

Ril

Revista de Informação Legislativa

nº 213

Brasília | janeiro – março/2017

Ano 54

SENADO FEDERAL





Revista de Informação Legislativa

SENADO FEDERAL

Mesa

Biênio 2017 – 2018

Senador Eunício Oliveira

PRESIDENTE

Senador Cássio Cunha Lima

PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE

Senador João Alberto Souza

SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE

Senador José Pimentel

PRIMEIRO-SECRETÁRIO

Senador Gladson Cameli

SEGUNDO-SECRETÁRIO

Senador Antonio Carlos Valadares

TERCEIRO-SECRETÁRIO

Senador Zeze Perrella

QUARTO-SECRETÁRIO

SUPLENTE DE SECRETÁRIO

Senador Eduardo Amorim

Senador Sérgio Petecão

Senador Davi Alcolumbre

Senador Cidinho Santos



Brasília | ano 54 | nº 213
janeiro/março – 2017



MISSÃO

A *Revista de Informação Legislativa* (RIL) é uma publicação trimestral, produzida pela Coordenação de Edições Técnicas do Senado Federal. Publicada desde 1964, a *Revista* tem divulgado artigos inéditos, predominantemente nas áreas de Direito, Ciência Política e Relações Internacionais. Sua missão é contribuir para a análise dos grandes temas em discussão na sociedade brasileira e, conseqüentemente, em debate no Congresso Nacional.

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade, Presidente do Senado Federal – 1961-1967

Isaac Brown, Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967

Leyla Castello Branco Rangel, Diretora – 1964-1988

DIRETORA-GERAL: Ilana Trombka

SECRETÁRIO-GERAL DA MESA: Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho

IMPRESSA NA SECRETARIA DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES

DIRETOR: Fabrício Ferrão Araújo

PRODUZIDA NA COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS

COORDENADOR: Aloysio de Brito Vieira

EDITOR RESPONSÁVEL: Aloysio de Brito Vieira. CHEFIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL: Raphael Melleiro. GESTÃO DE ARTIGOS: Leticia Costa. REVISÃO DE ORIGINAIS: Thiago Adjuto, Vilma de Sousa e Walfrido Vianna. REVISÃO DE REFERÊNCIAS: Guilherme Costa e Mayara Hanyle. REVISÃO DE PROVAS: Leticia de Castro, Karina Arruda e Maria José Franco. EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Candylena Cordeiro e Rejane Campos. PROJETO GRÁFICO: Lucas Santos. CAPA: Angelina Almeida. FOTO DA CAPA: Washington Brito.

Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas – Ano 1, n. 1 (mar. 1964). – Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1964. Trimestral.

Ano 1-3, n. 1-10, publicada pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9, n. 11-33, publicada pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9-50, n. 34-198, publicada pela Subsecretaria de Edições Técnicas; ano 50-, n. 199-, publicada pela Coordenação de Edições Técnicas.

ISSN 0034-835x

1. Direito – Periódico. I. Brasil. Congresso. Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas.

CDD 340.05
CDU 34(05)

Publicação trimestral da Coordenação de Edições Técnicas

Via N-2, SEGRAF, Bloco 2, 1ª Pavimento

CEP: 70.165-900 – Brasília, DF

Telefones: (61) 3303-3575 e 3303-3576

E-mail: ril@senado.leg.br

© Todos os direitos reservados. A reprodução ou a tradução de qualquer parte desta publicação serão permitidas com a prévia permissão escrita do Editor.

Solicita-se permuta. / Pídesse canje. / On demande l'échange. / Si richiede lo scambio. / We ask for exchange. / Wir bitten um Austausch.

CONSELHO

Dr. Bruno Dantas Nascimento, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Bruno Leonardo Câmara Carrá, Faculdade 7 de Setembro – FA7, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Carlos Blanco de Moraes, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal / Dr. Florivaldo Dutra Araújo, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Gilmar Ferreira Mendes, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Luis Fernando Barzotto, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Luiz Fux, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Marcelo Dias Varella, Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Dr. Marco Bruno Miranda Clementino, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Maria Tereza Fonseca Dias, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Octavio Campos Fischer, Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Roger Stiefelmann Leal, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Wremyr Scliar, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil

PARECERISTAS

Dr. Adalberto de Souza Pasqualotto, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Adualdo de Lima Catão, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dr. Alan Daniel Freire de Lacerda, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Alexandre Luiz Pereira da Silva, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Aline Sueli de Salles Santos, Universidade Federal de Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dra. Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave, Universidade Católica do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Ma. Ana Carolina da Motta Perin Schmitz Kohlitz, Da Motta & Borges Sociedade de Advogados, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Ana Lucia Romero Novelli, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil / Dra. Ana Virginia Moreira Gomes, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. André Fernandes Estevez, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. André Karam Trindade, Faculdade Guanambi, Guanambi, BA, Brasil / Dr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dra. Andrea Flores, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Angela Issa Haonat, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto, Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil / Me. Antonio de Holanda Cavalcante Segundo, Leandro Vasques Advogados Associados, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Antônio Flávio Testa, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Antonio José Maristrello Porto, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Antonio Sergio Cordeiro Piedade, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Arlindo Fernandes de Oliveira, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Artur Stamford da Silva, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Augusto Jobim do Amaral, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Bárbara Gomes Lupetti Baptista, Universidade Veiga Almeida, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Ma. Beatriz Schettini, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Benjamin Miranda Tabak, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dra. Betania de Moraes Alfonsin, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Betina Treiger Gruppenmacher, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Bruno Camilloto Arantes, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Me. Bruno Cavalcanti Angelin Mendes, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Bruno César Machado Torres Galindo, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Bruno Meneses Lorenzetto, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Caio Gracco Pinheiro Dias, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Camilo Zufelato, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Carla Reita Faria Leal, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Me. Carlos Alexandre Amorim Rocha, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil / Dr. Carlos Eduardo Silva e Souza, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Me. Carlos Henrique Rubens Tomé Silva, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Carlos Luiz Strapazzon, Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, SC, Brasil / Dr. Carlos Magno Spricigo Venerio, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Carlos Pianovski, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Celso de Barros Correia Neto, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Cesar Rodrigues van der Laan, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Cláudia Ribeiro Pereira Nunes, Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Cláudio Araújo Reis, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Claudio Ferreira Pazini, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Clayton de Albuquerque Maranhão, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Cristiano Gomes de Brito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Cristiano Heineck Schmitt, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Cynthia Soares Carneiro, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Ma. Daniela de Melo Crosara, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Danielle Annoni, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Danilo Fontenele Sampaio Cunha, Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil / Me. Davi Augusto Santana de Lelis, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil /

Me. Devanildo Braz da Silva, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Diego Werneck Arguelhes, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Dunja Duic, Josip Juraj Strossmayer University of Osijek, Osijek, Croácia / Dr. Edson Alvisi Neves, Universidade do Vigo, Ourense, Espanha / Dr. Eduardo Biacchi Gomes, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Eduardo Ramalho Rabenhorst, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Eduardo Rocha Dias, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Eduardo Saad-Diniz, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Elaine Harzheim Macedo, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Emilio Peluso Neder Meyer, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Eriberto Francisco Bevilaqua Marin, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil / Dra. Érika Mendes de Carvalho, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, PR, Brasil / Dr. Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho, Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, AM, Brasil / Dra. Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Eugênio Facchini Neto, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Fabiana Santos Dantas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Fabiano César Rebutti Guzzo, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Fabio Queiroz Pereira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Fábio Túlio Barroso, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Fabiola Albuquerque Lobo, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Fabricio Ricardo de Limas Tomio, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Federico Nunes de Matos, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Felipe de Melo Fonte, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Felipe Lima Gomes, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Dra. Fernanda Sola, Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, SP, Brasil / Dr. Fernando Angelo Ribeiro Leal, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Fernando César Costa Xavier, Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, RR, Brasil / Dr. Fernando de Brito Alves, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Fernando Gaburri de Souza Lima, Universidade Estadual do Rio Grande do Norte, Mossoró, RN, Brasil / Me. Fernando Laércio Alves da Silva, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Filipe Lôbo Gomes, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Me. Flávia Orsi Leme Borges, Da Motta & Borges Sociedade de Advogados, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Francisco Antônio de Barros e Silva Neto, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Francisco Humberto Cunha Filho, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Me. Frederico Augusto Leopoldino Koehler, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Guilherme Brenner Lucchesi, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Guilherme Tanger Jardim, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Gustavo César Machado Cabral, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Gustavo Saad Diniz, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Me. Gustavo Silva Calçado, Universidade Tiradentes, Aracaju, SE, Brasil / Dr. Handel Martins Dias, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Heron José de Santana Gordilho, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Iara Antunes de Souza, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Ilzver Matos de Oliveira, Universidade Tiradentes, Aracaju, SE, Brasil / Me. Ivar Alberto Martins Hartmann, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Jacopo Paffarini, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Jahyr-Philippe Bichara, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Jailton Macena de Araújo, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dra. Jaqueline Mielke Silva, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. João Aparecido Bazolli, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. João Henrique Pederiva, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Jorge Luís Ribeiro dos Santos, Universidade Federal do Pará, Belém, PA, Brasil / Dr. José Augusto Fontoura Costa, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. José Carlos Evangelista Araújo, Faculdade de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dr. José Diniz de Moraes, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. José Tadeu Neves Xavier, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Josué Alfredo Pellegrini, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Juliana Teixeira Esteves, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Lavinia Cavalcanti Lima Cunha, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dr. Leandro Novais e Silva, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Leila Giandoni Ollaik, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Brasília, DF, Brasil / Dra. Leila Maria da Juda Bijos, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Leonardo Martins, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Leonardo Silva Nunes, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dra. Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Lídia Patrícia Castillo Amaya, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Lívia Gaigher Bósio Campello, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Luciana Cordeiro de Souza Fernandes, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Me. Luciano Carlos Ferreira, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Luciano Santos Lopes, Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil / Dr. Luis Alexandre Carta Winter, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Luis Fernando Sgarbossa, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Luiz Caetano de Salles, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Me. Luiz Felipe Monteiro Seixas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Luiz Fernando Afonso, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Luiz Guilherme Arcaro Conci, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Marcelo Antonio

Theodoro, Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Marcelo Maciel Ramos, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Márcio Alexandre da Silva Pinto, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Marco Aurélio Gumieri Valério, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Marco Aurélio Nogueira, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Marco Bruno Miranda Clementino, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Marco Félix Jobim, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Marcos Jorge Catalan, Centro Universitário La Salle Canoas, Canoas, RS, Brasil / Dr. Marcos Prado de Albuquerque, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dra. Maria Auxiliadora Minahim, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dra. Mariah Brochado Ferreira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Marilsa Miranda de Souza, Universidade Federal de Rondônia, Porto Velho, RO, Brasil / Mario Spangenberg Bolívar, Pontifícia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina / Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Mauricio Martins Reis, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Mauro Fonseca Andrade, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Max Möller, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, SC, Brasil / Me. Maximiliano Vieira Franco de Godoy, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dra. Melina de Souza Rocha Lukic, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dra. Melina Girardi Fachin, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Michael Freitas Mohalleh, University College London, Londres, Reino Unido / Ma. Mônica Alves Costa Ribeiro, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Monica Paraguassu Correia da Silva, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Morton Luiz Faria de Medeiros, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Natalia Gaspar Pérez, Benèmerita Universidad Autónoma de Puebla, Puebla, México / Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Neuro José Zambam, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Nilson Tadeu Reis Campos Silva, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Otavio Luiz Rodrigues Junior, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Me. Pablo Georges Cicero Fraga Leurquin, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Patrícia Borba Vilar Guimarães, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Patrícia Regina Pinheiro Sampaio, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dra. Patrícia Tuma Martins Bertolin, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Patryck de Araujo Ayala, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Paul Hugo Weberbauer, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Paulo César Busato, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Paulo César Pinto de Oliveira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Me. Paulo Henrique da Silveira Chaves, Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Me. Paulo Henrique Soares, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Paulo Lopo Saraiva, Faculdade Maurício de Nassau, Natal, RN, Brasil / Dr. Paulo Roberto Nalin, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Pedro Augustin Adamy, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Heidelberg, Alemanha / Dr. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Me. Pêrsio Henrique Barroso, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Ma. Priscilla Cardoso Rodrigues, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Dr. Rabah Belaidi, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil / Dr. Rafael Fonseca Ferreira, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, RS, Brasil / Dr. Rafael Lamera Cabral, Universidade Federal Rural do Semiárido, Mossoró, RN, Brasil / Me. Rafael Reis Ferreira, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Dr. Rafael Silveira e Silva, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil / Dr. Raoni Macedo Bielschoswky, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Rejane Alves de Arruda, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Renata Christiana Vieira Maia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Ma. Renata Queiroz Dutra, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dra. Renata Rodrigues de Castro Rocha, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Ricardo Maurício Freire Soares, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Me. Ricardo Rocha Viola, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Ricardo Sontag, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Roberto da Silva Fragale Filho, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Roberto Henrique Pôrto Nogueira, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Rodrigo Grazinoli Garrido, Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis, RJ, Brasil / Dr. Rodrigo Luís Kanayama, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Rodrigo Vitorino Souza Alves, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Dr. Rogerio Mayer, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dra. Roxana Cardoso Brasileiro Borges, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dr. Rubens Beçak, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Rubens Vatecides Alves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Salette Maria da Silva, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dra. Salette Oro Boff, Instituição Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Sandro Marcelo Kozikoski, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Saulo Nunes de Carvalho Almeida, Unicatólica de Quixadá, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Sérgio Augustin, Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, RS, Brasil / Dr. Sérgio Cruz Arenhart, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Sergio Torres Teixeira, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Shirlei Silmara de Freitas Mello, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Silviana Lucia Henkes, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Sônia Leticia de Mello Cardoso, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, PR, Brasil / Dr. Tarsis Barreto Oliveira, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Ma. Tatiana Emília Dias Gomes, Universidade Federal da Bahia, Salvador,

BA, Brasil / Dra. Taysa Schiocchet, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Thiago Bottino do Amaral, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Me. Thiago Chaves Gaspar Bretas Lage, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Me. Thiago Cortez Costa, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Tunjica Petrasevic, Josip Juraj Strossmayer University of Osijek, Osijek, Croácia / Me. Valter Moura do Carmo, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Vânia Siciliano Aieta, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Venceslau Tavares Costa Filho, Fundação Universidade de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Vicente de Paula Ataíde Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Wálber Araujo Carneiro, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Dr. Walter Claudius Rothenburg, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, Brasil / Dr. Walter Guandalini Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Welton Roberto, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Me. William Soares Pugliese, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Me. Wladimir Paes de Lira, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal

AUTORES

Ana Carolina Carlucci da Silva é graduada em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio Mesquita Filho” (UNESP), Franca, SP, Brasil; mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual Paulista “Júlio Mesquita Filho” (UNESP), Franca, SP, Brasil. / André Galvão Vasconcelos de Almeida é doutorando e mestre em direito pela Universidade Católica de Pernambuco (Unicap), Recife, PE; pós-graduado em direito tributário pela Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco (FDR-UFPE), Recife, PE; advogado. / Aziz Tuffi Saliba é doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil. / Chiara Spadaccini de Teffé é doutoranda em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; mestra em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professora substituta de Direito Civil na UFRJ; pesquisadora do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio (ITS); e advogada. / Danyelle Rodrigues de Melo Nunes é pós-graduanda em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET, São Paulo, SP, Brasil; graduada em Direito pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL, Maceió, AL, Brasil; e advogada em Maceió, AL, Brasil. / Eduardo Saad-Diniz é doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; professor de Direito Penal na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (USP), Ribeirão Preto, SP, Brasil; professor no doutorado e no mestrado do programa de pós-graduação Interunidades em Integração da América Latina da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil. / Gustavo Assed Ferreira é doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, SC, Brasil; livre docente em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; professor associado do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP), Ribeirão Preto, SP, Brasil. / Gustavo de Carvalho Marin é doutorando e mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil. / Hélio Navarro de Albuquerque Neto é graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP), Ribeirão Preto, SP, Brasil; sócio diretor de Navarro de Albuquerque Sociedade de Advogados, Ribeirão Preto, SP, Brasil. / Hugo R. Henriques é mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP), Ribeirão Preto, SP, Brasil. / João Otávio Torelli Pinto é graduado pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP), Ribeirão Preto, SP, Brasil; mestrando em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP), Ribeirão Preto, SP, Brasil; revisor da Revista de Estudos Jurídicos da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP), Franca, SP, Brasil. / Jorge Barrientos-Parra é doutor em Direito pela Université Catholique de Louvain, Lovaina, Bélgica; mestre em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professor de “Implicações Jurídicas das Influências da Tecnologia na Vida Humana, na Sociedade e na Biosfera”, no Programa de Mestrado em Direito da Universidade Estadual Paulista “Júlio Mesquita Filho” (UNESP), Franca, SP, Brasil. / Leonel Cesarino Pessoa é doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; pesquisador visitante na New School for Social Research, Nova Iorque, Estados Unidos, e na Università Commerciale Luigi Bocconi, Milão, Itália; professor do Programa de Mestrado Profissional da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito), São Paulo, SP, Brasil. / Márcio H. P. Ponzilacqua é doutor em Política Social pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; livre-docente em Sociologia do Direito pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP), Ribeirão Preto, SP, Brasil. / Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior é doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Recife, PE, Brasil; professor na Universidade Federal de Alagoas – UFAL, Maceió, AL, Brasil; e advogado. / Mariana Ferolla Vallandro do Valle é graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil. / Paulo Roberto dos Santos Corval é doutorando no programa de pós-graduação em Ciência Política da Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ; mestre em Ciência Jurídica pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), Rio de Janeiro, RJ; professor de Direito Financeiro e Tributário na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ. / Rodrigo Matiniano Ayres Lins é graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (Unicap), Recife, Pernambuco (PE), Brasil; mestrando em Direito Constitucional Público e Teoria Política pela Universidade de Fortaleza (Unifor), Fortaleza, Ceará (CE), Brasil;

especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco (Unicap), Recife, Pernambuco (PE), Brasil; Procurador-Geral da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará (CE), Brasil; professor do Curso de Direito das Faculdades Nordeste (FANOR/DeVry Brasil), Fortaleza, Ceará (CE), Brasil. / Uly de Carvalho Rocha Porto é pós-graduanda em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET, São Paulo, SP, Brasil; graduada em Direito pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL, Maceió, AL, Brasil; e advogada em Aracaju, SE, Brasil. / Valéria Ribas é doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, RS, Brasil; mestre em Direito Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Santa Cruz do Sul, RS, Brasil; docente em Direito Público na Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Santa Maria, RS, Brasil.

Sumário

- 13 A proteção internacional dos migrantes ambientais**
Aziz Tuffi Saliba
Mariana Ferolla Vallandro do Valle
- 39 Análise de admissibilidade de proposições legislativas**
A atuação da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal em 2014
Hugo R. Henriques
Márcio H. P. Ponzilacqua
- 63 Direito ao esquecimento segundo o STJ e sua incompatibilidade com o sistema constitucional brasileiro**
Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior
Danyelle Rodrigues de Melo Nunes
Uly de Carvalho Rocha Porto
- 81 Análise Integral do Direito (AID)**
Primeiras aproximações e apontamentos para a pesquisa no direito público
Paulo Roberto dos Santos Corval
- 113 Imputação moral orientada à vítima como problema de imputação objetiva**
Eduardo Saad-Diniz
Gustavo de Carvalho Marin
- 135 Os impactos dos avanços tecnológicos, a poluição marinha por petróleo e as repercussões no Direito do Mar**
Jorge Barrientos-Parra
Ana Carolina Carlucci da Silva
- 159 Simples Social**
Os limites da reforma proposta – análise do Projeto de Lei nº 25/2007
Leonel Cesarino Pessôa
- 173 Considerações sobre a proteção do direito à imagem na internet**
Chiara Spadaccini de Teffé

Os conceitos emitidos em artigos de colaboração são de responsabilidade de seus autores.

- 199 Desvio de finalidade do ato administrativo na intervenção municipal
Intervenção nas Santas Casas de Misericórdia**
Gustavo Assed Ferreira
João Otávio Torelli Pinto
Hélio Navarro de Albuquerque Neto
- 221 Satisfação de crédito em face do Estado em crise**
Rodrigo Martiniano Ayres Lins
- 241 (Des)confiança sistêmica e o direito como generalizador congruente de expectativas
normativas**
André Galvão Vasconcelos de Almeida
- 265 Direitos fundamentais da personalidade na era da sociedade da informação
Transversalidade da tutela à privacidade**
Valéria Ribas do Nascimento

A proteção internacional dos migrantes ambientais

AZIZ TUFFI SALIBA

MARIANA FEROLLA VALLANDRO DO VALLE

Resumo: Este artigo visa a analisar o regime de proteção jurídico aplicável à situação de indivíduos que migram devido a fatores ambientais e a adequação de tal regime. A fim de fazê-lo, avaliaremos as normas convencionais e costumeiras aplicáveis do direito internacional dos direitos humanos, por meio de estudo da jurisprudência de tribunais internacionais, bem como de medidas específicas tomadas pela Finlândia, Suécia, União Europeia, Estados Unidos e Brasil relativamente ao afluxo de migrantes ambientais.

Palavras-chave: Migrantes ambientais. Direitos humanos. Direito internacional.

1. Introdução

Ioane Teitiota é nacional do Kiribati, um Estado insular no Oceano Pacífico que, tal como outros na região, é constantemente afetado por condições climáticas e ambientais adversas, notadamente o aumento do nível do mar, o qual põe em risco sua existência. Diante desse cenário, as dificuldades vividas por grande parte da população quiribatiana, como inundações, contaminação da água potável pela água salgada e diminuição das áreas de terras produtivas, levaram Teitiota e sua família a imigrarem para a Nova Zelândia, onde buscaram proteção como refugiados. Teitiota, no entanto, não teve seu pleito acatado, e foi determinado o seu retorno ao Kiribati, juntamente com sua família, por serem considerados imigrantes ilegais pelo tribunal neozelandês.

Situações como a de Teitiota não são raras, tampouco se restringem a habitantes de Estados-ilhas. Diversos exemplos de populações afetadas por desastres ou degradações ambientais também são encontrados

Recebido em 24/6/16

Aprovado em 27/7/16

na Ásia, onde ciclones, terremotos e tsunamis afetaram Myanmar, Sri Lanka e Bangladesh; na América Central, furacões e terremotos atingiram Nicarágua, Honduras e Haiti; e no continente africano, as enchentes na Somália e a desertificação no Sudão.

O presente artigo visa a discutir o regime jurídico aplicável às pessoas que recorrem à migração a fim de escaparem de condições ambientais desfavoráveis em seu Estado de origem, levando-se em conta, principalmente, a indefinição no conceito de “migrantes ambientais” e a controvérsia acerca da denominação “refugiados ambientais”. Em seguida, serão analisados casos de migração ambiental à luz do direito internacional dos direitos humanos e normas específicas de Estados que figuram como importantes receptores de migrantes na atualidade, caso da Finlândia, da Suécia, da União Europeia, dos Estados Unidos e do Brasil.

2. A migração ambiental

O fenômeno da migração motivada por fatores ambientais é algo recorrente na história humana. Embora as estimativas quanto ao número de pessoas deslocadas devido a fatores ambientais variem (CLARO, 2011, p. 241), elas costumam apontar milhões de indivíduos nessa situação, rivalizando com o número contabilizado de refugiados.¹

No entanto, ainda não é possível determinar, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, uma definição clara e universalmente aceita da expressão “migrantes ambientais” (CLARO, 2011, p. 247), embora diversos autores ofereçam definições próprias, por vezes criando subcategorias mais específicas de migrantes para cada situação de adversidade ambiental (MCCUE, 1993, p. 157-158; KING, 2006, 556-557).

Contribui para a inexistência de uma definição bem consolidada a dificuldade de distinguir “migrantes ambientais” de “migrantes econômicos”, visto que situações de condições desfavoráveis de vida e dificuldades financeiras são conseqüências de desastres e degradações ambientais. A dificuldade apresenta-se especialmente em casos de degradação ambiental lenta, nos quais se considera que outros fatores socioeconômicos fortemente influenciam a opção pela migração (DUN; GEMENNE, 2008). Na ocorrência de desastres mais repentinos, tais como terremotos e erupções vulcânicas, é mais fácil perceber o evento natural como causador do deslocamento (KEANE, 2004, p. 214-215).

¹ O último levantamento aprofundado dessas estatísticas, em 1995, apontou o número de migrantes ambientais naquele ano em 25 milhões, enquanto o número de refugiados era de 22 milhões. (MYERS; KENT, 1995, p. 1).

Em situações de desgaste em longo prazo, a migração pode ser considerada ambiental quando, em meio a todos os elementos de influência, o ambiental for o fator decisivo para a migração (RENAUD et al, 2007, p. 25; 34). Todavia, reconhece-se a dificuldade e eventualmente a impossibilidade de se aferir tal preponderância.

Para Jane McAdam (2009, p. 7), a imprecisão do conceito de migrantes ambientais não impede a tomada de medidas relativas a esse grupo; ao contrário, possibilita que essas medidas sejam mais flexíveis. Nesse sentido, a autora cita o terrorismo como exemplo de instituto internacional que tampouco apresenta definição universalmente aceita e, ainda assim, há cada vez mais tentativas de regulamentação.

Entretanto, a indefinição do termo “migrantes ambientais” não contribuiu para sua regulação, como propunha a autora. No caso do terrorismo, busca-se uma definição e o estabelecimento de um regime com regras próprias, flexibilizando as propostas para tanto de acordo com os interesses dos Estados. Em relação à migração ambiental, por sua vez, tal flexibilidade não ocorre, dado que diversas propostas visam a enquadrar a migração ambiental no conceito já internacionalmente consolidado de refugiados – o que, como será discutido, não é possível no âmbito da Convenção de 1951. Tais tentativas de validar juridicamente a ideia de refugiados ambientais não apenas agravam as discussões acerca da definição apropriada, como também dificultam a criação de um *status* específico para indivíduos cuja migração foi induzida por fatores ambientais. Desse modo, faz-se com que Estados esparsos adotem medidas provisórias e direcionadas a apenas certos casos concretos para lidar com a situação, como será posteriormente demonstrado.

Neste artigo, sem desconsiderar as controvérsias e limitações de uma definição de migrantes ambientais, tomar-se-á por base o conceito da Organização Internacional para a Migração (IOM, na sigla em inglês), que estabelece em sua mais recente definição que:

migrantes ambientais são pessoas ou grupos de pessoas que, por razões prementes de mudanças repentinas ou progressivas no meio ambiente que afetam adversamente suas vidas ou condições de vidas, são obrigados a deixar suas moradias habituais, ou escolhem fazê-lo, seja temporariamente ou permanentemente, e que se movem seja dentro de seu país ou para o exterior (INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, 2007, tradução nossa).

3. *Status* internacional dos migrantes ambientais

O debate acerca da proteção internacional dos migrantes ambientais ganhou maior relevância na década de 1970, quando Lester Brown cunhou a expressão “refugiados ambientais” (PEREIRA, 2011, p. 222). Apesar de sua popularização e de sua ampla discussão no meio acadêmico, ainda não é possível identificar um *status* legalmente reconhecido para os migrantes ambientais. Embora autores tentem classificá-los como refugiados, os migrantes ambientais, em geral, não se qualificam para tal *status*.

Primeiramente, há de se reconhecer que os indivíduos que se deslocam para outros Estados com base em uma motivação estritamente ambiental não se enquadram na definição de refugiados prevista na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951. O artigo 1º desse ato internacional aponta, como requisito para a obtenção do *status* de refugiado,

um temor fundamentado de perseguição “por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas” (BRASIL, 1961).

O primeiro requisito do artigo, a perseguição, não chega a ser comprovado na generalidade dos casos de migração ambiental. Apesar de o termo “perseguição” não ser definido naquela Convenção, nota-se a relevância da definição do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), que entende “perseguição” como sérias violações de direitos humanos ou ameaças à liberdade ou à vida de um indivíduo baseadas em um dos cinco critérios da Convenção, desde que, para caracterizar a perseguição, essas ameaças e violações sejam cometidas por autoridades estatais ou por elas toleradas (ACNUR, 1992, p. 13, 15).

