangeiros. A proibição de deserदार converteu-se em uma simples recordação do passado, e a igualdade hereditária entre os parentes de mesmo grau transformou-se em um mito. Os doutores rabínicos censuravam o pai que havia deserदार o filho, porém, não desconheciam a validade do testamento em que tal ato de deserदार foi consumado. E foi justamente a Lei Rabínica que, com o passar do tempo, marcou a prática testamentária com o caráter sagrado e inviolável que até hoje se conserva entre os povos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS DOS TRADUTORES

A singela pincelada sobre esse tema, por si tão vasto, e inserto dentro da gama ainda mais ampla das origens do Direito Civil, foi elaborada para trazer à tona a importância do estudo histórico e da bem-vinda aliança dos estudos da tradução com o direito. Com isso, rompe-se o véu temporal perceptível ao se notar que formas de agir ainda se fazem presentes no nosso ordenamento contemporâneo, guardadas as devidas proporções culturais e temporais.

A laicidade do ordenamento moderno encontra, em muitas ocasiões, seu embrião, em discussões religiosas dos antigos doutores da lei. Todavia, tal fato não é de se estranhar, uma vez que tanto a ciência jurídica quanto a religião abordam o comportamento humano, em suas diversas facetas, tratando-o sob vieses distintos. O que vemos, assim, retomando as palavras na introdução, é que muito mais do que procurar e ressaltar as diferenças, tantas vezes fontes de conflito, discursos de ódio e violências, devemos nos comprazer nas semelhanças fraternas que nos unem pela história, pela cultura e pelos valores compartilhados e aprimorados ao longo dos séculos.

REFERÊNCIAS

GOLDSTEIN, Mateo. *Derecho Hebreo a través de la Biblia y el Talmud*. Buenos Aires: Atalaya, 1947.

NORD, Christiane. *Análise textual em tradução: bases teóricas, métodos e aplicação didática*. Tradução e adaptação coordenadas por Meta Elisabeth Zipser. São Paulo: Rafael Copetti Editor, 2016.

VERMEER, Hans-Josef. Skopos and Commission in Translational Action. Translated by Andrew Chesterman. In: VENUTI, Lawrence (Ed.). *The Translation Studies Reader*. New York: Routledge: 2004.

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 silenciosa¹ 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.

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFMG

INSTRUÇÕES PARA OS COLABORADORES

As colaborações destinadas à Revista da Faculdade de Direito da UFMG deverão constituir de artigos científicos **originais** e **inéditos** contendo relato de pesquisa ou de experiência, fundamentados teoricamente, resultados inéditos de pesquisa de natureza empírica, experimental, bibliográfica ou documental, que atendam às disposições contidas nas Normas Brasileiras de Documentação especificadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), dentre as quais destacamos: **NBR 6022** (Informação e documentação – Artigos em publicação periódica impressa – Apresentação); **NBR 6023** (Informação e documentação – Referências – Elaboração); **NBR 6028** (Informação e documentação – Resumo – Apresentação); e **NBR 10520** (Informação e documentação – Índice – Apresentação).

Os autores das contribuições deverão ser portadores do título de doutor, vinculados a Instituição de Ensino com Programa de Pós-Graduação **stricto sensu**, admitindo-se também a candidatura de artigos escritos em coautoria entre doutores, desde que todos os colaboradores tenham vínculo com uma Instituição de Ensino com Programa de Pós-Graduação **stricto sensu**.

Para garantia de anonimato no processo de avaliação, os artigos devem ser apresentados da seguinte forma: ter uma folha de rosto, separada das demais, onde deverá constar o título, nome do autor, profissão, vínculo institucional e título acadêmico, endereço, telefone e e-mail.

Apresentamos, a seguir, diretrizes a submissão de trabalho. Seu descumprimento poderá implicar em rejeição de publicação do artigo no periódico.