Há quem argumente que a simples conduta omissiva dos governos relacionada a providenciar infraestrutura adequada para impedir ou minimizar os efeitos de desastres ambientais já constitui forma de perseguição, fazendo com que os migrantes busquem refúgio não apenas dos desastres, mas também de seus governos (COOPER, 1998, p. 502). No entanto, há de se considerar que muitos Estados atingidos por danos ambientais sofrem de deficiência generalizada de estrutura generalizada e de recursos em relação à população como um todo, mas não a um grupo específico com base em critérios de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política.

Ainda que certas populações marginalizadas tendam a sofrer mais com as consequências de desastres e degradações ambientais, há de se demonstrar umnexo verdadeiro entre tal sofrimento e uma efetiva recusa do Estado em prestar assistência ao grupo. Apenas se o Estado é propositadamente negligente na proteção dos direitos humanos de um indivíduo devido a uma das categorias do artigo 1º da

Convenção de 1951, essa negligência constituiria uma forma de perseguição e a pessoa estaria qualificada para o *status* de refugiado (AUSTRÁLIA, 2002, p. 41).

Todavia, as categorias enumeradas no artigo 1º da Convenção de 1951 compõem ainda outro obstáculo à caracterização de refugiados ambientais. O texto desse artigo apresenta clara intenção de restringir a classificação de refugiados a esses cinco motivos. Essa intenção é ainda mais evidente quando consideramos que foi rejeitada a única proposta de emenda que expandia o escopo do artigo 1º, formulada pela delegação da ex-Iugoslávia.²

Dentro desse escopo restritivo da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, verifica-se que a migração motivada por fatores ambientais não apresenta embasamento em nenhum dos cinco motivos estabelecidos. Ainda que se tente argumentar que os migrantes ambientais pertencem a um grupo social particular, um dos critérios da Convenção, essa alegação deve ser rejeitada. O direito internacional dos refugiados exige que o grupo social esteja conectado por características substanciais e imutáveis para além do risco de perseguição – isto é, é preciso que se trate de um grupo social particular mesmo quando não há qualquer perseguição (AUSTRÁLIA, 2002, p. 9; ESTADOS UNIDOS, 1996, p. 10). Embora indivíduos afetados por condições ambientais possam, coincidentemente, pertencer a um mesmo grupo social antes do evento natural, eles só pertencerão ao grupo “migrantes ambientais” após a ocorrência desse evento – isto é, não há grupo social particular antes da degradação ambiental.

²Essa proposta expandia o artigo para que se considerassem mudanças ocorridas como resultado da guerra e de outros eventos que provocassem mudanças similares como fatores para a concessão do *status* de refugiado (NAÇÕES UNIDAS, 1951).

Assim, na grande maioria dos casos, não se comprova o liame entre a negligência deliberada do Estado embasada em raça, religião, nacionalidade, opinião política ou grupo social e a migração ambiental, impossibilitando a concessão do *status* de refugiado conforme a Convenção de 1951.

Esse mesmo entendimento foi reiterado por diversas cortes ao se depararem com pedidos de asilo de migrantes do Kiribati (NOVA ZELÂNDIA, 2013; AUSTRÁLIA, 2009), de Tuvalu (NOVA ZELÂNDIA, 2000; AUSTRÁLIA, 2000) e Tonga (AUSTRÁLIA, 2010), bem como pelo Comitê Nacional para os Refugiados (Conare) em relação a migrantes haitianos (BRASIL, 2013a). A Suprema Corte da Austrália chegou a afirmar que, independentemente da gravidade do desastre ambiental, um indivíduo que foge desse tipo de evento não pode ser tido como refugiado (AUSTRÁLIA, 1997).

Os migrantes ambientais tampouco são considerados refugiados conforme instrumentos regionais que proporcionam uma definição mais abrangente desse instituto, como a Convenção Africana da Organização da Unidade Africana, de 1969, que rege Aspectos Específicos dos Problemas dos Refugiados na África, e a Declaração de Cartagena sobre Refugiados, de 1984. Ambas estendem a definição de refugiados de modo a incluir, como base para a concessão desse *status*, a migração com fins de escapar de “eventos que perturbam seriamente a ordem pública”. Embora degradações e desastres ambientais possam ser vistos, em tese, como ocorrências que preencheriam esse requisito, a *opinio juris* dos Estados não está em consonância com essa noção (MCADAM, 2009, p. 13-14).

Como esclarecido por James Hathaway (1991, p. 16-21 apud EDWARDS, 2006, p. 225-226), a Convenção Africana tinha a intenção de estender a proteção dos refugiados a vítimas de eventos causados por ações evidentemente humanas, como conflitos armados, mas não de eventos naturais. Por essa razão, os Estados-partes raramente declaram estar recebendo tais vítimas em conformidade com as obrigações da Convenção, mas sim de boa-vontade. Ademais, o Grupo de Peritos para a Conferência Internacional sobre Refugiados Centro-americanos, estabelecido para avaliar os avanços em matéria da proteção dos refugiados na América Latina, foi enfático ao afirmar que a Declaração de Cartagena não cobria a situação dos migrantes ambientais (NAÇÕES UNIDAS, 1989, p. 1) e, ainda que o fizesse, o instrumento não é juridicamente vinculante.

O único tratado a adotar expressamente a noção de refugiados ambientais foi a Convenção Árabe para regular o *Status* de Refugiados em Países Árabes, de 1994, que, em seu artigo 1º, considera como refugia-

dos não apenas aqueles que correspondem à definição da Convenção de 1951, como também aqueles que, contra sua vontade, deixam seu país de origem em decorrência de desastres naturais. Contudo, essa convenção não foi ratificada por Estado algum, não tendo, pois, qualquer força vinculante. A inexistência de ratificações, em especial considerando-se que o texto final da Convenção foi adotado há mais de vinte anos, também impossibilita a utilização da Convenção Árabe como meio de comprovação de um costume regional no sentido do reconhecimento de refugiados ambientais.

Desse modo, não há qualquer instituto jurídico regional ou internacional que possibilite a classificação das migrações induzidas por causas naturais como motivo para a concessão do *status* de refugiado. Contudo, o termo “refugiado ambiental” continua sendo amplamente empregado como forma de chamar atenção para a situação de vulnerabilidade desse grupo. Essa abordagem não parece, entretanto, ter gerado resultados efetivos, visto que, mesmo após mais de 40 anos da criação da expressão “refugiados ambientais”, esses migrantes permanecem sem *status* legal próprio ou uma proteção internacional específica e consistente. A insistência em denominar esse grupo como “refugiados ambientais” não apenas é considerada danosa àqueles tidos como refugiados conforme a Convenção de 1951, minando a força do instituto e criando confusões quanto a ele (GUTERRES, 2009, p. 7), mas também, como explica Benoît Mayer (2011, p. 37), leva à busca de uma abordagem de proteção dos migrantes ambientais que lhes é inadequada e ineficiente.

Segundo Mayer (2011, p. 39-40), mesmo que se promovam esforços para mudar a nomenclatura de “refugiados ambientais” para outras, como “deslocados ambientais”, a ideia por trás dos termos permanece: basear a proteção internacional dos migrantes ambientais em uma analogia com a proteção dos refugiados. Tal analogia tem-se mostrado precária na medida em que as circunstâncias que acarretam a migração são demasiado distintas entre migrantes ambientais e refugiados, bem como o são as necessidades de cada categoria (MAYER, 2011, 47-48). Procurando distanciar-se dessa analogia, o autor defende que, enquanto refugiados demandam uma proteção mais individualista e uniforme, migrantes ambientais precisariam de uma proteção coletiva e diferenciada (MAYER, 2011, 55-56). Outros autores também aceitam que, em face dos diferentes fatores causadores da migração, cada situação de migração ambiental exigirá um tratamento distinto (MCADAM, 2009, p. 7-8). Independentemente da solução proposta, ela deve ater-se às particularidades dos diversos casos de migração ambiental em vez de depender de um instituto já existente – mas pouco adequado e, portanto,

ineficiente –, visto que é incapaz de produzir resultados concretos na proteção dos migrantes ambientais.

Por conseguinte, os indivíduos que saem de seus Estados de origem devido a fatores ambientais não possuem, em sua maioria, *status* especial em face do direito internacional contemporâneo.

4. Proteção atual

Uma vez estabelecido que nenhum tipo de proteção específica no plano internacional é juridicamente obrigatório em relação aos migrantes de motivação ambiental, cabe-lhes a proteção complementar, a qual consiste na proteção dada pelos Estados àqueles que não se qualificam para o *status* de refugiado, mas que ainda necessitam de proteção, advinda principalmente das normas gerais de direitos humanos (MCADAM, 2005, p. 1). Nesse sentido, são aplicáveis as normas reconhecidas em tratados, para seus Estados-partes, e normas de direito internacional consuetudinário.

Além dessa proteção, conta-se com mecanismos de proteção de diferentes Estados, como as legislações internas da Finlândia e da Suécia, as diretivas de proteção subsidiária da União Europeia, o *Temporary Protected Status* estabelecido pela lei de imigração dos Estados Unidos e a concessão, pelo Brasil, de vistos permanentes a haitianos afetados pelo terremoto no Haiti.

4.1. Direito internacional dos direitos humanos

Na falta de uma *lex specialis* de proteção, as normas gerais do direito internacional dos direitos humanos aplicam-se de maneira plena aos migrantes ambientais (GUTERRES,

2008, p. 4). Entre tais normas, as mais relevantes para o presente estudo compreendem o direito à vida, no qual o Comitê de Direitos Humanos considerou estarem incluídos o direito à saúde (NAÇÕES UNIDAS, 1982), a proibição da submissão do indivíduo a tratamento cruel, desumano ou degradante, e a relação desses dispositivos com o instituto do *non-refoulement*.

O princípio do *non-refoulement* foi primeiramente disposto no artigo 33 da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, consistindo na proibição de retornar (*refouler*) um indivíduo que tem o *status* de refugiado a um território onde sua vida ou liberdade estaria ameaçada devido a um dos motivos elencados no artigo 1º do tratado. Tal proibição apenas não se aplicaria, conforme o parágrafo segundo do artigo 33, ao refugiado que apresentasse razões suficientes para ser considerado perigoso para a segurança do país onde está. Todavia, tendo em vista o já discutido, que migrantes ambientais em geral não se qualificam para o *status* de refugiado, o *non-refoulement* do artigo 33 não se aplicaria. Assim, os Estados não estariam obrigados a não retornar os migrantes ao lugar com condições ambientais adversas de onde saíram, ou sequer a recebê-los (MCCUE, 1993, p. 154).

Outro tipo de *non-refoulement* foi estabelecido pelo artigo 3º da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Neste, o escopo da proibição consiste no não retorno de um indivíduo “a outro Estado onde há razões substanciais para acreditar que ele correria perigo de ser submetido a tortura”. Embora essa determinação do *non-refoulement* seja mais abrangente do que a ditada pela Convenção de 1951, independente do *status* internacional do indivíduo, há de se observar que a tortura ao qual o artigo 3º se

refere deve enquadrar-se na definição estabelecida no artigo 1º, parágrafo 1º, da Convenção contra a Tortura. Desse modo,

o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerarão como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram (BRASIL, 1989).

Dados os requisitos específicos desse artigo para que uma circunstância seja qualificada como tortura, dificilmente um migrante motivado majoritariamente por fatores ambientais correria risco de ser submetido a tortura ao ser retornado (MCADAM, 2009, p. 18-19). O *non-refoulement* da Convenção contra a Tortura seria, então, de pouca aplicabilidade.

Por sua vez, o Comitê de Direitos Humanos desenvolveu uma aplicação mais ampla desse princípio. Em consonância com seus Comentários-Gerais nºs 20 e 31 (COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS, 1992; COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS, 2004), as decisões do Comitê entenderam que o artigo 7º do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) (BRASIL, 1992), o qual veda a submissão de um indivíduo a tortura e tratamento cruel, desumano e degradante, também proibiria o Estado de retornar o indivíduo a

um território onde ele correria risco real de sofrer algum desses tratamentos (NAÇÕES UNIDAS, 2006). O Comitê de Direitos Humanos expressou, em algumas de suas decisões, ter o mesmo entendimento sobre o artigo 6º do PIDCP, que proíbe a privação arbitrária da vida (NAÇÕES UNIDAS, 1993;1997). Embora a denominação *non-refoulement* não seja utilizada pelo PIDCP, a ideia básica do Comitê de não retornar um indivíduo a um território onde ele possa sofrer violações de direitos humanos é a mesma, estando implícita a obrigação de *non-refoulement*.

Conquanto os comentários do Comitê de Direitos Humanos sobre o PIDCP não sejam vinculantes, e suas decisões tampouco o sejam, nota-se que tal ampliação do *non-refoulement* encontra respaldo também na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (CONSELHO DA EUROPA, 1989; 2012b). A Corte, em *Hirsi Jamaa et al v. Itália*, chegou até mesmo a determinar a responsabilidade internacional da Itália, quando esta interceptou um barco que ainda não havia chegado às águas territoriais italianas e fez retornarem à Líbia os nacionais da Somália e da Eritreia que estavam a bordo (CONSELHO DA EUROPA, 2012a). Nesse caso, o Tribunal considerou o controle efetivo da Itália sobre o barco suficiente para gerar uma violação ao artigo 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) – correspondente ao artigo 7º do PIDCP. Desse modo, mesmo fora do seu território, as autoridades italianas não poderiam ter retornado os migrantes a um local onde eles corresse risco real de se submeterem a tratamento cruel, desumano ou degradante, consistindo em uma aplicação extraterritorial do *non-refoulement* (HESSBUERGGE, 2012, p. 2).

A Corte Europeia esclareceu, ainda, que o risco de submissão a tratamentos cruéis, desumanos e degradantes não necessariamente de-

corre de uma ação ou omissão de agentes do Estado terceiro, mas pode derivar das condições objetivas do local. No caso *D. v. Reino Unido*, a Corte considerou que enviar um nacional de St. Kitts, portador do vírus HIV, de volta a seu Estado de origem, onde as condições médicas diminuiriam consideravelmente seu tempo de vida, em especial devido ao estágio da doença, consistiria em tratamento desumano, proibido pela CEDH (CONSELHO DA EUROPA, 1997b). Nesse sentido, o Tribunal determinou que a situação pessoal do indivíduo, como sua saúde, deveria ser avaliada em conjunto com condições de vida no Estado para onde seria enviado. Logo, numa situação suficientemente grave de degradação ambiental – na qual as condições fáticas do território chegariam a ser cruéis, desumanas ou degradantes por si sós ou devido também a uma peculiaridade da saúde do indivíduo –, alguns autores consideram que o princípio do *non-refoulement* proibiria o retorno (MOOR; CLIQUET, 2009, p. 20).

Ressalta-se, porém, a ênfase dada pela Corte Europeia à excepcionalidade dessa possibilidade, expressa também no caso *H.L.R. v. França*, no qual a situação generalizada de violência, em face do tráfico de drogas na Colômbia, não levou a Corte a considerar a situação do petionário excepcional, mas sim sujeita aos mesmos riscos e às mesmas condições a que qualquer habitante da Colômbia estaria normalmente submetido (CONSELHO DA EUROPA, 1997a). O risco apresentado pelo retorno não seria, então, suficiente para acarretar uma violação do *non-refoulement*. Por conseguinte, isso leva a crer que, caso se julgue uma situação de migração ambiental, os fatores ambientais que tenham motivado o deslocamento também devam ser excepcionalmente adversos para que o retorno constitua uma violação do Estado onde os migrantes estão e não apenas uma situação desfavorável generalizada. McAdam (2011, p. 27) cogita que, com o presente desenvolvimento jurisprudencial da Corte Europeia de Direitos Humanos, seria necessária uma característica específica do petionário que tornasse as circunstâncias ambientais particularmente perigosas para ele em relação ao restante da população para que o Tribunal reconhecesse seu direito ao *non-refoulement*.

Apesar de incertezas quanto às condições ambientais e pessoais necessárias para sua aplicação, a interpretação mais abrangente compartilhada pelo Comitê de Direitos Humanos e pela Corte Europeia de Direitos Humanos ainda ofereceria certo nível de proteção aos migrantes ambientais. Uma vez que se considera que essa interpretação já tem caráter costumeiro (TAYLOR, 2008, p. 116), seria oponível a todos os Estados a obrigação do *non-refoulement* com relação a tratamentos cruéis, desumanos e degradantes.

A princípio, tal obrigação foi posta em prática por diversos Estados europeus após o tsunami que afetou áreas da Índia, da Indonésia, da Tailândia e do Sri Lanka, em 2004, tendo os Estados receptores evitado o retorno de migrantes provenientes dessas áreas. Contudo, o nível de cumprimento apresentou variação entre esses Estados (KOLMANNSSKOG; MYRSTAD, 2009, p. 322-323).

Incertezas quanto ao efetivo cumprimento do princípio também se verificaram em 2013, quando o Tribunal de Proteção e Imigração da Nova Zelândia desconsiderou expressamente a interpretação da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre o *non-refoulement* no caso do quiribatiano Ioane Teitiota (NOVA ZELÂNDIA, 2013, p. 25). Analisando o pedido de refúgio de Teitiota e concluindo que a degradação ambiental em seu país de origem não era base que o qualificasse para o *status* de refugiado, a corte neozelandesa avaliou os argumentos contra o retorno do peticionário em função da própria lei de imigração da Nova Zelândia, em vez de utilizar o direito internacional consuetudinário. Tal lei dispõe que um indivíduo deverá ser reconhecido como pessoa protegida sob o PIDCP se o retorno a seu país de origem implicar perigo de ser arbitrariamente privado de sua vida ou de ser submetido a tratamento cruel, desumano ou degradante.

O Tribunal entendeu que, segundo a lei, o retorno não é proibido em todos os casos de perigo à vida do indivíduo, mas apenas em casos de privação arbitrária desta pelo próprio governo. Portanto, a situação de Teitiota não apresentava qualquer risco de que o governo do Kiribati o privasse arbitrariamente de sua vida. Quanto ao tratamento cruel, desumano e degradante, o Tribunal de Proteção e Imigração decidiu que a natureza absoluta dada a essa proibição em relação ao princípio do *non-refoulement* pela Corte Europeia era uma

questão ainda controversa na doutrina. O Tribunal afirmou, ainda, que o entendimento da Corte Europeia não foi seguido pela jurisprudência internacional em respeito ao artigo 7 do PIDCP (NOVA ZELÂNDIA, 2013, p. 25), de modo que fazer retornar o indivíduo ao Kiribati não violaria qualquer obrigação internacional da Nova Zelândia. A decisão foi mantida em sede de apelação em 2014 (NOVA ZELÂNDIA, 2014b).

O mesmo entendimento foi reafirmado pelo Tribunal em 2014, a respeito de uma família de Tuvalu que também pleiteou o *status* de refugiados com base em questões ambientais. Embora o caso tenha sido amplamente divulgado na mídia como o primeiro reconhecimento da existência de refugiados ambientais, o Tribunal foi enfático quanto ao fato de que a família não se qualificava para tal *status*, citando o precedente de Teitiota (NOVA ZELÂNDIA, 2014a). Sua permanência na Nova Zelândia foi permitida tão somente com base em questões humanitárias excepcionais e no fato de que a família tinha fortes laços com a Nova Zelândia, não em uma obrigação internacional do Estado (NOVA ZELÂNDIA, 2014c). Em relação ao princípio do *non-refoulement*, o Tribunal afirmou não haver evidência suficiente de que os tuvaluanos seriam submetidos a violações do PIDCP – embora tenha reconhecido as dificuldades causadas pelas condições ambientais e que crianças são particularmente vulneráveis a elas –, devido às ações do governo de Tuvalu para combater os efeitos das mudanças climáticas (NOVA ZELÂNDIA, 2014a). Dessa forma, não seria possível falar em uma falha do Estado em proteger os direitos da população.

Nota-se, assim, um padrão mais elevado do que o exigido pela jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos para conceder a proteção do não retorno, uma vez que a Corte

não levou em conta se o risco a violações da CEDH adviria de ações ou omissões do Estado. Com tais precedentes das cortes neozelandesas, praticamente se inviabiliza a possibilidade de proteção a migrantes ambientais, independentemente da gravidade das condições do caso concreto.

Contudo, ressalta-se que, embora seja devidamente respeitado, o *non-refoulement* determina apenas a obrigação de não retornar o indivíduo a seu Estado de origem; por si só, esse princípio não cria uma obrigação de que o Estado receptor conceda aos migrantes determinado *status* ou uma proteção adicional (KOLMANNSSKOG; MYRSTAD, 2009, p. 322) – principalmente devido à falta de *status* próprio dos migrantes ambientais e à inaplicabilidade de outros *status* já consolidados –, ou que providenciem assistência para a sua relocação (MOOR; CLIQUET, 2009, p. 6). Por causa disso, muitos Estados buscam outros métodos não limitados ao direito internacional dos direitos humanos para lidar com o afluxo de migrantes ambientais, como se verá a seguir.

4.2. Leis de imigração da Suécia e da Finlândia

As legislações sueca e finlandesa são raros exemplos de leis com dispositivos que garantem proteção a migrantes com base em fatores ambientais.

A lei de imigração da Suécia (SUÉCIA, 2005), em seu Capítulo 4, Seção 2, parágrafo 1º, ponto 3, qualifica expressamente as pessoas “incapazes de retornar a seu país de origem por causa de um desastre ambiental” como “outras pessoas que necessitam de proteção”. O texto legal exclui, assim, situações de degradação ambiental em longo prazo, que não se qualificariam como desastres, e concede a proteção apenas a vítimas de eventos naturais repentinos em grande escala (MCADAM, 2011, p. 41). Ademais, a proteção para os migrantes ambientais enquadrados na lei é, a princípio, temporária. Como lhes é vedada a concessão de *status* de residente em longo prazo, segundo o Capítulo 5a, Seção 4, as únicas alternativas para a aquisição do visto de residência sueca permanente são o indivíduo ter um visto de trabalho nos últimos cinco anos ou por um total de quatro anos. A lei também possibilita que haja uma regulação do governo disposta sobre a residência permanente e concedendo-a a migrantes ambientais.

Mesmo o visto de residência temporária está, no caso dos migrantes ambientais, sujeito a restrições. Conforme o Capítulo 5, Seção 25, parágrafo 1º da lei, o governo da Suécia tem a faculdade de proibir a concessão da permissão de residência temporária a migrantes ambientais, se tal limitação decorrer da incapacidade do Estado de receber mais estrangeiros.

Por sua vez, a lei finlandesa (FINLÂNDIA, 2004), em seu Capítulo 6, Seção 88a, parágrafo 1º, estabelece a concessão de uma permissão de residência com base na proteção humanitária, caso o imigrante não se qualifique para outros *status* e caso o retorno ao seu país de origem não seja possível “como resultado de uma catástrofe ambiental ou situação ruim de segurança, que podem ser devidas a um conflito armado internacional ou interno ou a uma situação ruim de direitos humanos”. Assim como na legislação sueca, verifica-se aqui uma proteção expressa apenas a casos de desastres ambientais repentinos, limitando seu alcance. A garantia de proteção finlandesa também é temporária, sendo o tempo máximo legalmente estabelecido de três anos – tempo durante o qual dificilmente um Estado afetado por um desastre ambiental poderá reconstruir-se de forma a conseguir acolher propriamente seus nacionais.

4.3. Diretivas da União Europeia

No que concerne à União Europeia, não há um instituto específico para a questão dos migrantes ambientais. Contudo, a Diretiva do Conselho 2001/55/CE (Diretiva de Proteção Temporária), de 2001, é tida como forma de proteção subsidiária que pode ser aplicada em certos casos de migração ambiental.

A Diretiva de Proteção Temporária é vinculante em relação a todos os Estados-membros da União Europeia e objetiva:

estabelecer normas mínimas para a concessão de proteção (*sic*) temporária no caso de um afluxo maciço de pessoas deslocadas de países terceiros, impossibilitadas de regressar ao seu país de origem, e contribuir para uma repartição equilibrada do esforço assumido pelos Estados-membros ao acolherem estas pessoas e suportarem as consequências decorrentes desse acolhimento (UNIÃO EUROPEIA, 2001, p. 14).

O conceito de “pessoas deslocadas”, segundo o artigo 2(c) da Diretiva, engloba os indivíduos que tiveram de deixar seu país de origem e não podem retornar a ele de forma segura e duradoura. Durante a negociação da Diretiva de Proteção Temporária, a Finlândia propôs a inclusão expressa, nesse artigo, de pessoas deslocadas por desastres ambientais, mas a ideia foi descartada com base no fato de que tal situação não é mencionada em qualquer instrumento internacional relativo a refugiados (MOOR; CLIQUET, 2009, p. 11). Contudo, isso não faz com que a Diretiva exclua completamente migrantes ambientais de sua proteção.

Embora o dispositivo mencione “em especial” indivíduos que tenham fugido de zonas de conflito e que tenham sido vítimas de violações sistemáticas e generalizadas de direitos humanos ou tenham

sofrido risco grave de tais violações, não se depreende do artigo 2(c) que a lista seja exaustiva (KOLMANNKOG; MYRSTAD, 2009, p. 217). A princípio, tanto fatores ambientais repentinos quanto de longo prazo poderiam fazer com que a região de origem estivesse suficientemente degradada a ponto de não ser segura ou não garantir uma relocação duradoura dos migrantes, acarretando pessoas deslocadas conforme o artigo 2(c). Entretanto, há de se considerar que as pessoas deslocadas só são protegidas pela Diretiva quando chegam ao Estado-membro em grande número e são provenientes de um mesmo país ou região geográfica, constituindo um afluxo maciço. Ainda que não seja teoricamente impossível, pessoas que migram devido a uma degradação ambiental mais lenta dificilmente chegarão em massa a um país, enquanto vítimas de catástrofes ambientais geralmente constituem um fluxo maciço (MOOR; CLIQUET, 2009, p. 12). Nota-se, assim como nas legislações da Suécia e da Finlândia, uma garantia de proteção praticamente apenas aos atingidos por desastres ambientais, deixando os deslocados por fatores de degradação ambiental a longo prazo com uma proteção bastante precária.

A Diretiva 2001/55/CE indica, ainda, apenas uma proteção temporária às pessoas deslocadas. Inicialmente, a proteção terá a duração máxima de um ano, podendo ser prorrogada automaticamente por um período de seis meses a um ano, e por mais um ano, sob decisão do Conselho da União Europeia por maioria qualificada. Assim, conforme a Diretiva, três anos é o tempo máximo de permanência que um migrante ambiental pode ter. Indivíduos cujos Estados de origem não conseguiram restabelecer um ambiente seguro para seu retorno ou que se veem impossibilitados de retornar, como se estima que será o caso de ilhas no Pacífico que sofrem com o aumento do nível

do mar – como Tuvalu, Vanuatu e as Maldivas –, não seriam, então, cobertos pela Diretiva de Proteção Temporária depois de passados os três anos.

Apesar da limitação de permanência estabelecida, o artigo 3, parágrafo 2º, explicita o dever de os Estados respeitarem suas obrigações de *non-refoulement*. Dessa forma, mesmo que o Estado não esteja obrigado pela Diretiva a não retornar o migrante, ele ainda estará obrigado ao princípio do *non-refoulement*, devendo ou manter o indivíduo em seu território ou enviá-lo a um Estado que o aceite e onde não haja risco de seus direitos serem violados. Não há garantia, contudo, de que a situação no Estado de origem do migrante, ainda que grave, o seja suficientemente para acarretar tratamento cruel, desumano ou degradante, conforme definido pela Corte Europeia de Direitos Humanos, ou que o Estado receptor aplique imediatamente o entendimento dessa Corte, sem a necessidade de que uma petição seja apresentada a ela pelo indivíduo.

Além da Diretiva de Proteção Temporária, a Diretiva 2004/83/CE (Diretiva de Qualificação) é também um instituto de proteção subsidiária obrigatório para os Estados-membros da União Europeia (UNIÃO EUROPEIA, 2004). Contudo, seu âmbito de proteção é consideravelmente mais estreito do que o da primeira. Segundo a Diretiva de Qualificação, aqueles que não se qualificam para o *status* de refugiado poderão ser pessoas elegíveis para proteção subsidiária se o retorno ao seu país de origem provocasse um risco real de sofrer ofensas graves.

O artigo 15 da diretiva elenca que ofensas são consideradas graves: pena de morte ou execução, tortura ou pena de tratamento desumano ou degradante e ameaça grave, contra a vida ou integridade física, gerada em situações de conflito armado – internacional ou interno

– nas quais há violência indiscriminada. Inicialmente, o artigo também englobava pessoas deslocadas em razão de graves e sistemáticas violações de direitos humanos (UNIÃO EUROPEIA, 2002), o que, argumentativamente, abriria margem para a inclusão de situações extremas de adversidades ambientais em que o Estado é negligente na proteção aos afetados. Entretanto, alguns Estados consideraram o texto demasiado vago e impreciso, optando por restringir as bases de proteção (KOLMANNSSKOG; MYRSTAD, 2009, p. 220). Com essa exclusão explícita, reduziu-se consideravelmente o espaço para interpretação da Diretiva e consequentemente dificultou sua aplicação a migrantes ambientais. Apenas a alínea “b” do artigo 15, a qual aborda tortura e tratamentos desumanos e degradantes como ofensas graves, possibilitaria uma abertura para circunstâncias ambientais suficientemente graves a ponto de se configurarem como desumanas ou degradantes (LOPEZ, 2007, p. 308).

Em apoio a tal linha de pensamento, em 2009 a Corte Europeia de Justiça afirmou que o artigo 15(b) da Diretiva de Qualificação corresponde ao artigo 3 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (UNIÃO EUROPEIA, 2009) – a proibição da tortura e tratamentos cruéis, desumanos e degradantes. Cria-se, assim, certa correlação entre a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos e a Diretiva de Qualificação. A aplicação desta a deslocados ambientais depende, então, tanto da vontade política dos Estados quanto do entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos, a qual ainda não teve a oportunidade de se manifestar sobre casos de migração ambiental. Desse modo, a aplicabilidade da Diretiva de Qualificação a migrantes ambientais ainda não é incontestável (MOOR; CLIQUET, 2009, p. 16).

A incerteza quanto ao retorno ao Estado de origem, bem como a exclusão dos migrantes induzidos por degradação ambiental da Diretiva de Proteção Temporária e a dúvida sobre a aplicabilidade da Diretiva de Qualificação a qualquer tipo de migração ambiental contribuem para que a eficiência desses institutos seja minada em relação a tais migrantes. Ademais, a Diretiva de Proteção Temporária nunca foi invocada para situações enquadradas no artigo 2(c), não se sabendo se, e com que bases, o Conselho da União Europeia concederia extensão do tempo de permanência no evento de um afluxo maciço de migrantes ambientais.

4.4. *Temporary Protected Status*

No sistema de imigração dos Estados Unidos, figura, como mecanismo de proteção subsidiária, o instituto do *Temporary Protected Status* (TPS). O TPS foi estabelecido pelo *Immigration Act* (ESTADOS UNIDOS, 1990), consistindo em uma autorização de permanência tem-

porária, por um ato discricionário do governo norte-americano, concedida ou a todos os nacionais de determinado país ou aos residentes de determinada região de um país.

O Procurador-Geral dos Estados Unidos tem a faculdade de designar qualquer país ou região para o TPS no caso de: conflitos armados que ameacem a segurança pessoal dos nacionais; terremotos, enchentes, secas, epidemias ou outros desastres ambientais que perturbem de forma temporária as condições de vida da área afetada; o Estado estrangeiro não poder lidar adequadamente com o retorno de seus nacionais; o Estado estrangeiro requisitar oficialmente o TPS; existência de condições extraordinárias e temporárias que impeçam o retorno seguro dos nacionais, desde que a permanência destes não seja contrária a um interesse nacional dos Estados Unidos.

Verifica-se, assim, um dispositivo expressamente relacionado à migração ambiental. Contudo, visto que o texto da lei estabelece desastres naturais como forma de concessão dessa proteção, novamente se tem a improbabilidade de que indivíduos afetados pelos impactos de uma degradação ambiental lenta se beneficiem da proteção (MCADAM, 2011, p. 38).

Enquanto é vedado ao Procurador-Geral discriminar aqueles que receberão o TPS com base em seu *status* de imigração ou condicionar a proteção à renúncia de direitos do indivíduo, nota-se que apenas os nacionais do Estado designado que estiverem em território norte-americano quando da data definida pelo Procurador se qualificarão para o TPS. Nacionais afetados pelo desastre ambiental que não estiverem nos Estados Unidos quando a proteção tiver início não podem migrar para território norte-americano e reivindicar quaisquer direitos sob o TPS. Essa limitação aplica-se mesmo na hipótese de um indivíduo protegido pelo TPS ter familiares fora dos Es-

tados Unidos – nesse caso, os familiares não se beneficiam do *status*.

Assim, e tendo em vista que a designação é uma faculdade e não um dever do Procurador-Geral, as vítimas de desastres ambientais não têm como saber se seu Estado será designado. Mesmo na ocasião do tsunami na região do Oceano Pacífico, em 2004, e do terremoto na Índia e no Paquistão, em 2005, os quais ocasionaram o deslocamento de mais de 2 milhões de pessoas, o TPS não foi concedido aos Estados afetados (HAVARD, 2007, p. 78).

Deslocar-se para os Estados Unidos, então, faz com que os migrantes ambientais se arrisquem a contar apenas com as normas de direitos humanos e do *non-refoulement*, cuja aplicação ainda é incerta, para sua proteção. Ademais, indivíduos afetados provenientes de regiões mais afastadas dos Estados Unidos comumente migram para Estados mais próximos, reduzindo a probabilidade de se beneficiarem de um eventual TPS. Dessa forma, a efetividade do TPS em relação a deslocados ambientais é consideravelmente restrita, não facilitando a admissão de migrantes ambientais (HONG, 2001, p. 329).

A proteção do TPS é, a princípio, determinada por um período de 6 a 18 meses. Todavia, não se verifica um limite absoluto do tempo de proteção, como há na Diretiva de Proteção Temporária. O Procurador-Geral, em até 60 dias antes do término do período inicial de designação, poderá estender o TPS por mais um período determinado, contanto que as condições previstas em lei para a designação ainda sejam atendidas pelo Estado estrangeiro. Essa extensão, assim como a própria concessão do TPS, não é obrigatória e não leva à residência permanente, sendo necessário um ato especial do Congresso para que os beneficiários do TPS a obtenham (ARGUETA; WASEM, 2015, p. 6). Uma vez expirada a designação e sem uma ex-

tensão pelo Procurador-Geral, os indivíduos anteriormente cobertos pelo TPS voltam a seu *status* migratório anterior, o qual pode também ter expirado durante esse período.

Tal situação ocorreu com os habitantes de Montserrat, um território ultramarino britânico que, em 1995, começou a apresentar erupções vulcânicas esporádicas. Uma erupção em junho 1997 devastou a parte sul da ilha e levou o governo dos Estados Unidos a designar Montserrat para o TPS, em agosto do mesmo ano, por um período de 12 meses (ESTADOS UNIDOS, 1997). A designação foi gradativamente estendida até 2004, quando se decidiu por terminar o TPS de Montserrat (ESTADOS UNIDOS, 2004), visto que, como a situação da ilha não havia apresentado sinais de melhora e tampouco sinais de que as erupções vulcânicas cessariam, as circunstâncias não eram mais temporárias, mas permanentes, afastando-se das condições legais para o TPS (MCADAM, 2009, p. 32). Os indivíduos, cujo *status* migratório anterior tinha expirado, passados os oito anos nos Estados Unidos, tiveram de deixar o país ou ser removidos como imigrantes ilegais de volta a Montserrat, mesmo com a continuidade das erupções. O governo dos Estados Unidos não manifestou qualquer indicação de que havia levado em consideração suas obrigações relativas ao princípio do *non-refoulement* com essa decisão, tendo apenas dito que os nacionais de Montserrat poderiam tentar se aplicar para outro tipo de *status* nos Estados Unidos ou se mudar para o Reino Unido, onde teriam direito a cidadania britânica. Assim, o término do TPS acabou por tolher os nacionais de qualquer proteção específica sobre sua condição de migrantes ambientais, inclusive ignorando as regras de direitos humanos aplicáveis.

Além de Montserrat, o TPS também foi utilizado como mecanismo de proteção para migrantes ambientais com a designação de Ni-

carágua (ESTADOS UNIDOS, 1999a), Honduras (ESTADOS UNIDOS, 1999b), El Salvador (ESTADOS UNIDOS, 2001), Haiti (ESTADOS UNIDOS, 2010a) e Nepal (ESTADOS UNIDOS, 2015a).

Nicarágua e Honduras foram designados após o Furacão Mitch de 1998. Embora a diversos outros Estados afetados tenha sido garantida a suspensão temporária na deportação de seus nacionais, apenas Nicarágua e Honduras foram designados para o TPS, dado o dano extraordinário sofrido por ambos os Estados e o grande deslocamento de seus nacionais (ARGUETA; WASEM, 2015, p. 10). A designação da Nicarágua e de Honduras foi estendida diversas vezes e, atualmente, seu término está previsto para janeiro de 2018 (ESTADOS UNIDOS, 2016a; ESTADOS UNIDOS, 2016b). Assim, esses beneficiados já têm mais de 15 anos de residência temporária nos Estados Unidos sem que a situação de seus Estados de origem tenha sido considerada adequada para o retorno, acarretando incertezas quanto à continuidade de renovação do TPS e se seu eventual término fará com que nicaraguenses e hondurenhos sejam enviados de volta a condições ambientais ainda seriamente adversas, como ocorreu com os nacionais de Montserrat. Encontram-se em situação semelhante, ainda, os nacionais de El Salvador, designados em 2001, após a ocorrência de dois terremotos no país, e cuja última extensão de designação lhes garantiu o TPS até março de 2018 (ESTADOS UNIDOS, 2016c).

Por sua vez, o Haiti foi designado para o TPS após o terremoto de 2010, tendo sido o país anteriormente atingido também por tempestades tropicais em 2004 e por um ciclone tropical em 2008. Nesse caso, o período inicial de registro foi estendido até janeiro de 2011, um ano após a ocorrência do terremoto, devido à dificuldade apresentada pelos haitianos em conseguir os documentos necessários para

seu registro no TPS (ESTADOS UNIDOS, 2010b). Abriu-se, então, a possibilidade de que nacionais haitianos se qualificassem para essa proteção após ela já ter sido confirmada pelo governo norte-americano. Durante o período estendido de registro, haitianos puderam migrar para os Estados Unidos sabendo o tipo de proteção que lhes seria garantido, fazendo com que mais migrantes pudessem dela se beneficiar. Facilitou-se, assim, pela primeira vez, a entrada de migrantes ambientais nos Estados Unidos com base no TPS. Contudo, essa prorrogação do prazo de inscrição não abarcou o período em que a migração haitiana mais cresceu,³ minando a significância dessa medida para muitos dos migrantes. Em 2015, o período de designação foi estendido até julho de 2017 (ESTADOS UNIDOS, 2015b).

Enfim, o Nepal é o Estado mais recentemente designado com bases em fatores ambientais, em vista do terremoto de abril de 2015. O período de registro para nepaleses sob o TPS durou até 21 de dezembro de 2015 e a proteção foi prorrogada até junho de 2018 (ESTADOS UNIDOS, 2016d).

4.5. O caso dos haitianos no Brasil

O terremoto ocorrido no Haiti em janeiro de 2010 também causou considerável fluxo migratório, em direção ao Brasil, dos atingidos pelo desastre. Desde então, estima-se que mais de 6 mil haitianos tenham chegado ao Brasil (STOCHERO; MARCEL, 2013).

Dado que o Brasil não tem, em seu direito interno, um dispositivo que trate especificamente da migração ambiental, os migrantes haitianos entraram com pedidos de refúgio segundo a Lei nº 9.474/1997 (Lei de Refúgio) (BRASIL, 1997), a qual também estabelece o Comitê Nacional para os Refugiados (Conare) como órgão competente para avaliar tais pedidos. Enquanto o Conare ainda não havia se decidido sobre a questão, optou-se, em 2011, por conceder vistos de residência permanente aos haitianos por meio do Ministério da Justiça (BRASIL, 2011). Estabeleceu-se, então, que os haitianos que chegassem à fronteira, solicitando refúgio, não poderiam ser repatriados ou impedidos de entrar, independentemente da legalidade da entrada (CAMBAÚVA, 2011). A atitude do governo brasileiro nesse ponto pode ser encarada como um cumprimento do princípio do *non-refoulement*, mas, dado que não houve nenhum pronunciamento do Estado reconhecendo tal obrigação, não se pode ter certeza de que as medidas do Brasil não tenham sido um ato

³ Estima-se que o número de haitianos que entraram no Brasil em 2013 chegou a 6 mil, o triplo do registrado no ano de 2012 (STOCHERO; MARCEL, 2013).

ex gratia, o que, por sua vez, não reforçaria sua aplicação em casos análogos.

Em 2012, o Conare concluiu sua avaliação da situação dos deslocados haitianos no Brasil. Embora a Lei de Refúgio tenha expandido a definição de refugiado em relação à estabelecida na Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, qualificando como refugiado, em seu artigo 1º, inciso III, aquele que, “devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade e buscar refúgio em outro país”, o Conare entendeu que o dispositivo não abarcava a situação de migrantes ambientais (BRASIL, 2012b, p. 2). A recusa da concessão do *status* de refugiado pelo Comitê baseou-se na falta de provas de que existisse um fundado temor de perseguição dos solicitantes haitianos, apesar de o inciso III não mencionar que, no caso de graves violações de direitos humanos, o elemento da perseguição deva estar presente. Desse modo, na prática, a Lei de Refúgio é tão restritiva a migrantes ambientais quanto a própria Convenção de 1951.

Com tal falta de amparo legal e o crescente número de nacionais do Haiti cruzando as fronteiras brasileiras, o Conare utilizou-se de sua faculdade de encaminhar ao Conselho Nacional de Imigração (CNIg) os pedidos de refúgio negados (BRASIL, 2007). Ainda em 2012, o CNIg decidiu a questão dos migrantes haitianos por meio da Resolução Normativa 97, concedendo um visto especial aos nacionais haitianos por razões humanitárias, conforme o disposto no Estatuto do Estrangeiro (BRASIL, 2012a). Contudo, a regularização pelo CNIg se mostrou muito mais restritiva do que o arranjo anterior, limitando os vistos a serem concedidos pela Embaixada do Brasil em Porto Príncipe a 100 por mês e estabelecendo, ainda, o prazo de 5 anos para a duração do visto. Ademais, dos solicitantes passaram a ser exigidos passaporte atualizado, comprovante

de residência, atestado de que o requerente não tem antecedentes criminais e pagamento de uma taxa de 200 dólares.

Devido à falta de recursos da maior parte da população haitiana, agravada pelo terremoto, o número de pessoas que conseguiram atender aos novos requisitos do visto permanente foi menor do que a cota prevista (THOMAZ, 2013, p. 141). Além disso, haitianos que haviam iniciado a viagem ao Brasil antes da resolução, mas que chegaram depois dela, ficaram presos na fronteira por não portarem os documentos necessários (FELLET, 2012). Assim, a situação dos migrantes haitianos que entraram no país antes de 2012 foi tratada com uma flexibilidade e tolerância muito maiores do que a dos que chegaram depois, criando-se uma evidente distinção de tratamento baseada em um lapso temporal.

Embora a resolução inicial do Brasil de permitir a entrada dos haitianos, ainda que irregular, e conceder-lhes residência tenha sido elogiada pelo ACNUR (2011, p. 145), o enrijecimento da sua política humanitária no início de 2012, quando o fluxo dos migrantes começava a apresentar expressivo crescimento, reduziu consideravelmente os impactos positivos dessa medida. Mesmo com a extensão do período de concessão dos vistos até janeiro de 2015 (BRASIL, 2013b), a documentação e o preço exigido impediram que os mais afetados pelo terremoto conseguissem a residência permanente, tendo de recorrer a meios irregulares de entrada (THOMAZ, 2013, p. 141). Desse modo, a falta de regulamentação de situações de migração motivada por adversidades ambientais, no ordenamento jurídico brasileiro, resultou em solução pouco adequada, se considerado o aumento do número de haitianos que entraram ilegalmente no país, especialmente por ser uma solução *ad hoc*, sem base normativa.

5. Conclusão

Embora discussões acerca da proteção acordada a migrantes ambientais sejam recorrentes, muito pouco tem sido alcançado na prática.

Visto que uma solução convencional implicaria reconhecer uma definição vinculante a um termo ainda tão controverso, um eventual tratado não seria aceito pela maioria dos Estados receptores de migrantes, sendo, assim, de pouca abrangência. Ainda que fosse possível chegar a uma definição dessa categoria de indivíduos suficientemente flexível para acomodar as diferentes posições dos Estados, haveria o problema de estabelecer quais seriam os direitos específicos desse grupo. Os Estados mais suscetíveis a receberem migrantes ambientais – como Nova Zelândia e Austrália – dificilmente aceitariam uma proteção ampla, dada a prática de seus tribunais.

Vê-se, então, a edição de leis e medidas esparsas pelos Estados, muitas vezes pouco adequadas às circunstâncias da migração induzida por fatores ambientais. As previsões normativas discutidas pressupõem um grande influxo de migrantes em curtos períodos, o que ocorreria apenas em casos de graves desastres naturais. Dessa forma, restringe-se consideravelmente o impacto dessas medidas sobre os afetados por condições ambientais adversas.

Quanto à proteção complementar dos direitos humanos, percebe-se incerteza sobre sua extensão em casos em que não há ação ou omissão direta do Estado sobre os indivíduos e mesmo uma relutância dos Estados em aplicar essa proteção. Ademais, para Estados que não são parte de um sistema específico de proteção aos direitos humanos ou do Protocolo II do PIDCP, há poucos recursos jurídicos para migrantes cuja proteção é negada pelas cortes internas.

Nota-se, assim, um quadro de incerteza jurídica envolvendo os migrantes ambientais, estando sua proteção demasiado sujeita à discricionariedade dos Estados receptores.

Um mínimo de coordenação ainda pode ser alcançado por meio de instrumentos, a princípio não vinculantes, como resoluções e declarações, no seio da própria Assembleia Geral das Nações Unidas, ou de conferências especializadas – métodos ainda pouco utilizados para tratar da migração ambiental. Esse tipo de esforços promoveria maior discussão entre os Estados sobre o tema, facilitando não apenas o desenvolvimento de uma definição satisfatória, mas também de padrões mínimos de tratamento desses indivíduos. Assim, a solidificação das normas de proteção de migrantes ambientais seria mais rapidamente alcançada, com a possibilidade da emergência de tratados, ainda que regionais, a partir dessas discussões gerais.

Sobre os autores

Aziz Tuffi Saliba é doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil; professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil.

E-mail: azizsaliba@gmail.com

Mariana Ferolla Vallandro do Valle é graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG, Brasil.

E-mail: marifvvalle@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁴

THE INTERNATIONAL PROTECTION OF ENVIRONMENTAL MIGRANTS

ABSTRACT: This article aims to analyze the legal protection regime applicable to the situation of individuals who migrate due to environmental factors and the adequateness of such regime. In order to do so, we will evaluate the applicable conventional and customary norms of international human rights law, through a study of international tribunals' jurisprudence, as well as the specific measures taken by Finland, Sweden, the European Union, the United States, and Brazil before influxes of environmental migrants.

KEYWORDS: ENVIRONMENTAL MIGRANTS. HUMAN RIGHTS. INTERNATIONAL LAW.

Como citar este artigo

(ABNT)

SALIBA, Aziz Tuffi; VALLE, Mariana Ferolla Vallandro do. A proteção internacional dos migrantes ambientais. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 213, p. 13-37, jan./mar. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p13>.

(APA)

Saliba, A. T., & Valle, M. F. V. do (2017). A proteção internacional dos migrantes ambientais. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(213), 13-37. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p13

Referências

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS (ACNUR). *Handbook of procedures and criteria for determining refugee status under the 1951 convention and the 1967 protocol relating to the status of refugees*. Genebra: ACNUR, 1992.

⁴Sem revisão do editor.

_____. *UNHCR Global Report 2011*. Genebra, 2011. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/4fc880940.html>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

ARGUETA, Carla N.; WASEM, Ruth Ellen. *Temporary protected status: current immigration policy and issues*. Congressional Research Service, 2015. Disponível em: <<https://www.fas.org/sgp/crs/homesec/RS20844.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

AUSTRÁLIA. High Court of Australia. *A and Another v Minister for Immigration and Ethnic Affairs and Another*. 24 fev. 1997. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b7180.html>>. Acesso em: 9 dez. 2016.

_____. Case N99/30231. *Refugee Review Tribunal of Australia*, 10 jan. 2000. Disponível em: <<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/RRTA/2000/17>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

_____. High Court of Australia. *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v Khawar*. 11 abr. 2002. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/3deb326b8.html>>. Acesso em: 9 dez. 2016.

_____. Case n. 0907346. *Refugee Review Tribunal of Australia*, 10 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/RRTA/2009/1168.html>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

_____. Case n. 1004726. *Refugee Review Tribunal of Australia*, 30 set. 2010. Disponível em: <<http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/RRTA/2010/845.html>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

BRASIL. Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961. Promulga a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, concluída em Genebra, em 28 de julho de 1951. *Diário Oficial da União*, 30 jan. 1961.

_____. Decreto Legislativo nº 4, de 23 de maio de 1989. *Diário Oficial da União*, 24 maio 1989.

_____. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. *Diário Oficial da União*, 23 jul. 1997.

_____. Ministério da Justiça. Comitê Nacional para os Refugiados. Resolução normativa n. 13, de 23 de março de 2007. *Diário Oficial da União*, 28 mar. 2007.

_____. Ministério da Justiça. Ministério da Justiça concede residência permanente a 209 haitianos. *Maxpress*, 30 set. 2011. Disponível em: <http://www.maxpressnet.com.br/Conteudo/1,446917,Ministerio_da_Justica_concede_residencia_permanente_a_209_haitianos,446917,8.htm>. Acesso em: 13 dez. 2016.

_____. Ministério do Trabalho. Conselho Nacional de Imigração. Resolução normativa n. 97, de 12 de janeiro de 2012. Dispõe sobre a concessão do visto permanente previsto no art. 16 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, a nacionais do Haiti. *Diário Oficial da União*, 13 jan. 2012a.

_____. Ministério da Justiça. *Ofício n. 042/CONARE/2012*. Brasília: Secretaria nacional de Justiça, Comitê Nacional para os Refugiados, 3 fev. 2012b. Disponível em: <<http://www.conectas.org/arquivos-site/multimidia/PDF/65.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

_____. Ministério da Justiça. Triplica o número de estrangeiros em busca de refúgio no Brasil. *JusBrasil*, 26 abr. 2013a. Disponível em: <<http://mj.jusbrasil.com.br/noticias/100481594/triplica-o-numero-de-estrangeiros-em-busca-de-refugio-no-brasil>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

_____. Ministério do Trabalho. Conselho Nacional de Imigração. Resolução normativa n. 106, de 24 de outubro de 2013b. Prorroga a vigência da Resolução Normativa nº 97, de 12 de janeiro de 2012. *Diário Oficial da União*, 25 out. 2013.

CAMBAÚVA, Daniella. Haitianos que fugiram após terremoto recebem residência permanente no Brasil. *Opera Mundi*, 1º set. 2011. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/contendo/noticias/14863/haitianos+que+fugiram+apos+terremoto+recebem+residencia+permanente+no+brasil+.shtml>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

CLARO, Carolina de Abreu Batista. O aporte jurídico do direito dos refugiados e a proteção internacional dos refugiados ambientais. In: RAMOS, Alberto de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Org.). *60 Anos de ACNUR: Perspectivas de Futuro*. São Paulo: CL-A, 2011. p. 241-269.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Soering v. The United Kingdom*. 7 jul. 1989. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/3ae6b6fec.html>>. Acesso em: 13 dez. 16.

_____. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Case of H.L.R. v. France*: application n. 24573/94. 27 abr. 1997a. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/5034e6ec2.html>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

_____. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Case D. v. the United Kingdom*. 2 maio 1997b. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/46deb3452.html>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

_____. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Case of Hirsi Jamaa and others v. Italy*: application n. 27765/09. 23 fev. 2012a. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/4f4507942.html>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Case of Makhmudzhan Ergashev v. Russia*: application n. 49747/11. 16 out. 2012b. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/512643102.html>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

COOPER, Jessica B. Environmental refugees: meeting the requirements of the refugee definition. *New York University Environmental Law Journal*, v. 6, p. 480-529, 1998.

DUN, Olivia; GEMENNE François. Defining environmental migration: why it matters so much, why it is controversial and some practical processes which may help move forward. *Revue Asylon(s)*, n. 6, nov. 2008. Disponível em: <<http://www.reseau-terra.eu/article847.html>>. Acesso em: 8 dez. 2016.

EDWARDS, Alice. Refugee Status Determination in Africa. *African Journal of International and Comparative Law*, v. 14, n. 2 p. 204-233, set. 2006.

ESTADOS UNIDOS. Pub. L. 101-649: Immigration Act of 1990. *101st Congress*, 29 nov. 1990. Disponível em: <<http://www.justice.gov/sites/default/files/eoir/legacy/2009/03/04/IMMACT1990.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

_____. Board of Immigration Appeals. In: _____. *Re Fauziya kasinga, applicant*. File A73 476 695: Elizabeth. 13 de junho de 1996. Disponível em <<http://www.justice.gov/sites/default/files/eoir/legacy/2000/03/28/kasinga7.pdf>>. Acesso em: 9 dez. 2016.

_____. Department of Justice. Designation of Montserrat under Temporary Protected Status. *Federal Register*, v. 62, n. 167, p. 45686, 28 ago. 1997. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-1997-08-28/pdf/97-23118.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

_____. Department of Justice. Designation of Nicaragua under temporary protected status. *Federal Register*, v. 64, n. 2, p. 526-528, 5 jan. 1999a. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-1999-01-05/pdf/98-34848.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

_____. Department of Justice. Designation of Honduras under temporary protected status. *Federal Register*, v. 64, n. 2, p. 524-526, 5 jan. 1999b. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-1999-01-05/pdf/98-34849.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

_____. Department of Justice. Designation of El Salvador under temporary protected status program. *Federal Register*, v. 66, n. 47, p. 14214-14216, 9 mar. 2001. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2001-03-09/pdf/01-5818.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

_____. Department of Homeland Security. Termination of the designation of montserrat under the temporary protected status program: extension of employment authorization documentation. *Federal Register*, v. 69, n. 128, p. 40642-40644, 6 jul. 2004. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2004-07-06/pdf/04-15243.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

_____. Department of Homeland Security. Designation of Haiti for temporary protected status. *Federal Register*, v. 75, n. 13, 21 jan. 2010a. Disponível em: <<http://www.justice.gov/sites/default/files/eoir/legacy/2010/01/21/fr21jan10.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

_____. Department of Homeland Security. Extension of the initial registration period for haitians under the temporary protected status. *Federal Register*, v. 75, n. 133, 13 jul. 2010b. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2010-07-13/pdf/2010-17116.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

_____. Department of Homeland Security. Designation of Nepal for temporary protected status. *Federal Register*, v. 80, n. 121, p. 36346-363502. 4, jun. 2015a. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2015-06-24/pdf/2015-15576.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

_____. Department of Homeland Security. Extension of the designation of Haiti for temporary protected status. *Federal Register*, v. 80, n. 164, 25 ago. 2015b. p. 51582. Disponível em: <<http://www.justice.gov/sites/default/files/pages/attachments/2015/08/26/fr25aug15.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

_____. Department of Homeland Security. Extension of the designation of Nicaragua for temporary protected status. *Federal Register*, v. 81, n. 94, 16 mai. 2016a. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2016-05-16/pdf/2016-11305.pdf>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

_____. Department of Homeland Security. Extension of the designation of Honduras for temporary protected status. *Federal Register*, v. 81, n. 94, 16 mai. 2016b. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2016-05-16/pdf/2016-11306.pdf>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

_____. Department of Homeland Security. Extension of the designation of El Salvador for temporary protected status. *Federal Register*, v. 81, n. 131, 8 jul. 2016c. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2016-07-08/pdf/2016-15802.pdf>>. Acesso em: 3 mar. 2016.