1. FORMA E APRESENTAÇÃO DOS ARTIGOS.

- 1.1. As colaborações devem ter, de preferência, entre 10 e 20 páginas textuais;
- 1.2. Devem ser apresentadas em documento de extensão DOC remetido ao sistema do site da revista;
- 1.3. O arquivo deverá estar formatado em tamanho A4, espaçamento 1,5, uma linha de espaço entre parágrafos, fonte Times New Roman, tamanho 12 para o corpo do texto e tamanho 10 para as notas de rodapé;
- 1.4. A largura das margens da página deverá ser: superior e esquerda – 3cm; inferior e direita – 2cm; cabeçalho – 1,5cm; rodapé – 1,0cm;
- 1.5. O alinhamento do corpo do texto deverá ser justificado;
- 1.6. A numeração deverá estar na parte inferior da página à direita.

2. CABEÇALHO.

- 2.1. **Título** do artigo em negrito, caixa alta e centralizado, conciso e sem abreviaturas. Quando for tradução de artigo, o nome do tradutor e o título original do trabalho devem constar em nota de rodapé;
- 2.2. **Resumo** de conteúdo, redigido na língua do texto, em no *máximo 250 palavras*. O resumo deverá explicitar o objetivo, método, resultados e conclusões contidas no documento, devendo ser preferencialmente estruturado em **parágrafo único**, observando-se as demais disposições da NBR 6028:2003 da ABNT. Deverá ficar localizado abaixo do nome do autor, separado por espaço duplo.
- 2.3. Resumo deverá vir acompanhado de **palavras-chave**: expressões significativas que representem o conteúdo do documento, inseridas logo abaixo do resumo, separadas e finalizadas por ponto.
- 2.4. **Sumário**, se houver, numerado em algarismo arábicos e recuado 5cm à direita.

3. TEXTO.

- 3.1. Desenvolvido segundo o plano apresentado no resumo, dividindo-se basicamente em três partes: Introdução, Desenvolvimento e Conclusão, obedecendo às subdivisões anunciadas no sumário quando for o caso;
- 3.2. Nota de agradecimento, se houver, deverá ser o último elemento do artigo;
- 3.3. Notas de rodapé, destinadas a indicações bibliográficas e comentários do autor do artigo, deverão ser numeradas seguindo a ordem de aparecimento no trabalho;
- 3.4. A primeira linha de cada parágrafo deve estar ajustada para iniciar-se a 2,5 cm de distância da margem esquerda.

4. ELEMENTOS EM LÍNGUA ESTRANGEIRA (título, resumo e palavras-chave) observar as disposições da NBR 6022 (ABNT, 2003b);

- 4.1. **Título e subtítulo se houver, em língua estrangeira** apresentar o título em inglês. Os elementos em língua estrangeira devem ser colocados na primeira página após as palavras-chave redigidas na língua do o texto;
- 4.2. **Resumo em língua estrangeira** apresentar o resumo traduzido para o inglês (Abstract);
- 4.3. **Palavras-chave em língua estrangeira** apresentar as palavras-chave em inglês (keywords), inseridas logo após o abstract

5. ILUSTRAÇÕES.

- 5.1. Gráficos, mapas, tabelas desenhos e etc. devem ser numerados e titulados tão perto quanto possível do elemento a que se refere, indicando o autor, necessariamente, sua **fonte**.
- 5.2. As imagens deverão ser encaminhadas em arquivos separados do texto em alta resolução (300 dpi), nos formatos TIFF, JPG, CDR ou PSX.

6. CITAÇÕES E REFERÊNCIAS

- 6.1. As citações devem ser feitas em **nota de rodapé**, indicando os dados da fonte conforme o seguinte modelo: ALBINO, 2011, p. 26;
- 6.2. As referências completas devem ser apresentadas em ordem alfabética no final do texto, de acordo com as normas da NBR-6023 / ABNT e seguindo o seguinte modelo:

Livro:

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Assim falou Zaratustra**: um livro para todos e para ninguém. Trad. Mário da Silva. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998;

Livro disponível online

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Assim falou Zaratustra**: um livro para todos e para ninguém. Trad. José Mendes de Souza. eBook, 2002. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/zara.pdf>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

Capítulo de Livro:

COMANDUCCI, Paolo. Uma defesa do positivismo metodológico. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (orgs.). **Teoria do direito neoconstitucional**: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, pp. 339-352, 2008.