_____. Department of Homeland Security. Extension of the designation of Nepal for temporary protected status. *Federal Register*, v. 81, n. 207, 26 out. 2016d. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2016-10-26/pdf/2016-25907.pdf>>. Acesso em: 3 mar. 2016.

FELLET, João. Procuradora cobra no Senado solução para haitianos presos na fronteira. *BBC Brasil*, 30 mar. 2012. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/03/120329_haitianos_frenteira_acao_jf.shtml>. Acesso em: 13 dez. 2016.

FINLÂNDIA. *Aliens Act*: n. 301/2004, amendments up to 1152/2010 included. 2004. Disponível em: <<http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2004/en20040301.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

GUTERRES, António. *Climate change, natural disasters, and human displacement: a UNHCR perspective*. Genebra: ACNUR, 2009.

HAVARD, Brooke. Seeking protection: recognition of environmentally displaced persons under international human rights law. *Villanova Environmental Law Journal*, v. 18, n. 1, p. 65-82, 2007.

HESSBUERGGE, Jan Arno. European Court of Human Rights protects migrants against push back operations the high seas. *Insights*, v. 16, n. 14, abr. 2012.

HONG, Jeanhee. Refugees of the 21st century: environmental injustice. *Cornell Journal of Law and Public Policy*, v. 10, n. 2, p. 323-348, mar/jun. 2001.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. *Discussion note: migration and environment*. nov. 2007. Disponível em: <http://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/about_iom/en/council/94/MC_INF_288.pdf>. Acesso em: 9 dez. 2016.

KEANE, David. The environmental causes and consequences of migration: a search for the meaning of environmental refugees. *The Georgetown International Environmental Law Review*, v. 16, n. 2, p. 209-223, 2004.

KING, Tracey. Environmental displacement: coordinating efforts to find solutions. *The Georgetown International Environmental Law Review*, v. 18, n. 3, p. 543-565, 2006.

KOLMANNSSKOG, Vikram; MYRSTAD, Finn. Environmental displacement in european asylum law. *European Journal of Migration and Law*, v. 11, n. 4, p. 313-323, out. 2009.

LOPEZ, Aurelie. The protection of environmentally displaced persons in international law. *Environmental Law*, v. 37, n. 2, p. 365-409, mar/jun. 2007.

MAYER, Benoît. Pour en finir avec la notion de “réfugiés environnementaux”: Critique d’une approche individualiste et universaliste des déplacements causés par des changements environnementaux. *Revue Internationale de Droit et Politique du Développement Durable de McGill*, v. 7, n. 1, p. 33-58, 2011.

MCADAM, Jane. Complementary protection and beyond: how states deal with human rights protection. *New Issues in Refugee Research*, n. 118, 2005.

_____. Jane. Environmental migration governance. *UNSW Law Research Paper*, n. 1, 2009.

_____. Jane. *Climate change displacement, and international law: complementary protection standards*. Geneva: ACNUR, 2011.

MCCUE, Gregory S. Environmental refugees: applying international environmental law to involuntary migration. *The Georgetown International Environmental Law Review*, Washingtonv. 6, n. 1, p. 151-190, 1993.

MOOR, Nicole de; CLIQUET, An. *Environmental displacement: a new security risk for europe?*. Leicester, 2009. Disponível em: <<https://biblio.ugent.be/publication/923103/file/923105>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

MYERS, Norman; KENT, Jennifer. *Environmental Exodus: an emergent crisis in the global arena*. Washington, D.C.: Climate Institute, 1995.

NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. UN Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons. *Projet de Convention Relative au Statut des Réfugiés*. 3 jul. 1951. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/3ae68ce62c.html>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

_____. Comissão de Direitos Humanos. *General comment n. 6*, 30 abr. 1982. Disponível em: <http://ccprcentre.org/doc/ICCPR/General%20Comments/HRI.GEN.I.Rev.9%28Vo.II%29_%28GC6%29_en.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

_____. *Principios y criterios para la proteccion y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados centroamericanos en America Latina*. Guatemala, 31 maio 1989. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/cirefca_89-9_esp.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

_____. Comissão de Direitos Humanos. *Communication n. 470/1991*. 11 nov. 1993. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/51b6e4fc4.html>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

_____. Comissão de Direitos Humanos. *Communication n. 692/1996*. 28 jul. 1997. Disponível em: <<http://www.ccprcentre.org/doc/2014/07/arf-v-australia.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

_____. Comissão de Direitos Humanos. *Communications n. 1461, 1462, 1476 e 1477/2006*. 31 jul. 2008. Disponível em: <http://www.ccprcentre.org/wp-content/uploads/2012/12/1461_2006-1462_2006-1476_2006-1477_2006-Kyrgyzstan.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2016.

NOVA ZELÂNDIA. Refugee Appeal n. 72315/2000. *Refugee Status Appeals Authority*, 19 out. 2000. Disponível em: <https://forms.justice.govt.nz/search/IPT/Documents/RefugeeProtection/pdf/ref_20001019_72315.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

_____. Ioane Teitiota V. The chief executive of the Ministry of Business Innovation and Employment. *High Court of New Zealand*, 26 nov. 2013. Disponível em: <<https://forms.justice.govt.nz/search/Documents/pdf/jdo/56/alfresco/service/api/node/content/>>

workspace/SpacesStore/6f4d600a-373f-4ff8-8ba1-500fb7cc94b0/6f4d600a-373f-4ff8-8ba1-500fb7cc94b0.pdf>. Acesso em: 9 dez. 2016.

_____. Teitiota V. Chief Executive of the Ministry of Business, Innovation and Employment. *Court of Appeal of New Zealand*, 8 maio 2014a. Disponível em: <<http://www.nzlii.org/cgi-bin/sinodisp/nz/cases/NZCA/2014/173.html?query=refugee>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

_____. Appeal n. 501370-371. *Immigration and Protection Tribunal*, 4 jun. 2014b. Disponível em: <https://forms.justice.govt.nz/search/IPT/Documents/Deportation/pdf/rem_20140604_501370.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2016.

_____. Appeal n. 800517-520. *Immigration and Protection Tribunal*, 4 jun. 2014c. Disponível em: <https://forms.justice.govt.nz/search/IPT/Documents/RefugeeProtection/pdf/ref_20140604_800517.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2016.

PEREIRA, Luciana Diniz Durães. Uma visão brasileira do conceito refugiado ambiental. In: RAMOS, Alberto de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Org.). *60 Anos de ACNUR: Perspectivas de Futuro*. São Paulo: CL-A Ed, 2011. p. 221-240.

RENAUD, Fabrice et al. *Control, adapt or flee: how to face environmental migration*. Genebra: UNU-EHS, 2007.

STOCHERO, Tahiane; MARCEL, Yuri. Triplica em 2013 número de haitianos ilegais que entram pelo Acre. *G1*, 30 set. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ac/acre/noticia/2013/09/triplica-em-2013-numero-de-haitianos-ilegais-que-entram-pelo-acre.html>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

SUÉCIA. *Aliens Act n. 2005:716*. 29 set. 2005. Disponível em: <<http://www.government.se/sb/d/5805/a/66122>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

TAYLOR, Savitri. Offshore barriers to Asylum Seeker movement : the exercise of power without responsibility?. In: MCADAM, Jane (Ed.). *Forced migration, human rights, and security*. Oxford: Hart, 2008. p. 93-127.

THOMAZ, Diana Zacca. Migração haitiana para o Brasil pós-terremoto: indefinição normativa e implicações políticas. *Primeiros Estudos*, n. 4, p. 131-143, mar. 2013.

UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2001/55/CE do Conselho de 20 de julho de 2001. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, n. 212, p. 12-23, 7 ago. 2001. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0055&from=PT>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

_____. Proposta de Directiva do Conselho sobre normas mínimas relativas às condições a preencher por nacionais de países terceiros ou apátridas para poderem beneficiar do estatuto de refugiado ou de pessoa que, por outros motivos, necessite de proteção internacional. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, p. 325-334, 26 fev. 2002. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001PC0510&from=EN>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

_____. Directiva 2004/83/CE do Conselho de 29 de abril de 2004. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, n. 304, p. 12-23, 30 abr. 2004. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0083&from=PT>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

_____. Processo n. C-465/07. *Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, 17 fev. 2009. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130deb2e52894c5424114a657f599b60627d9.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4ObxQOe0?text=&docid=76788&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=268240>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

Análise de admissibilidade de proposições legislativas

A atuação da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal em 2014

HUGO R. HENRIQUES
MÁRCIO H. P. PONZILACQUA

Resumo: Busca-se, neste artigo, compreender a atuação da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Federal brasileiro no ano de 2014 com base na análise das atas e notas taquigráficas das suas reuniões deliberativas. Os resultados de nosso estudo demonstram que há uma grande tendência à aprovação de proposições legislativas, especialmente daquelas analisadas em caráter não terminativo. Nota-se ainda que o juízo de admissibilidade das proposições nem sempre é realizado pelo relator, e quase nunca é discutido pelos demais senadores. Por fim, nota-se uma tendência à maior discussão dos aspectos referentes à constitucionalidade formal nos votos relativos a Projetos de Lei, de análise mais direta e com menos aparência de parcialidade. Discute-se a possibilidade de essa tendência ser fruto de uma cultura institucional do Congresso Nacional que busca evitar confrontações mais diretas de ideias e visões políticas.

Palavras-chave: Processo legislativo. Comissões permanentes. Juízo de admissibilidade. Constitucionalidade.

Introdução

A doutrina jurídica tradicional a respeito do processo legislativo registra dois sentidos distintos para a expressão. Um sentido, que se convencionou denominar sociológico, congregaria todos os fatores que impulsionam o legislador no exercício da função legislativa, ou seja, o conjunto de elementos que direcionariam as ações parlamentares.

Recebido em 1/6/16
Aprovado em 28/10/16

O outro sentido, ao qual a doutrina empresta o nome de jurídico, seria a inserção do processo legislativo no gênero do direito processual, que seria então composto pelos processos administrativo, judiciário e legislativo (SAMPAIO, 1996, p. 27).

Em que pese o elevado prestígio dessa doutrina clássica acerca do processo legislativo, cumpre ressaltar que adotamos uma compreensão distinta. Propomos a indissociabilidade do processo legislativo como fenômeno social e jurídico, justamente pela inegável complementariedade existente entre as duas dimensões. A visão utilizada no presente estudo parte da noção de campo de Pierre Bourdieu que, embora não desconheça as particularidades do campo jurídico e do campo político, busca demonstrar a não autonomia de tais campos e propõe como inegável a influência mútua e direta que esses campos exercem um sobre o outro (BOURDIEU, 2007, p. 221-223).

O campo de produção legislativa é, nesse sentido, palco privilegiado de análise desse diálogo entre os campos jurídico e político, pois nele os procedimentos jurídicos e os embates políticos se entrecruzam para formar aquilo que vem a ser, na prática, o conjunto de ações (*habitus*) dos agentes daquele espaço tão particular de tomada de decisões. Para a compreensão dessa análise, faz-se necessária uma compreensão do arcabouço jurídico-regimental que participa da estruturação desse campo, influenciando e sendo influenciado pelos agentes que o compõem.

O papel consultivo das comissões parlamentares, que ainda se mantém em relação a algumas matérias, foi predominante durante boa parte da história constitucional brasileira. Embora fossem comuns referências à necessidade de ouvir as comissões antes de proceder às deliberações em Plenário, os pareceres das comissões eram meramente consultivos e não geravam qualquer tipo de vinculação para as decisões majoritárias no Pleno.

No contexto pós-golpe militar de 1964, a Emenda Constitucional nº 17/1965 inaugurou o reconhecimento da capacidade legislativa plena das comissões. A reivindicação da possibilidade de delegação de poderes do Plenário às comissões era uma demanda de setores do governo, mesmo antes de 1964. A outra capacidade reconhecida às comissões nessa emenda foi a de rejeição de um projeto caso ele recebesse parecer contrário quanto ao mérito em todas as comissões pelas quais ele tramitasse.

A Constituição de 1967 e a Emenda nº 1, de 1969, a despeito do papel obscurecido do poder legislativo no período da ditadura militar brasileira, mantiveram em sua essência o mesmo regimento relativo às comissões parlamentares que a Emenda 17/1965 havia conferido ao tema. Alguns autores ponderam que, na vigência do período militar,

esse movimento teria ocorrido como forma de enfraquecer o Plenário das Casas Legislativas, visto que permitiria um maior controle das ações legislativas pelo governo (CASSEB, 2008, p. 223). Outros discutem que esses instrumentos jamais foram de fato aplicados na vigência da Constituição de 1967, o que faz efetivamente dos institutos relativos à competência das comissões parlamentares trazidos pela Constituição Federal de 1988 (CF/1988) uma inovação jurídica (PACHECO, 2002, p. 50).

A CF/1988, aliás, conferiu pela primeira vez poder terminativo às comissões sem a previsão de mecanismos de delegação que fossem necessários à sua efetiva aplicação. Contudo, o regramento regimental da Câmara dos Deputados e o do Senado Federal mantiveram tais exigências de delegação expressa de poder terminativo pela Mesa Diretora para as comissões.

A CF/1988 prevê também que, para que se instalem sessões plenárias ou reuniões das comissões, deve haver a presença de um quórum mínimo de congressistas igual à maioria dos seus membros. Por sua vez, para a aprovação da maior parte das deliberações, o quórum geral exigido é de maioria simples. Essa previsão, aliada ao procedimento deliberativo previsto no Regimento Interno de ambas as casas conhecido como “votação simbólica”, empregado na maior parte das votações que não exigem quórum específico ou votação nominal, tem por consequência um descompasso entre a aprovação de proposições – que toma por base a presença virtual, constante no painel eletrônico – e a presença real dos congressistas no local das deliberações. Para Casseb (2008), o procedimento da votação simbólica viola claramente os preceitos constitucionais; por outro lado, observa-se que, no cotidiano das comissões, é justamente essa prática que im-

prime alguma efetividade às comissões, especialmente em face da incompatibilidade de horários entre as reuniões das diversas comissões e as sessões plenárias, tema que discutiremos mais detalhadamente abaixo.

No que tange ao poder de deliberação das comissões, a Constituição Federal de 1988 se limitou a admitir o poder terminativo das comissões em relação aos projetos de lei, não mencionando outras proposições legislativas. Permitiu-se aos Regimentos Internos, dessa forma, a possibilidade de extensão do poder deliberativo das comissões a outros tipos de proposições legislativas não vedadas pelo texto constitucional.

Em relação especificamente à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Federal, é importante salientar que essa comissão tem o dever regimental de analisar a admissibilidade das proposições que por ela tramitam, entre as quais se incluem todas as Propostas de Emenda à Constituição (PEC), que devem necessariamente receber parecer sobre sua admissibilidade. Além das PEC, o campo temático da CCJ, segundo o Regimento Interno do Senado Federal (RISF), inclui genericamente as matérias de competência da União, o que confere a essa comissão um campo de atuação imenso.

Por fim, para que se compreenda brevemente o procedimento legislativo, deve-se salientar que ele se inicia com a apresentação de uma proposição à mesa diretora da Casa Legislativa, que a recebe; depende, então, de despacho do Presidente da Mesa promover sua distribuição pelas comissões, com base na matéria trazida pela proposição. Segue-se, então, a remessa das proposições pela Secretaria Geral da Mesa. Tem-se de reconhecer desde logo o grande poder conferido ao Presidente da Mesa Diretora, seja na distribuição das proposições, o que define a sua tramitação, seja na

resolução de eventuais conflitos de competência, bem como na seleção de eventuais relatores *ad hoc*.

O RISF prevê o prazo de 20 dias úteis para a análise das proposições pela CCJ, e de 15 dias úteis para as demais comissões, com possibilidade de prorrogação. Os relatores são definidos pelo presidente da comissão e têm metade desse prazo para desenvolver sua atribuição. Também aqui é importante reconhecermos o poder concentrado nas mãos dos presidentes das comissões e dos relatores, especialmente se levarmos em conta que raramente o relatório é rejeitado e, quando o é, volta ao presidente da comissão a atribuição de determinar novo relator. Uma vez votado favoravelmente o relatório, este passa a constituir o parecer da comissão sobre a proposição ou, caso seja matéria terminativa, a proposição está aprovada e segue para a Mesa Diretora pelo prazo regimental de recurso, sendo então despachada para a Câmara dos Deputados ou para sanção presidencial.

Nas comissões, a proposição pode receber emendas redacionais ou de mérito. As primeiras mantêm o inteiro conteúdo da proposição original, modificando somente os termos, normalmente para adequação às normas regimentais e de técnica legislativa exigidas pelo Senado Federal. Alternativamente, nas comissões que devem analisar o mérito da proposta, há ainda a possibilidade de apresentação de substitutivo – uma emenda que oferece um novo texto em substituição a toda a proposição original –, normalmente com o intuito de sanar vícios mais graves ou de melhor elaborar os termos da proposição, ou mesmo de incorporar a ela as ideias de outras proposições correlatas.

Nesse sentido, é importante frisar que as ressalvas ao poder terminativo das comissões se relacionam mais fortemente com a possibi-

lidade de aprovação das matérias, uma vez que, ao apreciar as preliminares de admissibilidade (constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade), as comissões têm a opção de decidir pelo seu arquivamento mesmo nas hipóteses de procedimento preparatório, admitindo-se recurso ao Plenário de tal decisão.

Considerando o cenário que delineamos até aqui, buscaremos analisar a atuação dos senadores membros da CCJ do Senado Federal com base nas atas e notas taquigráficas das reuniões deliberativas dessa comissão no ano de 2014, para verificar como as ações desses agentes interagem com o arcabouço normativo-regimental, especialmente no tocante às votações de PL e PEC e às análises de admissibilidade dessas proposições. Retiramos da análise as reuniões de Audiências Públicas, as Sabatinas e as dedicadas exclusivamente às emendas aos projetos de lei orçamentária. Não se computaram os PL e as PEC que tramitavam em conjunto, mas somente os de tramitação principal, uma vez que a inclusão daqueles poderia subverter os dados encontrados no tocante à análise do número de projetos e propostas aprovados e rejeitados pela CCJ.

No que se refere à metodologia, utilizamos a técnica de análise de conteúdo (BARDIN, 2008).

Na análise, foi levado em consideração somente o voto do relator conforme lido em reunião. Nos casos em que o voto do relator fora lido em reunião do ano de 2013, analisou-se o voto escrito (três casos). Após essa seleção inicial, avaliamos a leitura do voto do relator de cada PL e PEC sobre os quais houve decisão final, bem como as leituras de votos contrários e as discussões havidas sobre cada matéria, para determinar em quais houve menção (no voto do relator e/ou na discussão) de pelo menos um dos temas de análise formal que incumbe à CCJ por força do artigo 101 do Regimento

Interno do Senado Federal: constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade. Durante a análise, verificou-se a ocorrência de menções frequentes a dois critérios extras: técnica legislativa e legalidade, que também passamos a analisar.

1. Análise quantitativa da atuação da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal em 2014

1.1. Visão geral

Como o calendário legislativo se inicia oficialmente em fevereiro, não houve reuniões da CCJ no mês de janeiro de 2014. Nos demais meses, observamos a ocorrência de 61 reuniões. Dessas, analisamos somente 26, nas quais ocorreu a votação de ao menos um Projeto de Lei (PL) ou Proposta de Emenda à Constituição (PEC), tendo sido votadas (aprovadas ou rejeitadas) 27 PEC e 87 PL.

Quanto à origem dos PL, observamos um número bastante semelhante de projetos com origem no próprio Senado Federal (40 dos 87 PL analisados) e na Câmara dos Deputados (46 dos 87 PL analisados). Analisou-se ainda um caso de votação de substitutivo da Câmara dos Deputados a Projeto de Lei do Senado. A análise conjunta dos dados acima nos permite constatar que a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal votou, em média, 4,4 proposições (PL ou PEC) por reunião deliberativa. No período analisado, observamos a aprovação de 80 dos 87 PL votados (92%), e a rejeição de apenas sete deles (8%). Entre os 87 Projetos de Lei votados no período de análise do presente trabalho, 66 eram não terminativos (76%), ao passo que 21 (24%) foram decididos terminativamente por aquela comissão.

Analisando conjuntamente os dados acima, observamos que, entre os 87 Projetos de Lei votados na CCJ em 2014, 62 (71%) foram analisados não terminativamente e tiveram parecer favorável aprovado pela comissão; 18 (21%) foram analisados terminativamente e aprovados pela comissão, seguindo para a Câmara dos Deputados ou para sanção presidencial, de acordo com a tramitação do processo; 04 (5%) foram analisados não terminativamente e receberam parecer pela sua rejeição; e apenas 03 (3%) foram analisados terminativamente e definitivamente rejeitados pela CCJ, seguindo para o arquivo.

Por fim, analisamos o número de pareceres favoráveis e contrários a PEC aprovados. Pelos mandamentos constitucionais, as propostas de Emenda à Constituição somente podem ser objeto de deliberação pelo

Plenário da Casa. Mas compete à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania emitir pareceres referentes às propostas, especialmente no tocante à sua admissibilidade. Das 27 PEC apreciadas pela comissão durante nosso período de análise, a CCJ emitiu parecer favorável a 22 (81%), parecer contrário a 04 (15%), e parecer pela prejudicialidade de uma PEC (4%).

1.2. Os critérios de constitucionalidade, juridicidade, regimentalidade, técnica legislativa e legalidade nas deliberações da CCJ

Deu-se prosseguimento ao trabalho, avaliando, nas deliberações realizadas no âmbito da CCJ, a presença de referência aos critérios de constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade, próprios das análises dessa comissão, conforme o artigo 101 do Regimento Interno do Senado Federal, bem como aos critérios de técnica legislativa e legalidade.

Ao analisar os votos proferidos durante as sessões da CCJ pelos relatores, observamos que, dos 87 Projetos votados, 67 votos (77,0%) faziam referência à constitucionalidade do PL e 23 deles faziam mera menção, sem especificar o que se analisara para se afirmar a constitucionalidade do projeto; 50 votos (57,5%) faziam referência à juridicidade do projeto, mas 32 deles faziam mera menção a esse critério; 31 votos (35,6%) faziam referência à regimentalidade do projeto, entre os quais 27 faziam mera menção; 28 votos (32,2%) faziam referência à técnica legislativa do projeto, entre os quais 14 faziam mera menção; 06 votos (6,9%) faziam referência à legalidade do projeto como mera menção a esse critério.

Não foram considerados mera menção os votos que faziam referência à técnica legislativa e apresentavam emendas redacionais que sanassem o problema, uma vez que tais ocor-

rências foram tratadas como referências implícitas à compreensão do relator sobre o critério.

A análise das referências aos mesmos temas nas discussões realizadas pelos senadores membros da CCJ, excluído o voto do relator, indica cenário bastante diverso da análise anterior. De fato, nas discussões dos 87 Projetos de Lei analisados, foram observadas referências à constitucionalidade em apenas 09 (10,3%) delas; referências à juridicidade em 2 projetos (2,3%), e nenhuma referência a regimentalidade, técnica legislativa ou legalidade.

A análise dos votos proferidos pelos relatores de Propostas de Emenda à Constituição no âmbito da CCJ mostrou que, no período analisado, das 27 PEC votadas, 18 votos (66,7%) faziam referência à constitucionalidade da proposta, sete dos quais como mera menção; 7 votos (25,9%) faziam referência à juridicidade da proposta, entre os quais seis apenas como menção; 6 votos (22,2%) faziam somente menção à juridicidade da proposta; 7 votos (25,9%) faziam menção à técnica legislativa, um dos quais como mera menção; e 01 voto (3,7%) fazia apenas menção à legalidade.

Nas discussões das 27 Propostas de Emenda à Constituição analisadas, observamos referências somente à constitucionalidade das propostas e em apenas 3 (11,1%) das 27 PEC analisadas. Não se observou nenhuma referência a juridicidade, regimentalidade, técnica legislativa ou legalidade.

1.3. A análise da constitucionalidade formal e material nas deliberações da CCJ

Devido à complexidade da análise do critério de constitucionalidade, o Senado Federal a desmembra em duas dimensões: constitucionalidade formal e material. Assim, decidiu-se verificar a ocorrência de análise específica dessas dimensões nos votos e discussões dos

Projetos de Lei e Propostas de Emenda à Constituição.

Nos votos ou discussões dos 87 PL analisados no presente estudo, a constitucionalidade formal foi discutida em 39 (44,8%), e a constitucionalidade material em 18 deles (20,7%). Houve ainda um caso (1,1%) em que a inconstitucionalidade de um projeto foi discutida e ao fim aprovada com base em entendimento “sumulado” da própria CCJ (de acordo com o parecer da CCJ na Consulta nº 1, de 2013, da Comissão de Serviços e Infraestrutura).

Quanto às Propostas de Emenda à Constituição, observou-se que, das 27 propostas analisadas pela CCJ no período do presente estudo, oito (29,6%) discutiram a constitucionalidade formal da proposta e seis (22,2%), sua constitucionalidade material.

2. Análise qualitativa

2.1. O conteúdo fático-normativo dos critérios de constitucionalidade formal, constitucionalidade material, juridicidade, regimentalidade e técnica legislativa

A maioria das avaliações realizadas pelos relatores de Projetos de Lei e Propostas de Emenda à Constituição faz mera menção aos critérios de constitucionalidade formal, constitucionalidade material, juridicidade, regimentalidade e técnica legislativa, tornando muito complexa qualquer análise do conteúdo fático-normativo desses critérios. Cabe ressaltar que não avaliamos o conteúdo do critério “legalidade”, pois todas as suas ocorrências foram mera menção.

O critério da “constitucionalidade formal” se relaciona diretamente com a análise de legitimidade de iniciativa da proposta ou projeto e da competência legislativa para edição das

normas em análise. Basicamente, esse critério adquire dois sentidos fáticos distintos, a depender da natureza da norma em análise.

a) Projetos de Lei

Em relação aos PL, o critério de constitucionalidade formal cuida da verificação da legitimidade de iniciativa do projeto de lei e da competência legislativa do Congresso Nacional para editar norma sobre determinado assunto. Assim, são recorrentes nessa análise discussões acerca dos limites da iniciativa de parlamentar para proposição de projetos que dizem respeito aos poderes executivo e judiciário. Também se indaga a constitucionalidade de emenda parlamentar que amplia a incidência de norma existente em projeto de iniciativa exclusiva de outra instituição (caso de emenda que estendia aos membros da Justiça Federal a incidência de norma benéfica aos membros do Ministério Público da União). O segundo conteúdo do critério de constitucionalidade formal é a competência legislativa; assim, são comuns referências ao art. 22 da Constituição Federal de 1988 (CF/1988) – competência legislativa exclusiva da União; ao art. 23 e 24 da CF/1988 – competências comuns e concorrentes entre os entes federados; ao art. 48 da CF/1988 – competências do Congresso Nacional, entre outros.

b) Propostas de Emenda à Constituição

Em relação às PEC, o critério de constitucionalidade formal cuida da verificação de legitimidade de iniciativa de Proposta de Emenda à Constituição, segundo o rol de legitimados que consta do art. 60 da CF/1988, e da competência do Congresso Nacional para emendar a Constituição Federal, em especial considerando a não incidência das restrições previstas no art. 60, §1º – vedação de emendas à CF/1988 na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio; no §4º – vedação de emendas tendentes a abolir

a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto e universal, a separação dos poderes, e os direitos e garantias fundamentais; no §5º – vedação da proposição de emendas à Constituição rejeitadas ou havidas por prejudicadas na mesma sessão legislativa.

Se o critério da constitucionalidade formal cuida especialmente da iniciativa e da competência, o critério de constitucionalidade material, por sua vez, cuida especificamente da adequação e respeito do PL ou da PEC em análise aos direitos e garantias fundamentais (especialmente aqueles exigidos pelo art. 5º da CF/1988), bem como aos fundamentos (art. 1º da CF/1988), objetivos fundamentais (art. 3º da CF/1988) e princípios (art. 4º da CF 1988) da República Federativa do Brasil. Cabe ressaltar que a análise desse critério, quando realizada nos votos ou nas discussões, pode referir-se à análise genérica da adequação do projeto ou proposta aos conteúdos mencionados, ou a conteúdos específicos. Neste último caso, são frequentes as discussões a respeito da constitucionalidade de projetos e propostas por possível afronta ao princípio da igualdade, em suas várias acepções, especialmente tendo em conta que, no período analisado, houve discussões de projetos de lei como o que visa a garantir cotas para negros em concursos públicos. Outra discussão frequente é a possibilidade de um projeto ou proposta irem de encontro ao princípio federativo por implicar ingerência da União na capacidade legiferante e administrativa dos estados e municípios federados.

No tocante ao conteúdo das análises de juridicidade dos projetos e propostas, há o uso de um ou mais dos seguintes conteúdos fático-normativos: inovação do ordenamento jurídico; efetividade da norma; espécie normativa (via) adequada; potencial coercitividade; generalidade; e adequação aos princípios gerais de Direito. Na maioria dos casos em que

a juridicidade é tratada pormenorizadamente nos votos dos relatores, faz-se mera menção a um ou mais desses conteúdos ao afirmar que o processo em análise atende a eles, mas sem detalhar o que cada um desses conteúdos compreende. Nos dois casos em que a juridicidade de projetos de lei foi questionada, buscou-se demonstrar que a norma em análise seria inócua, faltando a ela então os requisitos de inovação ou efetividade.

O conteúdo das análises de regimentalidade diz respeito mais à tramitação regular do processo legislativo do que necessariamente a elementos do próprio projeto ou proposta. Não houve nenhuma ocorrência de rejeição de algum processo legislativo analisado por desrespeito ao critério da regimentalidade, tampouco houve qualquer menção a esse critério fora dos votos dos relatores. Ademais, a maioria das ocorrências de referência ao critério de regimentalidade foi de mera menção, com pouco ou nenhum aprofundamento no conteúdo fático-normativo do critério. Em apenas dois casos, foi possível analisar o que os senadores da CCJ entendem por regimentalidade de um processo. O primeiro conteúdo é justamente a atribuição à CCJ da análise de constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das proposições (art. 101, I do Regimento Interno do Senado Federal – RISF); também estão inclusos, na análise de regimentalidade, aspectos formais das proposições, tais como a escrita em termos claros e concisos e dividida em artigos (art. 236 do RISF), a presença de ementa acima da proposição (art. 237 do RISF), a presença de justificção (art. 238 do RISF), e a presença em anexo da transcrição das disposições de lei invocadas em seu texto (art. 239 do RISF).

Finalmente, em relação ao conteúdo fático-normativo do critério de técnica legislativa, parece haver um consenso absoluto entre

os senadores. Em todas as ocasiões em que esse critério foi apreciado para além da mera menção, fazia-se referência à atenção ao disposto na Lei Complementar 95/1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis. O fato de o critério da técnica legislativa não ter sido empregado para fundamentar a rejeição de uma proposição legislativa no período analisado guarda íntima relação com a apresentação de emendas redacionais pelos relatores, que visam justamente a sanar tais vícios. Assim, a técnica legislativa é frequentemente discutida, mesmo sem referência explícita a ela, nas diversas emendas redacionais apresentadas.

2.2. O poder de agenda: a propensão à aprovação das proposições legislativas analisadas

O primeiro dado interessante que a presente análise traz é o número de projetos de lei de origem no Senado Federal (40) e na Câmara dos Deputados (46) analisados pela CCJ no ano de 2014. Embora o equilíbrio entre os números de projetos de ambas as casas legislativas possa parecer razoável, deve-se notar que a Câmara recebe todos os projetos de autoria do executivo, do judiciário, do ministério público, entre outros, além de contar com um maior número de membros, o que implicaria uma quantidade consideravelmente maior de projetos de origem naquela casa em tramitação pelo Congresso Nacional, especialmente devido aos Projetos de Conversão de Medida Provisória (FIGUEIREDO; LIMONGI, 1999, p. 49). Em vista disso, poderíamos esperar uma predominância dos Projetos de Lei da Câmara sobre os do Senado, o que não encontra apoio nos dados aqui apresentados.

Uma razão que aventamos para isso e que procuraremos trabalhar melhor em seguida é a forma de seleção das pautas das reuniões. As pautas das sessões deliberativas parecem ser selecionadas em íntima sintonia com os temas e projetos que os membros – em especial a presidência e os líderes da comissão – sabem que terão condições de ser votados e aprovados. A presidência da Comissão parece ter maior disposição para selecionar Projetos de Lei do Senado (PLS), uma vez que: a) os PL aprovados na CCJ, ou mesmo no Plenário do Senado, quando for o caso, ainda terão de tramitar na Câmara dos Deputados e, portanto, as decisões em relação a eles ainda têm a possibilidade de sofrer grandes revisões; b) por serem Projetos de autoria de colegas senadores, causar empecilhos à sua tramitação, não pautando os PLS, ou pior, rejeitando-os nesta primeira instância que é a CCJ, pode gerar desconfortos políticos – desconfortos que, veremos novamente a seguir, parecem ser evitados constantemente pelos senadores.

Antes de seguirmos por essa linha de raciocínio, entretanto, é imperativo realizarmos duas breves digressões. A primeira delas em relação ao número de Propostas de Emenda à Constituição votadas pela CCJ no período: 27. Grosso modo, a cada quatro proposições votadas no âmbito dessa comissão no ano de 2014, uma delas era PEC. As razões possíveis aventadas para esse número tão elevado, levando-se em conta especialmente a teórica excepcionalidade das Emendas à Constituição, seriam os prazos regimentais exíguos para a emissão de parecer pelas comissões; o interesse público na maioria dos temas tratados pelas PEC; e o caráter necessariamente não terminativo das votações de pareceres da CCJ sobre PEC. Em especial, se levarmos em conta a somatória dos dois últimos fatores – a ausência de poder terminativo das comissões para PEC e o interesse público envolvido nessas votações –, constataremos um forte interesse político e facilidade em aprovar pareceres da CCJ a respeito das PEC que nela tramitam. Além disso, o tratamento regimental do tema imprime certa pressão sobre os prazos de sua apreciação pela CCJ: o Presidente do Senado Federal tem a obrigação regimental de despachar todas as Propostas de Emenda à Constituição à CCJ, para que ela emita parecer de admissibilidade e mérito no prazo de 30 dias (CASSEB, 2008, p. 330-331). A consequência do não cumprimento desse prazo é a possibilidade de determinação de um relator *ad hoc*, que proferirá um parecer oralmente em plenário, dispensando o parecer da CCJ e, assim, retirando-lhe poder político de controle sobre a tramitação da PEC. Há, portanto, uma soma de fatores que provavelmente se conjugam para instaurar, na comissão, a vontade política necessária para a emissão de seus pareceres a respeito desse tipo de proposição.

A segunda digressão que se faz necessária nesse ponto diz respeito ao dado apresentado no presente estudo de que, em média, aprovam-se 4,4 proposições por reunião deliberativa da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal. Discutir esse dado é especialmente tortuoso quando se coloca nessa discussão a tão conhecida dicotomia entre segurança e eficiência na administração pública em geral. De fato, em nosso estudo, observamos reuniões – como a 40ª Reunião Extraordinária da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, realizada em dois de setembro de 2014 –, em que foram deliberadas treze proposições, a maioria das quais de forma extremamente abrupta, com leitura de votos resumidíssimos e quase nenhuma discussão. De outra sorte, observamos reuniões em que temas controversos e complexos, como a maioridade penal, foram discutidos por horas – por vezes, sem sequer serem votados ao final –, com proveitosos debates acerca da constitucionalidade da proposta, apresentação de votos em separado, ricos em

argumentos favoráveis e contrários e uma real preocupação dos senadores em estudar e discutir o tema.

Assim, recaímos novamente no argumento, já apresentado acima, de que talvez não seja o caso de se arguir tanto da eficiência dos legisladores, mas de se pensar em maneiras que tornem possível as comissões se reunirem mais vezes, por mais tempo. Não ignoramos, aqui, que existem, para as Casas Legislativas brasileiras, vedações regimentais à realização de reuniões ordinárias – que somente podem ser realizadas das terças às quintas-feiras (CASSEB, 2008, p. 309), mas tão somente ressaltamos que críticas apressadas e exigências de produtividade legislativa podem ser um caminho perigoso em direção a decisões ainda menos debatidas.

Feitas as digressões acima, retomamos a discussão acerca da definição de pautas nas comissões e as possíveis consequências disso para os resultados obtidos no presente trabalho. Um estudo recente sobre o poder de influência sobre as deliberações legislativas buscou determinar os agentes que são capazes de definir rumos nas tramitações legislativas da Câmara dos Deputados (mas com resultados transponíveis em grande parte ao Senado) e percebeu que do Regimento Interno, bem como das práticas dos congressistas resultava a concentração de poderes nas mãos de quatro figuras principais, excluído o papel do Governo fartamente relatado em outros estudos: o Presidente da Casa, os presidentes de comissões, os líderes de bancadas e os relatores das proposições (AGUIAR, 2013). No tocante aos presidentes das comissões, esse poder advém justamente da sua capacidade de definir a pauta das reuniões deliberativas das comissões que presidem, além de poderem de ofício retirar de pauta proposições, bem como conduzir as votações.

O poder do presidente da comissão em definir a pauta dialoga diretamente com os resultados aqui demonstrados. Esse poder provavelmente é um dos responsáveis por aparentemente imprimir uma maior celeridade aos Projetos de Lei de iniciativa de senadores em relação aos de iniciativa de deputados, bem como deve ser considerado na análise da proporção relativamente baixa de proposições rejeitadas. Precisamos considerar que o presidente da comissão, tendo em conta as tratativas em andamento – advindas especialmente das comunicações de líderes de bancada – e o voto previamente recebido do relator da proposição, bem como, em alguma medida, o interesse dos congressistas em votar determinada matéria – manifesto nos requerimentos dos próprios senadores para que determinada proposição seja pautada – não tem razões para pautar determinadas proposições que sabidamente não prosperarão ou, em sentido mais propriamente político, não tem estímulo para pautar determinadas proposições que tendam a ser encaminhadas de

forma diversa da que ele, seu partido ou bloco partidário gostariam.

No tocante a tais considerações, que explicariam a alta taxa de aprovações e pareceres pela aprovação de PL e PEC no âmbito da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, deve-se ressaltar a observação empírica feita durante a presente pesquisa de que o presidente da CCJ do Senado Federal durante o ano de 2014 demonstrou uma tendência a acatar, sempre ou quase sempre, os pedidos de inclusão de matérias em pautas futuras ou mesmo de matérias extrapauta no curso das reuniões da comissão. Essa observação é interessante por duas razões: a primeira, para que não se perca de vista o caráter eminentemente político das Casas Legislativas. Em que pese à concentração, inclusive por determinação regimental, de poder nas mãos de determinados agentes, os congressistas são indivíduos inseridos em um ambiente de socialização política e, portanto, pouco tendentes a se indispor uns com os outros sem boas razões. Assim, embora haja de fato um poder do presidente da comissão em pautar matérias, observa-se faticamente que esse poder é, ao menos em parte, mitigado por certa tendência desses atores, observável no caso do presente estudo, em congregar interesses.

A segunda razão é para que fuçamos de uma tendência a explicações simplistas que descreditem totalmente determinados agentes ou funções com base em elucubrações teóricas, sem notar as nuances envolvidas na prática real dos poderes que detêm. Se os presidentes das comissões de fato têm o poder de definição das pautas e o utilizam para garantir o encaminhamento de proposições que eles, seu partido, bloco parlamentar ou outros interesses querem ver aprovadas ou definitivamente rejeitadas, a utilização desse poder, ao menos na avaliação do presente estudo, dá-se de for-

ma menos ostensiva do que se poderia supor com base em análises puramente teóricas.

Além da seleção prévia das pautas, outros dois fatores contribuem para a alta proporção de matérias aprovadas ou com parecer favorável no âmbito da CCJ. O primeiro trata da visível tendência dos senadores à aprovação de matérias não terminativas (proporção duas vezes maior de aprovação para matérias não terminativas em relação às terminativas), especialmente quando em sua tramitação ainda passarão por outras comissões. Como observamos ao longo do presente estudo, embora a CCJ tenha por prerrogativa regimental analisar a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das proposições, rejeitando aquelas que não cumpram com tais exigências, a comissão o faz somente em raríssimos casos. Assim, as menções mais constantes à limitação da apreciação da CCJ a questões de juízo de admissibilidade da matéria parecem ocorrer justamente quando se pretende aprovar uma proposição naquela comissão e relegar as discussões de mérito a outras instâncias.

Um exemplo dessa tendência observa-se na discussão do PLC nº 13, de 2013, em que o voto da relatora, conforme lido, tratou somente do mérito da proposição, conclamando a comissão a dar-lhe parecer favorável. Na discussão, foi aventada a possibilidade de inconstitucionalidade formal (vício de iniciativa) e material (quebra do pacto federativo), chegando a haver um pedido de vista, posteriormente retirado. Alguns senadores sinalizaram que votariam favoravelmente ao voto da relatora somente em respeito a ela e para que a proposta seguisse sua tramitação, deixando claro que as demais comissões iriam questionar a proposta e possivelmente até votar contrariamente a ela.

O segundo fator que contribui para a compreensão da proporção expressiva de matérias

aprovadas ou que recebem parecer favorável da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania é a forma pela qual se votam as proposições no âmbito das comissões. Regimentalmente há a previsão da denominada “votação simbólica”, utilizada na maioria das deliberações que não exigem quórum qualificado para sua aprovação:

A forma como se opera a votação simbólica, com a exigência de que se levantem os congressistas que quiserem a rejeição da medida votada, permite, na prática, que um número extremamente reduzido de parlamentares aprovem incontáveis atos e proposições, especialmente porque a presença mínima verificada é a oficial, a presença virtual, que consta no painel eletrônico e não a presença física no recinto das deliberações (CASSEB, 2008, p. 241).

De fato, a utilização da votação simbólica é notável nas atas de qualquer reunião deliberativa da CCJ analisada pelo presente estudo, e fortalece sobremaneira o poder do relator em conduzir o sentido da votação das matérias, uma vez que, para a rejeição do relatório, é necessária a manifestação ativa dos senadores. A esse propósito, inclusive, cumpre ressaltar que a alternativa à votação simbólica, a chamada votação nominal – exigida em alguns casos, e requerível em todos – muitas vezes leva a confusões e embaraços entre os senadores, especialmente quando há outro voto além daquele proferido pelo relator (voto em separado). Verificou-se, durante a presente análise, que muitas vezes a votação precisa ser pausada, ou até mesmo reiniciada do princípio, por conta de dúvidas dos senadores a respeito de como se está realizando a votação.

Portanto, a alta taxa de aprovações de matérias (PL e PEC) observada no presente estudo pode ser ao menos parcialmente compreendida com base nestes três fatores: 1) a seleção de pautas pela presidência da comissão; 2) a tendência à aprovação das matérias não terminativas para não obstar a sua tramitação; 3) o modelo de votação empregado.

2.3. A utilização escassa do poder terminativo das comissões

Outro dado encontrado no presente estudo foi a baixa proporção de matérias terminativas votadas na CCJ no período analisado. A proporção aqui relatada (apenas 24% dos Projetos de Lei foram analisados em caráter terminativo) vai ao encontro de outros estudos semelhantes. Um estudo das propostas aprovadas entre 1985 e 1998 na Câmara dos Deputados demonstrou que 25.2% das proposições foram indicadas pela presidência daquela Casa como passíveis de serem analisadas terminativamente (na Câmara dos Deputados, o termo mais recorrente é “conclusivo”, com idêntico sentido ao que no Senado se denomina

“terminativo”). Esse mesmo estudo demonstra ainda que as comissões fizeram uso dessa prerrogativa somente em 10.6% das propostas e que não houve qualquer interferência do Plenário no sentido da proposição de emendas de Plenário, em apenas 8.81% delas (PEREIRA; MUELLER, 2000). A razão prática apontada pelos autores para isso também foi observada em nossa análise: o uso indiscriminado (e aprovação) de pedidos de urgência retira das comissões o poder terminativo sobre determinada proposta, transferindo ao Plenário a sua deliberação.

Embora a Constituição Federal de 1988 tenha explicitamente dotado as comissões parlamentares de poder terminativo, diversos estudos têm demonstrado que os regimentos internos das Casas Legislativas, bem como a sua prática cotidiana, não incorporaram esse movimento. Ainda restringem o uso de tal poder a situações muito específicas e em pouco distintas da previsão de delegação *interna corporis* (FERREIRA FILHO, 2009, p. 231) trazida pela Constituição Federal de 1967 (com a redação dada pela Emenda nº 1/1969), do período ditatorial brasileiro. Embora prevista, essa possibilidade não foi largamente utilizada, em vista das características políticas centralizadoras do período (PACHECO, 2002, p. 50). De fato, o poder terminativo das comissões, embora constitucionalmente garantido, em seu tratamento regimental carece de confirmação pelo presidente da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal no despacho em que define a tramitação de determinada matéria (PACHECO, 2009, p. 48).

Algumas observações são necessárias em relação a esse ponto. A primeira delas diz respeito ao tratamento dado ao poder terminativo das comissões pelo Regimento Interno do Senado Federal no tocante a determinados projetos de lei. O RISF subtrai às comissões a

possibilidade de análise terminativa de determinados Projetos de Lei, em especial aqueles que dizem respeito a Lei Complementar, Códigos e Consolidações, bem como, conforme já mencionamos, a todo Projeto de Lei sob regime de urgência. Portanto, há um embaraço regimental à utilização efetiva do poder terminativo pelas comissões, o que necessariamente influencia na proporção aqui encontrada de PL analisados terminativamente pela CCJ no ano de 2014. Alguns autores também observam que o tratamento regimental da delegação constitucional de poder às comissões caminha até o momento num sentido de restringir tal poder, restando-lhes tal prerrogativa praticamente nos casos de PL de menor relevância ou de prévio consenso estabelecido (PEREIRA; MUELLER, 2000).

Outra observação pertinente, que concerne à metodologia aqui empregada na aferição dos dados relativos ao poder terminativo, é que, diferentemente das pesquisas de outros autores, como Pereira e Mueller (2000), que analisaram o resultado final do processo legislativo (PL aprovados pela Câmara dos Deputados entre 1985 e 1995), nosso trabalho se restringiu à CCJ, o que significa que os PL não terminativos analisados no âmbito dessa comissão poderiam ter sido determinados como terminativos em outras comissões. De fato, observamos não raro essa forma de tramitação, segundo a qual um Projeto de Lei deve receber parecer da CCJ para ser votado terminativamente em comissão diversa. Assim, pode ser que a proporção atual de Projetos de Lei que recebem da presidência da Mesa do Senado Federal despacho pela tramitação terminativa nas comissões seja maior que a observada naqueles estudos. Ainda assim, nota-se, como naqueles estudos, o uso intensivo dos pedidos de urgência, indicando que a proporção de projetos que de fato são decididos terminativamente nas comis-

sões provavelmente permanece relativamente baixo.

Por fim, cabe ressaltar que o baixo número de proposições analisadas em caráter terminativo relaciona-se, ainda, com o quórum necessário para a apreciação de tais matérias. Embora se devam levar em conta as considerações já feitas a respeito do modo de aferição do quórum no âmbito das comissões, é importante salientar que há uma preocupação constante, perceptível nas falas da presidência da mesa da CCJ, com relação ao quórum especial necessário às deliberações em caráter terminativo. As pautas de quase todas as reuniões deliberativas analisadas previam matérias terminativas a serem deliberadas; no entanto, na maioria das reuniões o quórum necessário para realizá-las não foi atingido, ou foi atingido apenas em curtos períodos de tempo, durante os quais as matérias terminativas eram por vezes analisadas de forma apressada para “aproveitamento do quórum”.

Outra dificuldade em relação ao quórum das reuniões para decisões terminativas diz respeito à coincidência de horários entre as sessões plenárias e as reuniões das comissões parlamentares, o que por vezes causa até mesmo a suspensão das reuniões das comissões no momento em que as votações no Plenário são iniciadas (CASSEB, 2008, p. 310). De fato, em nossa análise das notas taquigráficas das reuniões da CCJ, observamos constante preocupação dos senadores em relação ao que ocorria no Plenário do Senado, especialmente quando temas controversos seriam votados. Tal fato era recorrente, por vezes causando até mesmo a irritação da presidência da mesa da comissão, e evidencia o delineamento de uma cultura parlamentar ainda às voltas com um prestígio do Pleno em detrimento das comissões, reforçando as críticas já tecidas, neste e em outros trabalhos, acerca da efetivação da

delegação constitucional de poder terminativo às comissões.

A consequência óbvia dessa coincidência de horários, aliada às exigências de quórum mais elevado para decisões terminativas e às ausências não raras dos senadores às reuniões, é uma maior dificuldade na possibilidade de apreciação das matérias terminativas. Assim, a proporção mais baixa de decisões relativas às matérias terminativas deve ser interpretada com base em um balanceamento entre a vontade e o poder dos presidentes de comissão e relatores, que centralizam influência sobre o processo deliberativo, e as impossibilidades regimentais de deliberação de tais matérias à luz da exigência regimental de quórum específico para realizá-las.

2.4. Análise de admissibilidade e sua relação com uma prática política que evita o conflito direto

Após a análise mais panorâmica dos dados relativos à atuação da CCJ do Senado Federal em 2014, o presente estudo se debruçou na análise mais criteriosa do objeto que dá título ao trabalho, ou seja, a análise realizada pela CCJ a respeito dos critérios de admissibilidade das propostas a ela submetidas. O Regimento Interno do Senado Federal é explícito em dizer que compete à CCJ a análise da constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das proposições submetidas à sua análise. Deve-se atentar ao fato de que, diferentemente do regimento regimental da Câmara dos Deputados, que submete à CCJ daquela Casa todas as proposições para análise de admissibilidade, o RISF não traz essa obrigação geral (CASSEB, 2008, p. 290). Ao contrário, o RISF traz a responsabilidade conjunta de todas as comissões em analisar esses critérios sempre que analisarem uma matéria em caráter ter-

minativo, mas indica que a CCJ deve ser ouvida sempre que consultada sobre tais assuntos (PENNA; MACIEL, 2002, p. 117-119). De fato, o rol de situações em que a CCJ do Senado pode ser chamada a opinar sobre os critérios de admissibilidade de uma proposição é extenso e, na prática, grande parte das matérias acaba recebendo o parecer de admissibilidade.

A análise dos votos dos relatores referentes aos PL e às PEC, conforme lidos durante as sessões da CCJ, demonstra que, embora seja obrigação dessa comissão a verificação dos critérios de admissibilidade das proposições a ela submetidas, na prática isso nem sempre é feito. Os votos dos relatores não raro ignoram tal obrigação, lidando somente com o mérito da proposição e, mesmo quando procedem à verificação dos critérios, tratam tão somente de citá-los, afirmando a adequação da proposição a eles, sem sequer mencionar o que são esses critérios, tampouco discutindo como aquela proposição de fato atende a tais critérios. Trata-se, assim, muitas vezes, de mera menção afirmativa genérica, sem muita atenção ou zelo em relação às especificidades da proposição.

Conforme se depreende da análise dos dados apresentados, a constitucionalidade dos Projetos de Lei foi analisada para além da mera menção em apenas metade dos votos dos relatores dos PL analisados. No caso dos votos dos relatores de PEC, a situação é ainda mais grave, tendo a constitucionalidade sido avaliada em apenas cerca de 40% dos casos analisados. Esses dados são particularmente preocupantes, pois, embora o RISF preveja a obrigação de todas as comissões de procederem a essa análise, é à CCJ que o regimento confere essa competência mais explicitamente. Assim, tomando por suposto que a CCJ seja a comissão parlamentar do Senado que mais intensamente debata tais questões de ordem constitucional, é de se prever que a verificação dos critérios de

admissibilidade se dê de forma ainda menos intensa em outras comissões.

O controle de admissibilidade das proposições tem interessado especialmente aos estudos a respeito do processo legislativo, em face da possibilidade de se constituir em um dos mecanismos para o descongestionamento do trabalho legislativo. Pelo poder terminativo conferido às comissões pela CF/1988, relativo à rejeição de proposições, haveria a possibilidade de, ao apreciarem essas preliminares, decidirem pelo arquivamento de uma proposição mesmo na hipótese de procedimento apenas preparatório, admitindo-se, claro, a possibilidade de recurso (CASSEB, 2008, p. 321). Importa ainda ressaltar que a decisão terminativa de comissão pela inconstitucionalidade ou injuridicidade de uma proposição gera o seu arquivamento, que se distingue da possibilidade de rejeição no tocante às consequências previstas pela aplicação do art. 67 da CF/88, segundo o qual Projeto de Lei rejeitado somente poderá ser objeto de nova proposição na mesma sessão legislativa se proposto por maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional.

De fato, dentro da análise de admissibilidade, a análise de constitucionalidade é especialmente importante porque o controle preventivo de constitucionalidade das proposições exercido pelo Congresso Nacional é justamente derivado dessa atribuição. Assim, a CCJ teria a oportunidade de realizar um juízo de conformidade para verificar se dada proposição é compatível com a Constituição Federal (CASSEB, 2008, p. 290). Para Casseb (2008), bem como para outros autores, a análise de constitucionalidade tem caráter de verdadeiro poder-dever de todos os congressistas durante todas as fases do processo legislativo, ou seja, o reconhecimento da inconstitucionalidade de partes ou mesmo da íntegra de uma proposição

ção deve ser externado em todas as possibilidades, tão logo o vício seja detectado pelos parlamentares individualmente, bem como por qualquer comissão (PENNA; MACIEL, 2002, p. 115-117).

O que os resultados de nossa pesquisa parecem evidenciar, no entanto, com relação especificamente à CCJ, é que esse controle não é efetivamente utilizado, sendo raros os casos em que se observa a rejeição de proposições baseada no controle de admissibilidade. Durante a análise aqui empreendida, talvez o caso mais notável de utilização desse poder das comissões possa ser observado na 1ª Reunião Extraordinária da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, realizada em 5 de fevereiro de 2014, em que cinquenta proposições que tramitavam conjuntamente foram rejeitadas por inconstitucionalidade, em face de entendimento sumulado previamente pela CCJ.

Nos dados aqui obtidos também se observa que a juridicidade das medidas é pouco analisada nos votos dos relatores: aparece, para além da mera menção, em somente 20% dos votos relativos a Projetos de Lei, e em apenas 2% dos votos relativos às PEC. No que tange à análise de juridicidade dos Projetos de Lei, deve-se considerar que se trata de uma análise extremamente complexa e técnica, talvez impossível de ser exigida de todos os congressistas – embora se deva salientar o papel relevante que a assessoria legislativa deveria desempenhar nesse sentido –, pois trata-se de análise da razoabilidade, da coerência lógica e da possibilidade de conformação da norma proposta ao direito positivo posto, ou seja, a juridicidade deve ser auferida no conflito da norma que se propõe com os princípios gerais de Direito (AZEVEDO, 2001, p. 46). Por sua vez, os dados relativos às PEC podem ser relativizados se considerarmos que a análise de juridicidade, especialmente afeita à verificação

de conformidade da proposta ao ordenamento jurídico, é talvez de menor serventia no tocante a essas proposições que têm por objeto a modificação da Constituição Federal, considerada pedra fundante do ordenamento jurídico pela ciência jurídica e apta, portanto, a direcionar o próprio ordenamento.

No tocante aos Projetos de Lei, entretanto, a análise de juridicidade se reveste de relevância similar à análise de constitucionalidade, especialmente nos Projetos de Lei que visam a modificar Leis Federais já publicadas e que, por isso mesmo, carecem de especial atenção quanto à adequação das modificações propostas ao escopo e à lógica interna daquela norma e do ordenamento em geral. Assim, a análise da juridicidade poderia ser outro mecanismo eficiente no já mencionado descongestionamento do legislativo. No entanto, parece ser igualmente subutilizado no âmbito da CCJ e repercute a falta de entendimento claro que parece haver entre os senadores do conteúdo fático normativo desse critério.