Artigo:

SOMEK, Alexander. Stateless law: Kelsen's conception and its limits. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n.4, pp. 753-774, 2006;

Artigo publicado em periódico disponível *on-line*

CAPUTO, Alice. Stato versus mercato, stato versus Unione Europea: la nuova disciplina degli aiuti di stato a favore dell'ambiente e dell'energia tra tutela della concorrenza e crescita sostenibile. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 69, pp. 45-68, 2016. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1781>. Acesso em: 26 dez. 2017.

- 6.3. As citações diretas de até três (3) linhas devem ser incluídas no parágrafo, entre aspas e sem alteração do tipo de letra;
- 6.4. As citações diretas de mais de três (3) linhas deverão ser destacadas do texto, inseridas com recuo de 4,0cm da margem esquerda, em fonte Times New Roman tamanho 10 e sem aspas;
- 6.5. Para outras informações acerca do uso de citações, o autor deverá consultar a NBR 10520:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

7. IDENTIFICAÇÃO DOS AUTORES

- 7.1 Não deve haver nenhuma forma de identificação do nome do(s) autor(es) no corpo do texto do artigo.
- 7.2 Os autores devem enviar um arquivo em extensão “.pdf” com os seguintes dados, sob pena de o artigo não ser submetido ao procedimento de avaliação:
 - 7.2.1. Nome completo;
 - 7.2.2. Titulação completa;
 - 7.2.3. Instituição a que se encontra vinculado (em caso de vínculo com mais de uma instituição, mencionar apenas a principal e, em caso de estar cursando curso de pós-graduação *strictu sensu*, mencionar o nome da instituição que ministra o curso);
 - 7.2.4. Endereço de e-mail;
 - 7.2.5. Endereço postal institucional (contendo indicação da Instituição de Ensino/Pesquisa, Unidade, Departamento, endereço, CEP, cidade, estado e país);
 - 7.2.6. Telefone para contato, estritamente se fizer necessário;
 - 7.2.7. As informações constantes do item 7.2.2 até ao 7.2.4 serão divulgadas na seção “Sobre os Autores”, em caso de publicação do artigo.

8. DISPOSIÇÕES FINAIS

- 8.1. Todos os direitos editoriais estão reservados à Faculdade de Direito da UFMG e, ante a vigência da lei de direitos autorais, deverão ser rigorosamente obedecidos. A publicação dos artigos pela Revista da Faculdade de Direito da UFMG implica na transferência dos direitos autorais à publicação.
- 8.2. Os autores são exclusivamente responsáveis pelo conteúdo das ideias divulgadas e pelo seu ineditismo e originalidade.

- 8.3. No caso de artigos ou de ensaios com pesquisas envolvendo pessoas humanas, deverá haver a prévia aprovação da pesquisa pelo Comitê de Ética em Pesquisa, bem como a obediência estrita e restrita às declarações internacionais e às resoluções do Conselho Nacional de Saúde.
- 8.4. Ao submeterem um artigo, os autores são responsáveis por reconhecer e revelar conflitos de natureza financeira, pessoal, comercial, política ou acadêmica que podem influenciar a elaboração ou avaliação do manuscrito.
- 8.5. Os autores deverão indicar se o artigo ou ensaio recebeu algum tipo de financiamento, por meio de nota de rodapé junto ao título do texto, em sua primeira página.
- 8.6. Não há pagamento de nenhuma remuneração ao(s) autor(es), sendo-lhe(s) entregue(s) um exemplar da Revista da Faculdade de Direito da UFMG, para cada autor, em caso de publicação.
- 8.7. São aceitos artigos em Português, Inglês, Espanhol, Italiano, Francês e Alemão.
- 8.8. A revisão linguística e bibliográfica deverá ser feita antes da submissão do manuscrito.