Na análise de admissibilidade relativa à regimentalidade e à verificação de adequação da técnica legislativa que se incorpora às atribuições da CCJ, especialmente nos votos dos relatores, percebe-se que há uma tendência muito maior a procurar sanar tais vícios, especialmente na forma de emendas redacionais e substitutivos, do que necessariamente de rejeitar projetos com base no não cumprimento das respectivas formalidades. De fato, o presente estudo, ao focar sobremaneira na análise explícita dos critérios de admissibilidade, teve dificuldades em detectar todas as referências à regimentalidade e à técnica legislativa especialmente quando, em vez de citar tais critérios, os relatores se propõem a saná-los. Tal análise demandaria um estudo distinto, talvez mais focado nos votos escritos do que nos votos lidos que aqui utilizamos, para que se possa

auferir com maior segurança o uso feito pelos relatores da análise desses dois critérios.

Por fim, no tocante aos dados relativos ao exame de admissibilidade realizado no âmbito da CCJ e demonstrado no presente estudo, resta fazermos ao menos duas importantes observações. A primeira e mais simples é relativa à aparição, em nossa análise, de um critério de admissibilidade adicional, a análise da legalidade, que surgiu sempre como mera menção nos votos de relatores sobre PL e PEC. Trata-se, possivelmente, de confusão por parte dos congressistas, que frequentemente percorrem em sua trajetória política as duas Casas Legislativas, entre o Regimento Interno do Senado Federal e o Regimento da Câmara dos Deputados, uma vez que é no art. 53 do RICD que se encontra a necessidade de a CCJC daquela Casa analisar a legalidade das proposições a ela submetidas. Tendo em vista que todas as ocorrências de referência a esse critério foram mera menção, decidiu-se por não adentrar nos meandros doutrinários relativos ao tema e dos motivos que levam a essa divergência entre o RISF e o RICD.

A outra observação integra a análise dos votos dos relatores com a análise das discussões, para demonstrarmos que: a) de fato, há um poder concentrado nas mãos dos relatores no tocante à determinação da tramitação das proposições; b) as decisões no âmbito das comissões são muito mais fortemente políticas do que necessariamente técnicas.

Em relação ao primeiro aspecto, deve-se perceber que as discussões, particularmente no que tange à análise dos critérios de admissibilidade, praticamente inexistem. Em nossas análises das atas e notas taquigráficas das reuniões deliberativas da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal no ano de 2014, notou-se que ainda menos frequentemente – de fato, raríssimas vezes –

houve apresentação de voto divergente escrito e entregue à mesa da comissão para integrar o processo da proposição a que ele se refere; também são raríssimas as ocorrências de votos contrários à aprovação do voto do relator e ainda mais raras as votações em que o relator é, ao fim, vencido; soma-se a esse cenário a observação de um número expressivo de proposições que não são discutidas de qualquer forma, resultando na fórmula extremamente comum nas atas, proferida ao fim do voto do relator pelo presidente da comissão:

Em discussão a matéria. (Pausa)

Não havendo quem queira discutir, em votação.

As Sras. e os Srs. Senadores que concordam permaneçam como se encontram. (Pausa)

Aprovado por unanimidade.

Apenas para que se possa ter uma dimensão da relevância desse último ponto e dos riscos potenciais de exigências simplistas de eficiência no processo legislativo, na 40ª Reunião Extraordinária da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, realizada em 02 de setembro de 2014, dos onze projetos de lei votados, nove seguiram exatamente esse roteiro de voto resumido do relator, seguido da fórmula acima, sem qualquer discussão por parte dos membros da comissão. Entretanto, é preciso considerar que isso nem sempre ocorre e é especialmente comum na tramitação de processos em que há maior consenso entre os congressistas – especialmente nos casos de projetos de lei do judiciário, caso de quatro dos nove projetos que tiveram aprovado parecer favorável naquela reunião.

Feitas essas observações, cumpre reforçar o que já se comentou a respeito da aparente concentração do processo legislativo nas mãos de alguns atores centrais desse processo, que

detêm poder de influenciar significativamente o momento e o resultado das deliberações (PEREIRA; MUELLER, 2000). No caso desta análise, nota-se com clareza a relevância do papel representado pelo presidente da comissão e pelos relatores dos projetos – cumpre observar que esses poderes se relacionam, uma vez que a presidência da comissão tem a atribuição de distribuir e eventualmente redistribuir as relatorias, bem como determinar os relatores dos vencidos quando for o caso.

A esse poder soma-se o fato de que as decisões no âmbito das comissões são sempre decisões tomadas em um ambiente político, o que indubitavelmente gera consequências diretas para o processo legislativo. Nesse sentido, já se ressalta há algum tempo nos debates acerca desse tema que as apreciações, no âmbito da CCJ, não são meramente técnicas:

têm caráter político, os deputados e senadores que a compõem declaram a constitucionalidade ou não das normas de acordo com os interesses envolvidos. A metodologia de valoração utilizada relega a apreciação jurídica e aplica um critério de conveniência e oportunidade (AGRA, 2002, p. 399).

Não que se proponha aqui que essas análises devessem constituir-se em instrumentos tecnocráticos de aferição de constitucionalidade e juridicidade das proposições legislativas. O campo da Sociologia em geral e da Sociologia do Direito em específico vêm demonstrando, pelo menos desde as análises weberianas, os riscos e as limitações de uma burocracia tecnocrática direcionada a fins (WEBER, 2009, p. 16). O que aqui se busca é a descrição da forma como se dá o processo legislativo em sua prática cotidiana, com seus problemas e ganhos para o que se convencionou denominar de Estado Democrático de Direito, especialmente para se contrapor a elucubrações te-

óricas vagas que percam de vista que, cotidianamente, tais desenvolvimentos teóricos têm sido pouco empregados na prática legislativa.

Deve-se perceber que, a despeito das possibilidades e avanços que o processo legislativo possivelmente teria com a adoção de análises de admissibilidade mais bem realizadas, inclusive no que concerne a uma redução no número de proposições em tramitação pelo Congresso Nacional, a realidade cotidiana da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania demonstra que o ambiente político-institucional hoje observável no Brasil parece ser mais afeito a uma política cortês, que se utiliza de mecanismos mais sutis do que o enfrentamento direto das proposições que não se pretende ver aprovadas ao fim do processo. Não se trata aqui da cordialidade como traço do sujeito brasileiro levado para a esfera pública, mas dos cuidados típicos do convívio político em instâncias colegiadas relativamente restritas – como é o caso do Senado Federal, ou mesmo do Congresso Nacional como um todo – em que os atores convivem cotidianamente e que, ainda que em polos distintos do espectro ideológico, buscam formas menos beligerantes de se opor.

Em síntese, parece que, para o ambiente político-institucional aqui observado, o desgaste político, em relação aos pares ou à opinião pública, de rejeitar uma proposição por inconstitucionalidade ou injuridicidade não é interessante. Os mecanismos que evitam o confronto direto – tais como não colocar determinada matéria em pauta, não apresentar relatórios nos prazos regimentais, pedidos de vista, entre outros – parecem se conformar melhor a tal ambiente e acabam por reforçar a centralidade de determinados atores políticos – aqueles que detêm a condução desses mecanismos – na produção legislativa do Congresso Nacional.

2.5. As particularidades da análise de admissibilidade de propostas de emenda à Constituição

A análise de constitucionalidade, especialmente dos Projetos de Lei, quando realizada, tende a focar-se sobremaneira sobre os aspectos de constitucionalidade formal, denotando justamente uma possível preferência por mecanismos mais sutis de impedimento à tramitação de certas proposições. Afinal, sugerir a possibilidade de que o entendimento do congressista autor da proposição, da emenda ou do relatório possa conter vícios de aspectos formais parece uma forma mais sutil de se questionar e, eventualmente, rejeitar uma proposição.

Outra forma menos direta de enfrentamento é a edição de súmulas. Observamos sua utilização para a rejeição de Projetos de Lei no âmbito da CCJ. Também aqui ocorre fenômeno de confusão de Regimentos Internos. Embora o RICD adote a criação de súmulas pelas comissões, o mesmo não é verdade para o RISF. Apesar disso, observamos um caso em que há menção a um entendimento sumulado da CCJ do Senado, embora caiba ressaltar que se tratava na realidade do entendimento prévio da comissão em caso análogo, em resposta a uma consulta de outra comissão (Consulta nº 1/2013 da Comissão de Serviços de Infraestrutura).

No entanto, não desejamos, aqui, atermo-nos somente a essa possibilidade. Há uma pluralidade de formações dos congressistas, que não são, necessariamente, juristas em sentido estrito (bacharéis em Direito). Essa pluralidade, fruto dos modelos representativos atualmente hegemônicos na organização de boa parte dos Estados ocidentais (FERREIRA FILHO, 2009, p. 264) tem como uma das consequências possíveis a maior facilidade dos congressistas em realizarem juízos formais de admissibilidade – de forma geral mais simples que os juízos materiais. Em especial no que tange ao juízo de constitucionalidade formal, para a maioria das análises observadas no presente estudo, tratou-se somente de uma verificação de competências e legitimidade de iniciativa. Essa análise deverá ser quase sempre bastante mais simples do que a da constitucionalidade material, que exige a correlação entre os dispositivos da proposta de norma em tramitação e o conjunto de princípios constitucionais e direitos fundamentais da CF/1988.

Apesar das considerações acima, a respeito do controle de constitucionalidade formal e material dos Projetos de Lei, o que se observa em relação a esse critério de admissibilidade nas votações de Propostas de Emenda à Constituição é um pouco distinto. Em relação às PEC, há um maior equilíbrio entre a proporção de ocorrências das discussões sobre constitucionalidade formal e material. Esse fenômeno, entretanto, não

ocorre, como se poderia imaginar, pela observação de uma proporção maior na ocorrência de análise de constitucionalidade material, mas justamente numa redução na proporção de ocorrências das análises de constitucionalidade formal.

As suposições que nos permitem compreender a lógica subjacente a esse fenômeno são semelhantes às anteriores. A constitucionalidade formal das PEC é compreendida como a adequação dessas aos requisitos constitucionais de iniciativa e competência, que são quase unanimemente tratados pela doutrina. A lista de legitimados é taxativa; logo, trata-se de uma análise quase autoevidente a verificação da legitimidade de iniciativa nesses casos. Ademais, os requisitos de competência inscritos especialmente nos cinco parágrafos do art. 60 da CF/1988 são igualmente simples de serem observados.

Os principais pontos de discussão das análises de constitucionalidade material observados em relação às PEC são a vedação de PEC tendentes a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto e universal; a separação dos poderes; e os direitos e garantias individuais; e a vedação à tramitação de PEC cuja matéria tenha sido previamente rejeitada ou prejudicada na mesma sessão legislativa. Em especial, há um intenso interesse e preocupação dos senadores da CCJ em relação à possibilidade de ofensa ao pacto federativo ou de propostas que atentem contra o princípio da igualdade em sentido material.

Assim, pode-se supor que a redução na proporção de discussões sobre constitucionalidade formal que observamos em relação às PEC, quando comparadas aos PL, deva-se principalmente a um esforço por evitar desgastes desnecessários em análises que resultariam na constatação da constitucionalidade formal da proposta. Nesse contexto, em que se visa evitar os confrontos mais diretos entre congressistas ou entre estes e os membros de outros poderes, a ausência de análise pode ser o reconhecimento de que a autoevidência dessa análise dispensa-a.

Assim, no tocante às análises de admissibilidade, os resultados aqui apresentados apontam ou para a sua não realização ou, quando forem inevitáveis, para a sua realização nas formas mais sutis e indiretas possíveis, o que demonstra que os resultados esperados desse procedimento no processo legislativo não vêm obtendo o êxito que se poderia esperar ou desejar.

Conclusão

O presente estudo buscou revelar a atuação da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal durante o ano de 2014,

para tentar compreender as análises de admissibilidade de Projetos de Lei (PL) e Propostas de Emenda à Constituição (PEC) com base nos critérios de constitucionalidade, juridicidade, regimentalidade e técnica legislativa.

Durante o período foram analisados e votados 87 PL e 27 PEC pela comissão, com preponderância de matérias não terminativas. Aprovaram-se duas vezes mais Projetos de Lei não terminativos que terminativos. Esse resultado pode ser efeito de uma conjugação de fatores, dos quais fazem parte o caráter político das decisões nas comissões; a possibilidade de rever certas decisões em outras instâncias; o custo político de votar contrariamente ao relator; o quórum regimentalmente mais baixo exigido para tais deliberações; a possível tendência da Mesa Diretora do Senado a não conferir poder terminativo às comissões em um número significativo de matérias.

Análise semelhante vale para as PEC, que são sempre votadas de forma não terminativa na CCJ, dada a reserva constitucional dessas proposições ao Plenário. Todas as PEC tramitam pela CCJ por mandamento regimental expresso, com prazo exíguo para deliberação. Consequência disso é a soma, aos fatores já mencionados relativos aos PL, da vontade política da comissão de influir, por meio de seu parecer, nas deliberações do Plenário, tendo em vista inclusive a visibilidade que tais deliberações costumam ter perante a opinião pública.

No tocante à análise de admissibilidade realizada pela CCJ, percebeu-se uma tendência à sua não realização, ou à mera menção afirmativa do cumprimento dos requisitos nos votos dos relatores, com raríssimas discussões caminhando nesse sentido. Discutiu-se o custo político de apontar problemas de tal cunho nos projetos de colegas, a indisposição dos congressistas de recorrer a mecanismos de enfrentamento mais direto e a preferência pelo uso constante de meios mais sutis para fazer prevalecer seus interesses e visões de mundo. Nesse sentido, a tendência à maior ocorrência de análises sobre a constitucionalidade formal de PL se mostra como um desses caminhos menos diretos, já que a análise desse critério se pauta por aspectos pouco atinentes à ideia da proposta, e sim, principalmente, pelos pressupostos de legitimidade de iniciativa e de competência legislativa do Congresso Nacional para a análise da proposição.

As questões de regimentalidade e técnica jurídica em geral são sanáveis por emendas redacionais ou substitutivos e, por isso, a análise aqui empreendida, focada nas discussões orais, provavelmente não é o meio mais adequado para a percepção de tais questões, normalmente constantes ou dos votos escritos distribuídos pelos relatores ou das próprias emendas apresentadas.

Buscamos apresentar a dificuldade em apreender a compreensão do conteúdo fático-normativo dos critérios de admissibilidade pelos senadores, devido à tendência à mera menção da sua presença nos votos. Também contribui para essa dificuldade o caráter predominante técnico de tais análises, distante do conhecimento comum e não necessariamente de domínio dos congressistas.

Por tudo isso, tentou-se demonstrar a complexidade fática da prática do processo legislativo, que escapa às análises doutrinárias, especialmente no que tange à falta de compreensão dos fatores propriamente políticos envolvidos e, por vezes, determinantes, a despeito até mesmo das normas que regulam a tramitação legislativa.

Sobre os autores

Márcio H. P. Ponzilacqua é doutor em Política Social pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; livre-docente em Sociologia do Direito pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP), Ribeirão Preto, SP, Brasil.
E-mail: marciorique@usp.br

Hugo R. Henriques é mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP), Ribeirão Preto, SP, Brasil.
E-mail: hugorezende20usp.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹

ADMISSIBILITY JUDGEMENT OF LEGISLATIVE PROPOSITIONS: ROLE OF THE COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA FROM THE SENADO FEDERAL IN 2014

ABSTRACT: We aim at comprehending the roles and actions of the Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ – a standing committee in Brazilian Congress) in the year 2014 by means of an analysis of the minutes and shorthand notes from their deliberative meetings. Our results show that there is a great tendency towards the approval of the legislative propositions. We also show that the admissibility judgement that should be done towards all propositions is not always present in the votes of the referendary, and barely ever is discussed by fellow congressman. Our study also shows the formal constitutional analysis are more often present in the votes on matters where the committee does not have ultimate decision power. These analyses are straighter forward and tend to be seen as less partial. Possibly, this tendency results from an institutional culture of Brazilian Congress that avoids direct conflict of ideas and world views.

KEYWORDS: LAW-MAKING. STANDING COMMITTEES. ADMISSION JUDGEMENT. CONSTITUTIONALITY

¹ Sem revisão do editor.

Como citar este artigo

(ABNT)

PONZILACQUA, Márcio Henrique Pereira; HENRIQUES, Hugo Rezende. Análise de admissibilidade de proposições legislativas: a atuação da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal em 2014. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 213, p. 39-62, jan./mar. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p39>.

(APA)

Ponzilacqua, M. H. P., & Henriques, H. R. (2017). Análise de admissibilidade de proposições legislativas: a atuação da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal em 2014. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(213), 39-62. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p39

Referências

AGRA, Walber de Moura. *Manual de direito constitucional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

AGUIAR, Osmar de Oliveira. Os atores-chave no processo decisório no âmbito das comissões permanentes. *E-legis*, Brasília, v. 6, n. 12, p. 137-152, set./dez. 2013.

AZEVEDO, Luiz Henrique Cascelli de. *O controle legislativo de constitucionalidade*. Porto Alegre, S.A. Fabris, 2001.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 2008.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

CASSEB, Paulo Adib. *Processo legislativo: atuação das comissões permanentes e temporárias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Executivo e legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

PACHECO, Luciana Botelho. *A tramitação de proposições na Câmara dos Deputados*. Brasília: Associação dos Consultores Legislativos e de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados, 2002.

_____. *Como se fazem as leis*. 2. ed. Brasília: Câmara dos Deputados: 2009.

PENNA, Sérgio. F. P. de O.; MACIEL, Eliane Cruxên Barros de Almeida. *Técnica legislativa*. Brasília: Senado Federal, 2002.

PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. Uma teoria da preponderância do poder executivo: o sistema de comissões no legislativo brasileiro. *Revista da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais*, v. 15, n. 43, jun. 2000.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O processo legislativo*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 4. ed. Brasília: UNB, 2009.

Direito ao esquecimento segundo o STJ e sua incompatibilidade com o sistema constitucional brasileiro

MARCOS AUGUSTO DE ALBUQUERQUE EHRHARDT JÚNIOR
DANYELLE RODRIGUES DE MELO NUNES
ULY DE CARVALHO ROCHA PORTO

Resumo: O mundo contemporâneo vive a era da informação. Os direitos de personalidade associados à intimidade e à privacidade individual assumem nova dimensão na sociedade da informação digital, em detrimento do direito de informação e das liberdades comunicativas. Nesse contexto está inserido o direito ao esquecimento. Tal direito preconiza, em suma, que os atos praticados no passado não podem ecoar para sempre: as pessoas têm o direito de serem esquecidas pela opinião pública e pela imprensa. No Brasil, o tema ganhou vigor recentemente, a partir da manifestação do STJ em dois casos. Todavia, o reconhecimento do direito ao esquecimento tem grave impacto sobre as liberdades comunicativas. Nos termos formulados pelo STJ, ele não é compatível com a Constituição Federal de 1988, em face das evidentes ameaças que encerra às liberdades comunicativas, à História e à memória coletiva. Contudo, há um espaço legítimo para o seu reconhecimento no campo da proteção dos dados pessoais despidos de interesse público.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Direito à informação. Memória coletiva. Liberdades de comunicação. Privacidade.

1. Introdução

O mundo contemporâneo vive a era da informação. Hoje, qualquer acontecimento roda o globo mais rapidamente do que chegaria a uma cidade vizinha há trinta anos. A tecnologia acelera a velocidade das notícias, tornando-as quase instantâneas e permite que as informações possam concretamente perdurar ao alcance de todos por tempo indefinido.

Recebido em 15/6/16
Aprovado em 8/8/16

Se, por um lado, a criação de novos meios de comunicação e o implemento dos já existentes revolucionam a interação social e possibilitam acesso quase irrestrito à informação, por outro, a exposição virtual pode provocar graves lesões aos envolvidos. Essa realidade torna possível alcançar dados ou informações sobre fatos da vida privada de pessoas comuns ocorridos há muitos anos. A memória natural é amplamente estendida: os sites de busca a tornam onipresente e facilmente resgatável e um clique é suficiente para reabrir discussões que, à primeira vista, já haviam sido esquecidas.

Em maio de 2013, o Tribunal de Justiça da União Europeia determinou que o Google retirasse do ar *links* que atrelassem o nome do espanhol Mario Costeja González a um leilão de imóvel de sua propriedade para pagamento de dívida à Seguridade Social. Embora o caso estivesse encerrado havia anos, González continuava associado à dívida, pois a edição do jornal *La Vanguardia*, responsável por veicular a notícia, fora digitalizada e disponibilizada na internet alguns anos antes. A decisão baseou-se no direito ao controle da exposição de informações particulares e consagrou o chamado direito de ser esquecido (*the right to be forgotten*¹). Criou-se, assim, um precedente para que os sites de busca possam ser obrigados a remover dados considerados inadequados ou que não sejam mais relevantes (BINENBOJM, 2014).

O direito de ser esquecido preconiza, em suma, que os atos praticados no passado não podem ecoar para sempre: as pessoas têm o direito de serem esquecidas pela opinião pública e pela imprensa. Com antecedentes nos Estados Unidos da América e na França, consolidou-se, em 1973, na República Federal da

Alemanha por ocasião do julgamento do caso *Lebach* pelo Tribunal Constitucional Federal daquele país, fixando raízes sólidas na tradição jurídica de outros ordenamentos².

No Brasil, malgrado a existência de aportes teóricos isolados, o debate acerca do direito ao esquecimento só ganhou vigor recentemente. A aprovação pela VI Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF), em março de 2013, do Enunciado 531 desempenhou papel central nesse sentido. Segundo ele, “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento” (ENUNCIADOS, 2013), que se justifica pela possibilidade de discussão quanto ao modo como fatos pretéritos são memorados e à finalidade dessa recordação.

Logo após a edição do verbete, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça debruçou-se sobre dois casos concretos nos quais o direito de ser olvidado foi invocado. O primeiro foi o caso *Aída Curi*, em que a família de uma vítima de crime ocorrido no Rio de Janeiro em 1958 propôs demanda indenizatória em face da TV Globo por conta de programa veiculado pela emissora, no qual os detalhes da tragédia foram lembrados (BRASIL, 2013b). No segundo, referente à *Chacina da Candelária*, um dos suspeitos do crime que havia sido posteriormente absolvido promoveu ação de reparação de danos, também em face da TV Globo, em razão da lembrança do episódio no mesmo programa televisivo (BRASIL, 2013a).

A rigor, o cerne da pretensão deduzida em ambos os casos consiste na ampla projeção dos direitos de personalidade associados à intimidade e à privacidade individual, os quais assumem nova dimensão na sociedade da infor-

¹ A esse respeito, remeta-se o leitor a Mayer-Schönberger (c2009).

² A esse propósito, veja-se Innerarity (2006).

mação digital, em detrimento do direito de informação e das liberdades comunicativas.

Inúmeras questões e possibilidades emergem dessa controvérsia.

1) Um órgão de comunicação pode ser impedido de veicular determinada informação, ainda que antiga, em razão dos gravames emocionais ocasionados a alguém ou a seus familiares? 2) E no caso dos sites de busca na Internet, podem ser eles obrigados a excluir determinada informação relativa a uma pessoa de sua base de dados? 3) Não se trataria de caso de censura às liberdades comunicativas? 4) Em que hipóteses o direito coletivo à informação deve prevalecer sobre o direito individual de ser esquecido? 5) Deve haver relevância histórica no fato narrado?

Todas essas questões estão diretamente relacionadas ao direito ao esquecimento e a seu potencial conflito com a liberdade de expressão em sentido amplo. A fim de responder a elas, o presente artigo desenvolve-se por meio do método dedutivo do conhecimento e, partindo do geral para o específico, analisa os aspectos doutrinários, jurisprudenciais e do direito comparado para só então firmar posicionamento sobre o tema. Tal análise parte da hipótese de que o direito ao esquecimento na forma consolidada pelo STJ seja incompatível com o sistema constitucional brasileiro. Em que pese haver espaço legítimo para o seu reconhecimento no campo da proteção dos dados pessoais despidos de interesse público, a tutela do direito da personalidade só poderia ocorrer após o exercício do direito à liberdade de informação. Assim, pretende-se analisar o direito ao esquecimento e incitar o debate sobre a possibilidade de sua aplicação, com base nos pronunciamentos dos Tribunais Superiores e no contraponto entre o direito à informação e as liberdades comunicativas e o direito de ser esquecido.

2. Informação, memória coletiva e história: efeitos do reconhecimento do direito ao esquecimento

Historicamente, o direito de ser esquecido remete às condenações criminais³. Ao elaborar o Enunciado 531 na VI Jornada de Direito Civil da Justiça Federal, o Conselho Nacional de Justiça concluiu ser certo que o cidadão que cumpriu devidamente a pena imposta a ele em razão

³Nesse sentido, um caso emblemático que iniciou importante debate sobre o direito ao esquecimento tornou-se precedente nas Cortes Europeias em 2009: dois irmãos condenados por homicídio na década de 90 pleitearam perante o Tribunal de Hamburgo o direito de obter ordem judicial para suprimir todas as referências a seus nomes do sítio eletrônico Wikipédia, fundamentando o pedido no fato de que, após mais de 20 anos de condenação e já em liberdade, não havia motivos para manter tais informações na internet. A Corte Alemã acatou a tese dos condenados e acolheu o pedido (LIMA, 2013).

de um ilícito cometido não poderia ser eternamente punido. A própria Constituição Federal Brasileira veda a aplicação de penas perpétuas⁴, o que levaria à conclusão de que os registros da condenação não devem se perpetrar além do tempo da respectiva pena.

Noutro viés, a inclusão do direito ao esquecimento na proteção da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação teria maior projeção ao possibilitar a discussão quanto ao “uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados” (ENUNCIADOS, 2013), com a ressalva de que não se atribuiria a ninguém o direito de apagar fatos ou de reescrever a própria história (SNEIDER, 2014).

O direito ao esquecimento é aplicado a partir da concepção de que os fatos públicos divulgados no passado perderiam o interesse coletivo e histórico com o decorrer do tempo, de forma que deveriam ser retirados do conhecimento geral quando sobreviesse a necessidade de proteger o nome, a reputação e o “direito de ser deixado em paz” dos envolvidos.

Nessa linha argumenta o ministro Luís Felipe Salomão, relator dos dois recursos especiais que discutiram a tese no STJ (casos Aída Curi e Chacina da Candelária). Conforme entendimento referendado no julgamento desses casos, não se poderia permitir a eternização da informação. Especialmente no que diz respeito ao confronto entre o direito à informação e o direito ao esquecimento dos condenados e dos absolvidos em processo criminal, assegurou-se que, em regra, há prevalência do último.

Em linhas gerais, o direito ao esquecimento seria mais uma forma de assegurar a dignidade da pessoa humana, sobretudo no que

concerne à proteção da privacidade, da imagem e da honra dos envolvidos em fatos que se tornaram públicos, resguardando a intimidade do indivíduo e as informações que deseja que saibam ou não sobre si. Contudo, não pode ser aplicado de forma genérica. O resguardo à privacidade não pode apagar parte da história, tampouco obstar o direito da imprensa de divulgar fatos relevantes e de interesse público.

Nesse contexto, positivado pela Constituição Federal no artigo 5º, incisos XIV e XXXIII⁵, e no artigo 220, § 1º⁶, o direito à informação assume importante feição. Aliado à preservação da história, tem primazia sobre o resguardo da imagem dos envolvidos em determinado fato, desde que presente o interesse público. Desdobra-se em três dimensões: o direito de informar, uma faceta das liberdades de expressão e de imprensa; o direito de se informar, conhecido como direito de acesso à informação, correspondente à faculdade de buscar informações por todos os meios lícitos; e o direito de ser informado, associado ao direito da coletividade de receber informações do Estado e dos meios de comunicação sobre temas de interesse público (CANOTILHO, 2007, p. 573).

Stefano Rodotà ainda adverte que “o direito de acesso foi tomado como uma contrapartida oferecida ao indivíduo pelas informações

⁵“Artigo 5º [...] XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; [...] XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (BRASIL, 1988).

⁶“Artigo 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV” (BRASIL, 1988).

⁴“Artigo 5º [...] XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis” (BRASIL, 1988).

personais ‘cedidas’ às organizações públicas, ou privadas, obedecendo ao critério, tipicamente proprietário, da troca” (RODOTÀ, 2008, p. 49).

Por sua vez, distingue-se o direito de informar do direito à liberdade de expressão *stricto sensu*⁷. Enquanto o primeiro envolve estritamente a comunicação dos fatos e pressupõe a observância da veracidade, o segundo diz respeito à manifestação de ideias, juízos de valor e sentimentos e dispensaria qualquer exigência similar. Entretanto, reconhece-se que a comunicação dos fatos nunca é plenamente neutra: no mais das vezes, informação e opinião mesclam-se e envolvem elemento valorativo de seu emissor (BARROSO, 2006, p. 103).

O dever de veracidade restringe-se à exigência de lealdade dos encarregados de comunicar informações. Não corresponde à obrigação de divulgar somente fatos incontroversos: antes disso, impende o dever de não disseminar fatos que saibam ser contestáveis e de buscar apurar a carga de verdade que suportam (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 420; CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 671). O requisito da verdade deve ser compreendido do ponto de vista subjetivo, equiparando-se à diligência do informador, a quem incumbe apurar de forma séria os fatos que pretende tornar públicos (BARROSO, 2006, p. 104).

Todas as questões que envolvam interesse público e relevo social encontram-se sob a égide do direito à informação. A atividade política, a atuação da Administração Pública, os aspectos relativos à criminalidade, à economia, aos costumes, às práticas e relações sociais etc. fazem parte do seu alcance. A razão para tanto é de simples acepção: discutí-las é essencial para a formação de convicções pessoais e preferências e, em consequência, para a realização de escolhas conscientes, o que somente pode ser alcançado com eficácia quando assegurado o amplo acesso à informação – de qualquer tipo.

Assim, o direito à informação é imprescindível para o livre desenvolvimento da personalidade humana, uma vez que habilita o cidadão a reivindicar melhor todos os demais direitos, fortalecendo o controle social sobre as políticas públicas que visam a promovê-los (BARCELLOS, 2008, p. 80).

A fim de que se possa participar de modo consciente da vida pública e fiscalizar os detentores de poder social, é igualmente essencial o acesso a informações, as quais se revelam como alicerces para que seja possível a construção de escolhas pessoais livres e autônomas⁸. Em face dessa necessidade, compreendida como a possibilidade de discutir

⁷O direito de informar é abrangido pela liberdade *lato sensu*, origem de todas as liberdades comunicativas.

⁸Uma democracia real pressupõe a existência de espaço em que os temas de interesse social possam ser debatidos de forma ampla e livre (STROPPIA, 2010, p. 72-73).

o uso que é dado aos fatos pretéritos – mais especificamente o modo como e a finalidade com que são lembrados (SCHREIBER, 2011, p. 164) –, o direito ao esquecimento representa grave ameaça para a pesquisa, o estudo e a divulgação da História.

Como consequência inafastável do princípio da igualdade, os direitos fundamentais devem ser assegurados igualmente para todos os que se encontram na mesma situação⁹. Logo, afirmar que há um direito fundamental a não ser lembrado é atribuir esse direito a todos. Todavia, quase todos os acontecimentos são compostos de aspectos cuja recordação pode acarretar constrangimento ou desagrado para alguém: são parte da própria essência das experiências humanas os desacertos e as imperfeições. Embora seja natural preferir que as falhas sejam esquecidas, erigir esse desejo à condição de direito fundamental é o mesmo que impedir o conhecimento da História.

Isso não significa que o direito à informação sobre fatos pretéritos se sobreponha incondicionalmente e em qualquer hipótese a outros direitos da personalidade. Contudo, se um fato era lícito quando aconteceu, o passar do tempo não pode torná-lo ilícito. Tendo em vista a essencialidade da História para a sociedade, a passagem do tempo não é capaz de retirar a importância e o interesse público das informações.

Tal qual a memória individual, a memória coletiva é parte fundamental da própria identidade¹⁰. Trata-se de construção social, fruto de informações socialmente compartilhadas, as quais integram a cultura e proporcionam sentimento de pertencimento. É a principal

razão para buscar preservar a memória coletiva reside em sua própria definição: a história da sociedade é patrimônio imaterial do povo (BARCELLOS, 2008, p. 84) e nela se inserem os mais variados acontecimentos e personagens, capazes de revelar para o futuro os traços políticos, sociais ou culturais de determinada época.

A Constituição Federal impõe sua preservação por meio da tutela do patrimônio cultural, que, na forma do artigo 216, compreende os “bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira” (BRASIL, 1988). Configura-se, portanto, direito fundamental cultural assegurado constitucionalmente.

Por tal efeito, qualquer fato social pode entrar para os arquivos da história de uma sociedade e deve ser lembrado por gerações futuras por inúmeras razões. A notícia de um delito, o registro de um acontecimento político, de costumes sociais ou até mesmo de fatos cotidianos, quando unidos, constituem um recorte da História e revelam aspectos peculiares de determinada época.

A necessidade de recordar o passado, ainda que pouco glorioso, também já provocou manifestações do STF, como fez a Ministra Cármen Lúcia no julgamento da ADPF nº 153:

É certo que todo povo tem direito de conhecer toda a verdade da sua história [...]. Todo povo tem o direito de saber, mesmo dos seus piores momentos. Saber para lembrar, lembrar para não esquecer e não esquecer para não repetir erros que custaram vidas e que marcam os que foram sacrificados (BRASIL, 2010).

A rigor, é difícil imaginar uma ameaça maior ao direito à memória coletiva do que o

⁹SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 56.

¹⁰Sobre a memória coletiva, ver Halbwachs (1990).

reconhecimento de um direito ao esquecimento, nos termos alargados como este foi concebido pelo STJ nos casos citados. Esquecimento, em qualquer léxico, é o antônimo de memória e, desse modo, se alguém tem o direito de não ser lembrado por fatos passados desabonadores ou desagradáveis, a sociedade não tem o direito de manter a memória sobre esses fatos. O seu efetivo reconhecimento representaria, em última instância, a ruína da memória coletiva.

3. Liberdade de expressão, interesse público e efeito censor: incompatibilidade inconstitucional do direito ao esquecimento

Com frequência, o direito ao esquecimento entra em choque com a tutela das liberdades de expressão e de imprensa, cuja previsão remete ao art. 5º, incisos IV e IX, e ao art. 220 da CF/88. Nos casos da Chacina da Candelária e Aída Curi, mencionados anteriormente, o choque é evidente. Em ambos os casos, os acórdãos do STJ asseveraram que, em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, no conflito entre liberdades comunicativas e direitos à intimidade, vida privada, honra e imagem, as soluções protetivas da pessoa humana, em regra, contariam com predileção constitucional, embora, em razão das circunstâncias fáticas, isso não tenha sido observado no caso Aída Curi.

Tal conclusão, entretanto, de acordo com o atual entendimento do STF, conforme precedente na ADI nº 4815, não é compatível com o sistema constitucional brasileiro: contrariamente, a posição preferencial em conflitos como esses é assumida pelas liberdades comunicativas.

Consequência inarredável da redemocratização do país, o direito de expressar pensamentos, ideias e informações recebeu proteção especial da Constituição Federal de 1988. Além da positivação como direito fundamental¹¹, dedicou-se um capítulo à comunicação social e assentaram-se a plena liberdade jornalística¹² e a vedação a qualquer censura de cunho político, artístico ou ideológico¹³. Em termos valorativos,

¹¹ “Artigo 5º [...] IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; [...] XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;” (BRASIL, 1988).

¹² “Artigo 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV” (BRASIL, 1988).

¹³ “Artigo 220, § 2º. É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (BRASIL, 1988).

[...] a liberdade integra a personalidade enquanto seu contorno essencial, de início no sentido positivo de criatividade, de expansão do próprio ser da pessoa, da capacidade de inovar, e, em seguida, num sentido negativo de não ser impedido. No sentido positivo, a liberdade tem relação com a participação do homem na construção política, social, econômica e cultural da sociedade. No sentido negativo, refere-se à autodeterminação do homem, à possibilidade de ser diverso, de não submeter-se à vontade dos outros. Ao Estado atribui-se a função de protegê-la e jamais cerceá-la. Os limites da liberdade estabelecidos por lei são, nestes termos, pretensões e não impedimentos. Cabe à lei, assim, apenas equilibrar a liberdade de uma pessoa em face da liberdade de outra, de modo a permitir a convivência (FERRAZ JÚNIOR, 2000).

A liberdade de expressão, em sentido amplo, compreende a liberdade de imprensa: trata-se do direito fundamental à manifestação de mensagens de toda e qualquer natureza, por qualquer forma não violenta (BARROSO; BARCELLOS, 2008, p. 22). A liberdade de imprensa, a seu passo, corresponde à liberdade dos meios de comunicação de veicularem informações, opiniões e mensagens para o público. Ambas – também denominadas de liberdades comunicativas – são constitucionalmente protegidas em favor do emissor das manifestações e, igualmente, em face de seus receptores e da sociedade em geral (MORAES, A., 2012, p. 252), a qual se torna mais bem informada e pode se envolver em maiores discussões de interesse social.

Há violação das liberdades comunicativas quando o Estado proíbe que determinada temática seja abordada e quando limita o modo dessa abordagem, suas peculiaridades ou personagens que serão evidenciados ou ignorados pelo emissor. As liberdades de comunicação envolvem o direito de o emissor definir o conteúdo das mensagens transmitidas. Nesse contexto reside a razão de a liberdade de expressão possuir elo tão firme com a democracia: uma vez assegurada, a vontade coletiva será formada sem amarras, a partir de debates abertos e discussões embasadas; aliada a ela, a liberdade de imprensa garante uma atuação mais transparente dos poderes estatais e sociais por meio do livre exercício da cidadania.

Por certo,

A plenitude da formação da personalidade depende de que se disponha de meios para conhecer a realidade e as suas interpretações, e isso como pressuposto mesmo para que se possa participar de debates e tomar decisões relevantes. Assim, o argumento humanista acentua a liberdade de expressão como corolário da dignidade humana (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 254).

A dignidade humana é, portanto, outro importante fundamento para as liberdades comunicativas. A possibilidade de cada um exprimir

as próprias ideias, concepções e sentimentos é dimensão essencial da nossa dignidade como pessoas (MORAES, M., 2007, p. 47).

Importa o registro de que a preocupação com a autonomia não se centra apenas na figura do “manifestante”, alcançando também a pessoa do “ouvinte”: para que cada indivíduo desenvolva livremente a sua personalidade, é imprescindível que lhe seja franqueado o mais amplo acesso a informações e opiniões sobre os mais variados temas, obras artísticas e literárias.

Com bastante precisão, ao proferir seu voto no julgamento da ADPF nº 130, a Ministra Carmen Lúcia rechaçou a existência de tensão entre a dignidade da pessoa humana e as liberdades comunicativas. Concluiu que “a liberdade de imprensa [...] se compõe, exatamente, para a realização da dignidade da pessoa humana, ao contrário de uma equação que pretendem ver como se fossem dados adversos” (BRASIL, 2009).

Assim, a liberdade de imprensa alcança toda e qualquer forma de comunicação de notícias de interesse público e de declarações ou opiniões sobre elas. Desse modo, é forçoso concluir que a proteção à imprensa se aplica tanto à mídia tradicional como àquela que se vale de plataformas digitais, como sites de notícias, blogs de jornalistas etc. A Constituição brasileira, em seu artigo 220, *caput*, é clara nesse ponto, ao proibir as restrições às manifestações do pensamento, criação, expressão e informação “em qualquer veículo ou processo”, bem como ao explicitar, no artigo 222, § 3º, que também integram o sistema constitucional de comunicação social os “meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço”.

A soma dos aspectos ora especificados aponta para o reconhecimento amplo de característica singular das liberdades de expres-

são e imprensa: no sistema constitucional brasileiro, as liberdades de expressão e imprensa tendem a prevalecer em casos de colisão com outros princípios, inclusive com os que consagram outros direitos de personalidade.

Com efeito, o STF já se manifestou nesse sentido. Em seu voto na ADPF nº 130, o Ministro Carlos Britto asseverou que “a Constituição brasileira se posiciona diante de bens jurídicos de personalidade para, de imediato, cravar uma primazia ou precedência: a das liberdades de pensamento e de expressão lato senso” (BRASIL, 2009).

Enfatizou que

Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras (BRASIL, 2009).

Nesses termos, a ampla liberdade de expressão, como qualquer direito, ainda que fundamental, não pode ser considerada absoluta (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 260): a despeito de haver previsão constitucional de proibição à censura, “a responsabilização posterior do autor e/ou responsável pelas notícias injuriosas, difamantes, mentirosas sempre será cabível, em relação a eventuais danos materiais e morais” (MORAES, A., 2012, p. 53). Justamente por isso é que a conversão em instrumento de diversão ou entretenimento de assuntos de natureza tão íntima quanto falecimentos, padecimentos ou quaisquer desgraças alheias

despidas de interesse público se encontra em clara contradição com o fundamento constitucional da pessoa humana, com o direito à honra, à intimidade e à vida privada (MORAES, M., 2007, p. 33). É dizer: a divulgação de fotos, imagens ou notícias apelativas, injuriosas ou desnecessárias para a informação objetiva e de interesse público que acarrete injustificado dano à dignidade humana (CUNHA, 2002, p. 261) dá margem ao dever de indenizar por danos materiais e morais, além do respectivo direito de resposta.

Nesse diapasão, a não ser em casos excepcionalíssimos, a tutela dos direitos da personalidade deve ocorrer *a posteriori*, por meio do exercício do direito de resposta e da responsabilização dos que exerceram abusivamente as suas liberdades expressivas. Sob essa ótica, não é exagero dizer que “o direito de resposta, em particular, parece apto a realimentar a própria lógica da liberdade de expressão” (MENDONÇA, 2014) ao fomentar o embate de versões e informações divergentes. A última conclusão pode ser extraída do banimento constitucional da censura¹⁴, o qual se aplica a todos os poderes estatais, inclusive ao Judiciário.

A esse respeito, manifestou-se o Ministro Luís Roberto Barroso em recente decisão:

Da posição de preferência da liberdade de expressão deve resultar a absoluta excepcionalidade da proibição prévia de publicações [...] A opção pela composição do dano posterior tem a vantagem de não sacrificar totalmente nenhum dos valores envolvidos, realizando a ideia de ponderação (BRASIL, 2014).

Portanto, em face do elevado peso que possuem na ordem dos valores constitucionais, as liberdades comunicativas tendem a prevalecer nos processos ponderativos. Em outros termos, primeiramente assegura-se o gozo dos *sobredireitos* de personalidade, os quais carregam em sua própria definição a ideia de livre e plena manifestação do pensamento, da criação e da informação. Eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que de personalidade, só poderá ser objeto de responsabilização em seguida.

Outro ponto que deve ser avaliado nos casos ilustrados é que a informação já ocupa o domínio público desde a época em que os casos ocorreram, classificando-se notoriamente como de interesse público. É completamente vazio de fundamentação o argumento de que o simples decorrer do tempo tornaria o fato ilícito, principalmente por ele já ser componente dos registros da História desde sua origem. Mesmo que

¹⁴“Artigo 220. [...] § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (BRASIL, 1988).

cumpridas condições básicas como objetividade e veracidade, a decretação da impossibilidade de retomada daquele fato constitui também uma forma de censura.

Diante desse quadro, a imposição de restrições às liberdades comunicativas fundamentadas no direito ao esquecimento não se mostra legítima. Na extensão que lhe atribuiu o STJ, ele não está consagrado em qualquer norma jurídica constitucional ou infraconstitucional¹⁵. Não pode sequer ser extraído do ordenamento jurídico pela via interpretativa, seja com base na garantia da privacidade, seja a partir do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁶.

Como demonstrado, a sua incompatibilidade com o sistema constitucional brasileiro parece ser inafastável: não se pode vislumbrar como direito fundamental o esquecimento sobre fatos que envolvam interesse público em um regime constitucional que preza sobremaneira o acesso à informação, bem como a construção e a segurança da memória coletiva de seu povo. Logo, não se satisfaz o requisito da reserva legal para restrição de direitos fundamentais; ainda que assim não fosse, tratar-se-ia de restrição vaga e igualmente inadmissível a uma liberdade preferencial.

Sabendo-se que definir os limites do direito ao esquecimento é praticamente impossível (COSTA JÚNIOR, 2007, p. 16), as decisões que o envolvessem se tornariam excessivamente subjetivas. Nos termos amplos em que

foi afirmado pelo STJ, sem que fosse definido o seu alcance, nem mesmo a sua finalidade, o reconhecimento de tal direito acarretaria uma tendência forte de que os titulares das liberdades expressivas silenciassem a fim de evitar possíveis responsabilizações e sanções, ainda que estivessem conscientes da legitimidade de suas manifestações. Haveria margem para um efeito censor sobre a liberdade de imprensa de publicar assuntos de interesse público, potencialmente mais danoso do que a indenização concedida aos que se sentissem ofendidos¹⁷.

Se a passagem do tempo indica a legalidade ou não da divulgação de determinada notícia e se o Judiciário é quem se encarrega de definir a quantidade de tempo razoável de exploração do conteúdo analisando as circunstâncias do caso concreto, emerge o forte receio de que qualquer disponibilização de informação seja punida. Ainda que o enunciado 531 da CFJ assegure que não há um direito de apagar a História, a insegurança gerada pelo direito ao esquecimento cuidaria por si só de impedir que os registros históricos do país fossem revistos. Como é constitucionalmente legítima a divulgação de fatos ocorridos no passado que envolvam interesse público, não há que se cogitar em responsabilidade civil na hipótese. Além disso, o eventual sofrimento que essa divulgação possa gerar para as pessoas envolvidas que prefeririam “ser esquecidas” não é suficiente para ensejar o dever de reparação¹⁸.

¹⁵ Cumpre lembrar que os enunciados do CJF, por serem meramente textos submetidos à análise de uma comissão interna do Conselho e aprovados por meio de uma discussão, visando a orientar a aplicação de certo tema, não dispõem de caráter vinculante ou normativo. Assim, não podem ser confundidos com jurisprudência, podendo ser entendidos como doutrina, embora com maior apelo (CANARIO, 2013).

¹⁶ Rememore-se que a existência do direito ao esquecimento foi reconhecida com base no princípio da dignidade da pessoa humana, no âmbito da VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo CJF e pelo STJ em 2013.

¹⁷ Essa preocupação com os efeitos negativos que a responsabilidade civil pode exercer sobre as liberdades expressivas também se faz presente na jurisprudência do STF. Na ADPF 130, o ponto foi ressaltado no voto condutor do Min. Carlos Britto, que destacou que excessos indenizatórios são “um poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa” (BRASIL, 2009).

¹⁸ Não pode haver qualquer justificativa para censurar a informação; nem mesmo se poderia obrigar o jornalista a apagar o nome dos envolvidos, como ocorreu no caso da chacina, pois isso constituiria uma verdadeira falsificação da história.

4. Direito ao esquecimento e o controle de dados pessoais: a ausência de interesse público

Nos termos formulados pelo STJ ao julgar os casos da Chacina da Candelária e de Aída Curi, o direito ao esquecimento não é compatível com a CF/88 – em decorrência das evidentes ameaças que encerra às liberdades comunicativas, à História e à memória coletiva. Existe consenso, no entanto, de que há um espaço legítimo para sua utilização em nosso sistema jurídico: trata-se do campo da proteção dos dados pessoais despidos de interesse público, com presença mais marcante no âmbito da informática. Embora não seja o objetivo precípuo do presente artigo, algumas considerações breves a esse respeito mostram-se indispensáveis.

A discussão em torno de um direito ao esquecimento, quando aplicada à internet – que tende inegavelmente a manter informações armazenadas por tempo indeterminado e com amplo acesso –, representa um desafio ainda mais complexo. Por força dos vertiginosos avanços tecnológicos, instituições estatais e privadas dispõem de condições para obter, armazenar e divulgar uma quantidade de informações impensável há décadas atrás, o que resulta em um aumento exponencial da vulnerabilidade dos indivíduos. As mais simplórias atividades cotidianas já são conduzidas por meios eletrônicos, o que pode contribuir sensivelmente na formação de uma espécie de resíduo informacional, muitas vezes desconfortável e constrangedor.

O uso disseminado da internet e das redes sociais permite que sejam armazenados informações pessoais, mensagens privadas, fotografias e dados sobre os hábitos de busca e navegação, que são apenas alguns de tantos elementos aptos a serem utilizados de forma

ilegítima. A possibilidade de vigilância total e permanente sobre o indivíduo sai do terreno da ficção para entrar na realidade: “a Internet não esquece” (SCHREIBER, 2011, p. 164). Naturalmente, isso traz graves riscos ao exercício da sua personalidade.

Em decisão proferida em 1995, o Ministro do STJ Ruy Rosado de Aguiar já detectava o problema:

A inserção de dados pessoais do cidadão em bancos de informações tem se constituído em uma das preocupações do Estado moderno, onde o uso da informática e a possibilidade de controle unificado das diversas atividades da pessoa, nas múltiplas situações da vida, permitem o conhecimento de sua conduta pública e privada, até nos mínimos detalhes, podendo chegar à devassa de atos pessoais, invadindo área que deveria ficar restrita à sua intimidade; ao mesmo tempo em que o cidadão objeto dessa indiscriminada colheita de informações, muitas vezes sequer sabe da existência de tal atividade [...] E assim como o conjunto dessas informações [...] também pode servir, ao Estado ou ao particular, para alcançar fins contrários à moral ou ao Direito como instrumento de perseguição política ou opressão econômica. A importância do tema cresce de ponto quando se observa o número imenso de atos da vida humana praticados por meio da mídia eletrônica (BRASIL, 1995).

Nesse cenário, é importante construir instrumentos jurídicos que permitam às pessoas o exercício de algum controle sobre os seus dados pessoais que não tenham interesse público. Embora a designação não pareça a mais apropriada, o “direito ao esquecimento”, considerando-se os valores jurídicos e morais envolvidos, encontra aqui campo legítimo para seu desenvolvimento. Contudo, há significativos desafios de natureza técnica a serem enfrentados, consequência direta e inequívoca da velo-

cidade das mudanças tecnológicas e da própria natureza transnacional do espaço virtual.

A proteção de dados pessoais, por vezes também chamada de autodeterminação informativa, é sintetizada por Canotilho como “a faculdade de o particular determinar e controlar os seus dados pessoais” (CANOTILHO, 2007, p. 468). Já encontra previsão em diversos ordenamentos jurídicos, notadamente no continente europeu, com criação, inclusive, de órgãos reguladores independentes voltados para a questão¹⁹.

No cenário brasileiro, o direito ao controle de dados pessoais pode ser inferido da própria Constituição Federal: é inerente ao direito à privacidade e vincula-se diretamente à dignidade da pessoa humana (LIMBERGER, 2007, p. 63). Tal direito é parcialmente disciplinado por diplomas específicos, como o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014)²⁰, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990)²¹, a Lei de Acesso a Informações (Lei nº 12.527/2011) e a Lei do *Habeas Data* (Lei nº 9.507/97)^{22, 23}. Em certas circunstâncias, seu exercício pode justificar o não processamento

e até a supressão de dados pessoais, contemplando, nesse sentido, uma espécie limitada de direito ao esquecimento.

Mostra-se necessária, no Brasil, a edição de uma lei geral e sistemática que vise a disciplinar a proteção de dados pessoais, em face dos exemplos obtidos na Europa e em países como Canadá e Argentina²⁴. É preciso, todavia, reservar especial atenção à responsabilidade dos provedores de busca, como o Google²⁵. Há um grande desafio também nesse sentido, pois é preciso caracterizar as atividades dos provedores de busca. Uma vez determinada sua natureza, será possível medir sua responsabilidade no tratamento de dados.

De toda sorte, é inequívoco que a disciplina da questão não pode implicar ameaças às liberdades de imprensa e expressão e ao direito de acesso a informações de interesse público. Do mesmo modo, não se deve interferir no cultivo da História e da memória coletiva. O direito ao esquecimento deve se restringir às informações isentas de interesse público, o qual não desaparece apenas em função da passagem do tempo.

5. Conclusão

Na era da informação, em que a velocidade de propagação dos fatos dificulta sensivelmente o seu controle, informações veiculadas há longa data são mantidas na rede e facilmente acessadas por qualquer um. Entretanto, por vezes tal conteúdo é considerado ofensivo às

¹⁹ No âmbito da União Europeia, foi editada, em 1995, a Diretiva 95/46, relativa ao processamento e à circulação de dados pessoais, a qual tratou, em minúcias, da matéria. A decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso espanhol Google *versus* Mario Costeja Gonzales, referido anteriormente, retirou seus fundamentos jurídicos dessa Diretiva. Outras normas comunitárias subsequentes também cuidaram do assunto, como as Diretivas 97/66 e 2002/58. A esse respeito, ver Danilo Doneda (2006).

²⁰ Os artigos 3º e 7º estabelecem que a privacidade é um princípio que deve ser assegurado no uso da internet.

²¹ Prevê, no artigo 43, §1º, o prazo de cinco anos para que as informações relativas aos bancos de dados e cadastros sejam armazenadas. A justificativa encontra-se no fato de que tais bancos de dados guardam informações de cunho pessoal e financeiro dos indivíduos, devendo ser armazenadas pelo tempo necessário para que sejam utilizadas. Depois, devem ser apagadas com a finalidade de evitar possível lesão aos direitos do consumidor.

²² Ver o estudo das considerações de Danilo Doneda a esse respeito (DONEDA, 2008).

²³ Para melhor conhecimento do tema, ver Têmis Limberger (2007) e Danilo Doneda (2006).

²⁴ Novamente, ver Danilo Doneda (2006).

²⁵ A partir de maio de 2014, o Google passou a disponibilizar, em alguns países europeus, um formulário a partir do qual é possível pedir a omissão nos resultados de busca de dados pessoais dos resultados da pesquisa. Deve-se comprovar a identidade e apresentar os *links* que pretende que sumam da busca. Em seguida, o Gogle analisa se a informação é ou não de interesse público e decide ou não pela respectiva retirada dos *links* (LÍRIA, 2014).

pessoas a que se refere. A nova realidade social reflete a acentuação dos conflitos entre o direito individual à privacidade e à intimidade e o interesse coletivo à liberdade de expressão e à informação.

Concebido com a finalidade de impedir a exploração de fatos pretéritos pelos veículos de comunicação em geral e especialmente no meio virtual, o direito ao esquecimento foi enfrentado pela primeira vez por uma corte superior brasileira em meados de 2013, nos casos *Aída Curi* e *Chacina da Candelária*. As decisões, unânimes, concluíram basicamente que as pessoas teriam o direito de serem esquecidas pela opinião pública e, inclusive, pela imprensa. Uma notícia veiculada licitamente há anos poderia se tornar ilícita com o passar do tempo: a eternização das informações ali constantes poderia gerar graves danos à esfera personalíssima dos envolvidos no fato veiculado.

Todavia, com a amplitude atribuída pelo STJ, o reconhecimento do direito ao esquecimento tem grave impacto sobre as liberdades comunicativas. Por certo, o direito fundamental de acesso à informação abrange as informações referentes a fatos passados, pois o transcurso do tempo não tem o condão de despi-las do interesse público anteriormente existente. O conhecimento e a discussão de fatos pretéritos dispõem de caro valor para a construção e a manutenção da memória coletiva: impedir o acesso à informação de interesse público acarreta diretamente o comprometimento da própria História.

Em face da generalidade e da vagueza com que está sendo concebido, o “direito ao esquecimento” certamente dará margem a decisões exorbitantes, inibindo os indivíduos e os veículos de comunicação a pesquisarem, divulgarem e discutirem fatos passados, pelo temor de responsabilização, especialmente quando tais

acontecimentos estiverem ligados a pessoas que têm maior influência ou poder na sociedade.

Os possíveis ganhos à proteção da personalidade, como se nota, não compensam tamanho impacto sobre as liberdades de expressão, imprensa e informação, valoradas com o peso que lhes confere a sua posição preferencial no sistema constitucional. Em verdade, o “direito ao esquecimento” corresponde à junção dos direitos da personalidade já positivados – direito à privacidade, intimidade, honra, imagem, entre outros –, razão pela qual não seria um novo direito positivado, mas a atribuição de nova perspectiva a um rol de direitos já existentes.

O conflito entre os direitos de liberdade de expressão e os direitos de proteção à pessoa humana, então, é apenas aparente: não se trata de direitos contraditórios. A rigor, ambos são protetivos da pessoa humana e conseqüentemente corolários da dignidade da pessoa humana e podem coexistir.

Nesse contexto, é possível responder aos questionamentos que impulsionaram o presente artigo: 1) nos casos em que há interesse público, um órgão de comunicação não pode ser impedido de veicular determinada informação em razão dos gravames emocionais ocasionados a alguém ou a seus familiares; 2) havendo interesse público, os sites de busca na internet também não poderiam ser obrigados a excluir determinada informação relativa a uma pessoa de sua base de dados; 3) sempre que há interesse público, limitações nesse sentido seriam sim casos de censura às liberdades comunicativas; 4) o direito coletivo à informação deve prevalecer sobre o direito individual de ser esquecido nas hipóteses em que há interesse público à informação, podendo ser flexibilizado quando se estiver diante de um fato desprovido de interesse público; por fim, 5) o

interesse público é gênero, do qual a relevância histórica é apenas uma espécie, sendo necessário haver interesse público e não necessariamente relevância histórica no fato ocorrido para a proteção de determinada informação.

A despeito de o reconhecimento do direito ao esquecimento, nos termos formulados pelo STJ, não ser compatível com a CF/88 em face das evidentes ameaças que encerra às liberdades comunicativas, à História e à memória coletiva, há um espaço legítimo para o seu reconhecimento no campo da proteção dos dados pessoais despidos de interesse público, especialmente no âmbito da informática.

Sobre os autores

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior é doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Recife, PE, Brasil; professor na Universidade Federal de Alagoas – UFAL, Maceió, AL, Brasil; e advogado.

E-mail: contato@marcosehrhardt.com.br

Danyelle Rodrigues de Melo Nunes é pós-graduanda em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET, São Paulo, SP, Brasil; graduada em Direito pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL, Maceió, AL, Brasil; e advogada em Maceió, AL, Brasil.

E-mail: danyellenunes1@outlook.com

Uly de Carvalho Rocha Porto é pós-graduanda em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET, São Paulo, SP, Brasil; graduada em Direito pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL, Maceió, AL, Brasil; e advogada em Aracaju, SE, Brasil.

E-mail: ulycrocha@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês²⁶

THE RIGHT TO BE FORGOTTEN ACCORDING TO THE STJ AND THE INCOMPATIBILITY WITH THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL ORDER

ABSTRACT: The contemporary world lives an information era. Personality rights associated with intimacy and individual privacy take new dimensions in digital's information society, which happens at the expense of information's rights and communicative freedoms. The right to be forgotten is in this scenario, it defends that past acts cannot reverberate permanently: people have the right to be forgotten by public opinion and the press. In Brazil, the discussion was strengthened by Superior Court of Justice's (STJ) decisions about two specific cases. However, the acknowledgement of this right has great impacts among the communicative freedoms and isn't compatible with Federal Constitution of Brazil due to its evident treats to the communicative freedoms,

²⁶ Sem revisão do editor.

to History and to collective memory. Nevertheless, there is a legitimate room for its acknowledgment in personal data protection's field when the information does not involve public interest.

KEYWORDS: RIGHT TO BE FORGOTTEN. THE RIGHT TO INFORMATION. COLLECTIVE MEMORY. COMMUNICATION FREEDOMS. PRIVACY.

Como citar este artigo

(ABNT)

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque; NUNES, Danyelle Rodrigues de Melo; PORTO, Uly de Carvalho Rocha. Direito ao esquecimento segundo o STJ e sua incompatibilidade com o sistema constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 213, p. 63-80, jan./mar. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p63>.

(APA)

Ehrhardt, M. A. de A., Jr., Nunes, D. R. de M., & Porto, U. de C. R. (2017). Direito ao esquecimento segundo o STJ e sua incompatibilidade com o sistema constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(213), 63-80. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p63

Referências

BARCELLOS, Ana Paula de. Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação. *Revista de Direito do Estado: RDE*, v. 3, n. 12, p. 77-105, out./dez. 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade: colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: _____. TEMAS de direito constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. 3, p. 79-129.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. Direito ao esquecimento: a censura no retrovisor. *Jota*, 16 out. 2014. Disponível em: <<http://jota.info/direito-ao-esquecimento-censura-retrovisor>>. Acesso em: 28 maio 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 22337RS. Relator: Min. Ruy Rosado Aguiar. *Diário da Justiça*, 20 mar. 1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 130/DF. Relator: Min. Carlos Ayres de Britto. *Diário da Justiça eletrônico*, 6 nov. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 153/DF. Relator: Min. Eros Grau. *Diário da Justiça eletrônico*, 6 ago. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1334097/RJ. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. *Diário da Justiça eletrônico*, 10 set. 2013a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1335153/RJ. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. *Diário da Justiça eletrônico*, 10 set. 2013b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na reclamação n. 18638/CE. Relator: Min. Luis Roberto Barroso. *Diário da Justiça eletrônico*, 17 set. 2014.

CANARIO, Pedro. Enunciado do CJF põe em risco registros históricos. *Consultor Jurídico*, 25 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-25/direito-esquecimento-poe-risco-arquivo-historico-dizem-especialistas>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes. MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2007.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Iguais mas separados: o habeas data no ordenamento brasileiro e a proteção de dados pessoais. *Cadernos da escola de direito*, v. 2, n. 9, 2008. Disponível em: <<http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/444>>. Acesso em: 5 dez. 2016.

ENUNCIADOS aprovados na VI Jornada de Direito Civil. 2013. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/at_download/file>. Acesso em: 20 maio 2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Garantias constitucionais à liberdade de expressão comercial*. São Paulo: Conar, 2000.

HALBWACHS, Maurice. *On collective memory*. Chicago: University of Chicago Press, 1992.

INNERARITY, Daniel. *O novo espaço público*. Lisboa: Teorema, 2006.

LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. Direito ao esquecimento: discussão europeia e sua repercussão no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 50, n. 199, p. 271-283, jun./set. 2013.

LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LÍRIA, Jade. *Entenda o direito ao esquecimento na Internet*. 12 set. 2014. Disponível em: <<http://www.etc.com.br/tecnologia/2014/09/entenda-o-direito-ao-esquecimento-na-internet>>. Acesso em: 5 dez. 2016.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Delete: the virtue of forgetting in the digital age*. Princeton: Princeton University Press, c2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDONÇA, Eduardo. É permitido proibir, muito e sem critério. *Os constitucionalistas*, 2014. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/e-permitido-proibir-muito-e-sem-criterio>>. Acesso em 5 dez. 2016.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

SNEIDER, Renata C. Breves notas sobre o direito ao esquecimento. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski et al (Org.). *Direito civil constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito, 2014. p. 87-102.

STROPPIA, Tatiana. *As dimensões constitucionais do direito de informação e o exercício da liberdade de informação jornalística*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

Análise Integral do Direito (AID)

Primeiras aproximações e apontamentos para a pesquisa no direito público

PAULO ROBERTO DOS SANTOS CORVAL

Resumo: No direito, como noutros campos do saber, mantém-se significativa fragmentação entre a perspectiva voltada às dimensões fundamentais e construtivas da regulação jurídica e a perspectiva que se quer operacional e prática a respeito da ação e das instituições públicas e privadas, bem como das diretrizes e processos de tomada de decisão atinentes aos problemas públicos. A Análise Integral do Direito (AID) é apresentada como esforço de superação do fracionamento excessivo, buscando, na cartografia das políticas públicas, inspiração para a sua estruturação teórico-metodológica. Ainda em desenvolvimento no âmbito do Grupo de Estudos Interdisciplinares sobre Estado, Finanças e Tributação, a AID tem-se mostrado interessante marco analítico para as questões de direito público objeto de atenção no grupo de pesquisa, razão pela qual, neste artigo, deseja-se dela extrair, ao final, a título exemplificativo, alguns apontamentos com o propósito de contribuir para o desenvolvimento crítico do pensamento no direito público.

Palavras-chave: Análise Integral do Direito (AID). Políticas públicas. Direito público.

1. Introdução

No direito, como noutros campos do saber, mantém-se significativa fragmentação entre a perspectiva voltada às dimensões fundamentais e construtivas da regulação jurídica e a perspectiva que se quer operacional e prática a respeito da ação e das instituições públicas e privadas, bem como das diretrizes e processos de tomada de decisão atinentes aos problemas públicos. Parece pouco importar a retórica sabida e repetida

Recebido em 27/10/16
Aprovado em 16/11/16

da coordenação entre teoria e prática. Tampouco se encontram, com facilidade, na produção discursiva sobre a atividade estatal, sobre as instituições e sobre o direito, abordagens e narrativas preocupadas com a inseparabilidade e a integração desses diferentes pontos de vista.

Mesmo quando localizamos esforços que, assumindo a complexidade das sociedades modernas e a insuficiência da racionalidade simplificadora, propõem critérios de veracidade por correlação argumentativa e a análise mais dinâmica do fato jurídico e de sua regulação, parece subsistir certa fratura e vazio. As novidades teóricas anunciadas com diversas roupagens e modos de apropriação dos prefixos “pós” e “neo” – conquanto venham contribuindo para a prática e a sofisticação discursiva do direito – pouco se afastam do ortodoxo campo da reflexão jurídica centrada na enunciação dos agentes capazes de inserir material jurídico no ordenamento (especialmente autoridades políticas, executivas e judiciais), nos processos de intelecção pelos receptores das pretensões normativas e nas mais diversas tentativas de sistematizar e controlar os processos decisórios, notadamente no Judiciário.

Se algum acerto há, portanto, nessa intuição crítica, figura-se oportuno, para manter a vitalidade criativa que a produção no campo epistêmico do direito logrou alcançar nas últimas duas décadas no Brasil, propor que continuemos os esforços reflexivos em direção, agora, ao que podemos denominar *Análise Integral do Direito* (AID). Pela AID, assume-se que o campo do direito, sempre em movimento e mutação, constitui-se e delimita-se construtivamente pelo modo como imaginamos, falamos e agimos com relação à prática jurídica, à sua regulação e à própria reflexão que sobre o direito se produz. Reconhece-se, ainda, que a compreensão e a reflexão jurídica colhem contribuição importante do reencontro com os modos de falar e agir a respeito do direito que, por muito tempo, na divisão de trabalho acadêmico no Brasil e alhures – embora com a constante presença dos discursos críticos e interdisciplinares marginais –, acabaram enclausurados na filosofia, na história, na sociologia, na política e na economia.

Já se havendo ensaiado alguns esforços relacionados à AID no campo temático do que se reconhece como direito financeiro no artigo “De volta à teoria da tributação” (CORVAL, 2015), espera-se agora, no presente artigo, ainda trilhando os passos introdutórios de um pensamento em elaboração, registrar o enriquecimento que obtemos para a AID quando nos voltamos às políticas públicas (o Estado em ação) como ponto de encontro entre o direito e os diversos campos do saber integrantes das ciências sociais e humanas, notadamente a ciência política.

Pensar as políticas públicas como local de encontro do direito com distintos campos do saber, bem como ponto de partida analítico vem-

se revelando, aliás, tendência cada vez mais presente na produção legislativa, executiva e judicial. A partir do final da década de 1990 e início da década de 2000, no Brasil, a linguagem mais dinâmica e aberta das políticas públicas (*policies*) como modo de sistematização e racionalização do estado em ação parece haver impactado o direito e influenciado a sua migração da linguagem mais conceitual, estática e fechada das codificações. Embora de longa data já frequente as epígrafes legislativas a referência de que se está a dispor sobre uma política, é na década de 1990 que o modo de pensar e construir a legislação intensificou sua referência à linguagem da política pública. É o caso, entre outros, da Lei nº 8.842/1994, sobre a política nacional do idoso, e da Lei nº 8.171/1997, sobre a política agrícola. Ainda mais intensamente é o que se observa na década de 2000, com legislações múltiplas regulando diversos aspectos da vida comum pela menção expressa ao estabelecimento de uma política pública, como a Lei nº 10.753/2003, sobre a Política Nacional do Livro, a Lei Complementar nº 126/20, sobre a política de resseguro, e a Lei nº 13.186/2015, sobre a política de educação para o consumo sustentável. O próprio executivo federal, na sua produção normativa, exemplifica a tendência, a exemplo do Decreto nº 7.294/2010, sobre a política nacional de mobilização.

Não se trata, contudo, apenas de frequentar epígrafes. A referência à política (*policies*) se espalha no corpo dos diplomas legislativos, executivos e também nas decisões do judiciário, cada vez mais ativo, diga-se de passagem, na tarefa de resolver lacunas regulatórias, omissões e infrações de atividades estatais pensadas e executadas sob a inspiração de se tratar de uma política pública. A constante e crescente alusão à política pública nos documentos estudados pelo direito sinaliza, de fato,

uma mudança de perspectiva, na qual o estado em movimento, sua atividade prestadora e garantidora dos mais variados direitos e as pretensões da cidadania ocupam o centro da reflexão.

Pensar em termos de política pública no campo epistêmico do direito, dessa forma, mostra-se importante chave de inspiração e de leitura agregadora e construtiva do modo como fabricamos o direito ao imaginarmos, falarmos e agirmos com relação à prática jurídica, à sua regulação e à própria reflexão que sobre ela se produz. É, sem dúvida, modo compreensivo imprescindível no esforço de construção da AID.

Na segunda seção deste artigo, explorar-se-á a análise da política pública como modo de mapeamento, acreditando-se nela encontrar estratégia de compreensão e pesquisa não restrita à ciência política, mas capaz de inspirar, igualmente, o campo do direito. Na sequência, na terceira seção, propor-se-á um mapa teórico-metodológico para a pesquisa na perspectiva da AID. Na quarta, a conclusão, envidamos esforços para indicar, na forma de teses, apontamentos para a pesquisa que se quer científica sobre o direito público¹.

2. Análise de políticas públicas como cartografia: rumo à AID

Tem-se política pública, avançando sobre as bases lançadas por Pierre Muller (2002),

¹ Não desejamos aqui discutir a utilidade ou a pertinência ontológica e epistêmica de se reconhecer um campo específico que se convencionou denominar *direito público*. O artigo já traz problemática suficiente para deter a atenção e o cuidado crítico de quem vier a lê-lo, dispensando-nos, por ora, de discutir a linha de divisão entre a regulação normativa pública e privada. A expressão *direito público* é, portanto, empregada no sentido de subárea do campo do direito, como de ordinário a academia jurídica refere na sua autoidentificação e construção curricular.

quando uma autoridade local, regional ou nacional tenciona modificar, por meio de um programa coordenado de ações, o âmbito político, social, cultural e econômico de atores sociais considerados em regra pela lógica setorial. Trata-se sempre de uma tentativa (que implica agência humana e pode não levar ao resultado esperado) de gerir a posição, o papel e a função de um setor em relação a outros setores e ao âmbito global, não bastando que haja um problema público levado à apreciação de alguma autoridade política para obter possível solução. A política pública, ademais, constitui espaço em que múltiplos atores se encontram para construir e experimentar uma visão de mundo, sendo sua elaboração uma forma de decodificação e recodificação da realidade, uma imagem sobre a qual se quer intervir e que servirá de referência organizadora aos participantes da política.

A análise desse espaço de experimentação, voltada, em síntese, ao esforço de compreender o estado em ação e a mutação de suas atividades, funções e modos de operação em conjunto com a comunidade que o constituiu e na qual se acha inserido, não poderia deixar de ser complexa e diversificada. Não à toa são muitas as formas de estruturação da análise de políticas públicas. E, a rigor, como exercício estético, cada autor é livre para construir sua composição.

Exemplo bastante contemporâneo, no Brasil, de análise de políticas públicas encontra-se na publicação do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA (FURTADO; SAKOWSKI; TÓVOLI, 2015).

O livro parte da ideia de que as políticas públicas deixar-se-iam analisar de modo mais adequado na perspectiva da complexidade, porquanto configuradoras de sistemas complexos, conceituados, grosso modo, como sistemas consistentes “de atores diversos e que se adap-

tam, que interagem com seus vizinhos e por conexões de redes” (FURTADO; SAKOWSKI; TÓVOLI, 2015, p. 12), de maneira que as relações entre os atores e as instituições são sempre menos abrangentes que o resultado total da dinâmica do sistema (FURTADO; SAKOWSKI; TÓVOLI, 2015, p. 44).

Dois conceitos fundamentariam a abordagem: emergência e retroalimentação (*feedback*). Por emergência quer-se dizer “algo que não pode ser descoberto pela inspeção de qualquer um dos agentes individuais, configurando, em vez disso, produto das interações dos diferentes agentes que apenas pode ser observado em nível populacional” (FURTADO; SAKOWSKI; TÓVOLI, 2015, p. 47). Os resultados emergentes, por sua vez, passariam pelo processo de retroalimentação (negativo ou positivo), voltando ao próprio sistema, de modo que “decisões resultarão em novos padrões emergentes de comportamento, que por sua vez resultarão em novas retroalimentações” (FURTADO; SAKOWSKI; TÓVOLI, 2015, p. 47).

Nessa teia complexa de arestas e nós do sistema, seriam identificáveis “pontos de alavancagem” (FURTADO; SAKOWSKI; TÓVOLI, 2015, p. 47) ou locais de mudança do sistema, e “pontos críticos”, momentos de pequenas mudanças que implicam transformação mais ampla no próprio sistema (FURTADO; SAKOWSKI; TÓVOLI, 2015, p. 48). Também seria possível verificar trajetórias de dependência (*path dependence*), ou seja, reconhecer que possibilidades atuais do sistema de algum modo são limitadas e ditadas por escolhas anteriores e visualizar com mais clareza a sua não linearidade (o fato de que *inputs* não conduzem ou afetam diretamente os *outputs* esperados), a sua robustez (o fato de a retirada de elementos do sistema não afetarem sua subsistência), a heterogeneidade de seus elementos

(FURTADO; SAKOWSKI; TÓVOLI, 2015, p. 159), e a sua interdependência e conexão em rede (FURTADO; SAKOWSKI; TÓVOLI, 2015, p. 49).

Todo esse conjunto conceitual engendrará uma análise ao estilo simulador de voo (FURTADO; SAKOWSKI; TÓVOLI, 2015, p. 45). A despeito do reconhecimento de que pilotar um simulador não seja equiparável a pilotar efetivamente um avião, a simulação, pelo uso de ferramentas de modelagem, pode “dar a um analista ou a um gerente a capacidade de compreender como uma política pode desenrolar-se e até mesmo de desenvolver planos de contingência quanto a quais ações tomar em diferentes contextos” (FURTADO; SAKOWSKI; TÓVOLI, 2015, p. 45).

Trata-se, ao fim e ao cabo, de uma sofisticação racional que quer avançar para além das análises centradas no equilíbrio, na certeza e na simplificação (correntes no âmbito tradicional da análise econômica), mas que, nem por isso, chega necessariamente a assumir uma ontologia e uma epistemologia de complexidade, rompendo de uma vez com aquilo que Egard Morin (2005, p. 54) identifica como paradigma da simplicidade², arrimado em conceitos como substância, identidade, causalidade (linear), sujeito e objeto, os quais não se comunicam entre si, firmando oposições que levam à “repulsão ou à anulação de um conceito pelo outro” (MORIN, 2005, p. 54). Dito de outro modo, a sensação é que o indigitado esforço de modelagem de sistemas complexos, por mais interessante e útil, ainda não explora as possibilidades de um paradigma efetiva-

²Paradigma, segundo Edgar Morin (2005), trata de uma relação lógica extremamente forte entre noções mestras, noções-chaves, princípios-chaves. Refere-se à “pedra angular” de todo um sistema de pensamento cuja afetação alcança, ao mesmo tempo, a “ontologia, a metodologia, a epistemologia, a lógica e por consequência a prática, a sociedade e a política”.

mente integrado da complexidade, mantendo-se, apenas, no campo da análise oposta à abstração filosófica e à prescrição.³

Tem-se, aí, de todo modo, interessante tentativa de desenhar um mapa analítico (uma espécie de cartografia) apto a encher de vitalidade os estudos sobre políticas públicas e a servir de indicativo de que, nesse ponto de encontro, posta de lado a variação inexorável, é possível coligar contribuições significativas para a estruturação da AID.

Sem desprezar a abordagem da complexidade, no entanto, quatro mapas analíticos a respeito das *polícies* no campo da ciência política nacional e internacional têm-se revelado, com mais ou menos intensidade, bastante completos para os fins a que se propõe a ciência política, funcionando, efetivamente, como marcos de compreensão e análise das políticas públicas. São mapas que merecem destaque, ademais, por não descuidarem da dinâmica das ideias e crenças tantas vezes olvidada na pesquisa empírica.

É claro que classificar os modos de análise como mapas configura passo importante para a adequação à proposta da AID. Justificamos, por isso, a perspectiva cartográfica que lançamos sobre os esforços dos analistas das políticas públicas por considerar que o produto de qualquer dessas análises configura uma representação da realidade que, à semelhança das projeções cartográficas, encampa deformações, incorreções e distorções que, ao fim

³Talvez, no que toca especialmente às políticas públicas, na base do que reputamos insuficiente na modelagem da complexidade esteja mesmo a disputa, bem sintetizada por Colin Hay (2002), a respeito do conceito de poder no debate a propósito do que ele denomina “faces do poder” ou “controvérsia comunitária” (fortemente presente na tradição estadunidense) e do que ele apelida “debate Habermas-Foucault” (pertinente à tradição europeia-continental). As controvérsias amarram-se à própria compreensão do campo da ciência política, mais filosófica ou mais técnica, mensurável, controlável e supostamente científica.

e ao cabo, tratando da realidade política e social, mais do que imagens distorcidas, consubstancia a própria imagem que, a depender apenas da nossa crença e fé, reputamos verdadeira. A analítica, ela mesmo, concebendo-se descritiva ou compreensiva – pouco importa – configura exercício imaginativo que lança ao público visões de mundo e mecanismos para sua realização, afetando apropriações criadoras de outros indivíduos e grupos, e compondo, dessa forma, molduras flexíveis que interagem com novos processos imaginativos sem obstar a singularidade e a novidade da agência humana.

Vamos, então, aos mapas, cuidando, primeiro, daquele proposto por Wanderley Guilherme dos Santos no livro *Cidadania e Justiça*, produção nacional analiticamente rica e tradicionalmente conhecida, embora, não raro, olvidada. Em segundo lugar, apresentaremos o mapa de Paul Armand Sabatier e Jenkins-Smith, batizado como *Advocacy Coalition Framework* (ACF). Em terceiro, mapa do institucionalismo discursivo ou construtivo de Colin Hay. Finalmente, o mapa de Pierre Muller, autor que escreve numa zona de troca entre as tradições políticas norte-americana e europeia continental.

2.1. O mapa analítico de Wanderley Guilherme dos Santos

Importante análise está presente na obra de Wanderley Guilherme dos Santos (1994). Seu mapa, no entanto, parece esquecido pela excessiva ênfase no seu resultado, o conceito de cidadania regulada, utilizado para caracterizar a política social no período de 1930 a 1945 e, com limitações, no período de 1945 a 1965.

No livro, o autor parece preocupar-se, precipuamente, com a mudança das políticas sociais em contextos autoritários (SANTOS, 1994, p. 53), assumindo certa concepção elitista de democracia como ponto de partida, segundo a qual, todavia, as elites são constituídas pelas instituições (econômicas, políticas e burocráticas), não se achando previamente encarnadas nos indivíduos em decorrência de suas distinções sociais de riqueza e valores. A pressuposição inicial é que as elites, em qualquer caso, sempre buscam “prolongar-se no controle das instituições de poder e, mediante esse controle, definir objetivos que a comunidade se deve propor alcançar mediante a ação dessas instituições” (SANTOS, 1994, p. 54).

As elites, justificando suas preferências e interesses por meio de critérios por elas mesmas formulados, contariam com a legitimidade alcançada pelas instituições que controlam e tornariam as políticas públicas, notadamente as políticas sociais, mais ou menos estáveis na medida em que revelassem maior ou menor taxa de renovação. Mas não é só.

As elites atuam em um cenário, que, servindo de “estrutura de escassez” (SANTOS, 1994, p. 57), nas suas distintas formas (moderada, crônica, aguda e total) pode constringer os graus de conformação e discricionariedade das elites responsáveis pelas decisões de políticas, de maneira que nem sempre a maior ou menor renovação das elites afetará, como esperado, a estabilidade ou a mudança da política.⁴

A estrutura de escassez afeta grupos e classes, os quais, reagindo ao ambiente, ao modo como nele se compreendem na sociedade e, tendo em conta ainda seus padrões de justiça, promovem, por meio de organizações, diferenciação social. Combinado o processo de diferenciação com o de multiplicação de organizações, chega-se ao conceito apelidado por Santos de “complexificação social”, uma efetiva variável “interveniente entre a estrutura de escassez e o comportamento das elites decisórias” (SANTOS, 1994, p. 57), capaz de explicar “a possibilidade de mudança no conteúdo e quantidade de decisões tomadas sem que, necessariamente, ocorra elevada taxa de renovação das elites” (SANTOS, 1994, p. 57).

A estrutura de escassez e a complexificação social, ademais, sofrem efeitos de “retroalimentação” (*feedback*) das próprias decisões políticas adotadas (“mudanças induzidas”), além de importantes efeitos não controláveis, resultantes de mudanças exógenas, fruto da “enorme quantidade de decisões [...] tomadas por pessoas que não estão imediatamente interessadas nas consequências públicas do que fazem” (SANTOS, 1994, p. 59). Essas mudanças exógenas, incontroláveis no nível micro e pouco controladas no nível macro, são denominadas por Santos “processos naturais”, com destaque para três: crescimento populacional – questões de demografia e migração –, urbanização e divisão do trabalho – questões de desenvolvimento científico e tecnológico e de criação de novas ocupações e posições sociais (SANTOS, 1994, p. 59).

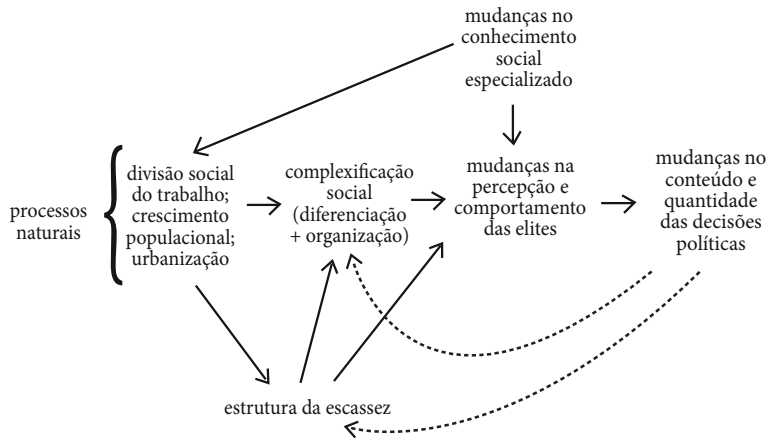
No roteiro, os processos naturais afetam a formação das opiniões das elites decisórias, preocupando-se o autor em reconhecer que as “crenças públicas sustentadas pelas elites decisórias são derivadas das hipóteses teóricas prevalentes sobre os melhores métodos de se obter o que supõem serem os melhores objetivos para a sociedade” (SANTOS, 1994, p. 60). Sua concepção de crenças ou ideias, porém, ainda é tímida, porquanto aquilo que chama de crenças públicas está atrelado ao conhecimento social especializado, suspendendo-se “o julgamento sobre os ca-

⁴Nos dizeres de Santos (1994, p. 57): “À medida que a estrutura de escassez se modifica, o mundo aparece diferentemente para os tomadores de decisão, especialmente em relação ao tipo e à quantidade de recursos disponíveis, permitindo-lhes, assim, mudanças de orientação em políticas específicas, que não são, necessariamente, acompanhadas por mudanças na composição das elites.”

minhos pelos quais esses valores, desejados como fins, surgem...” para se concentrar, apenas, “nos meios para obtê-los” (SANTOS, 1994, p. 60).

Finalizando seu roteiro compreensivo da dinâmica de transformação e estabilização de políticas públicas – seu “quadro de referência” (SANTOS, 1994, p. 63), centrado na modificação das opiniões e comportamentos da elite decisória – acresce Santos aos “processos naturais”, às mudanças na “estrutura da escassez”, à “complexificação social” e ao “conhecimento especializado” a “autonomia do aparato estatal, enquanto organização, o qual pode se tornar um obstáculo à mudança, ou, alternativamente, uma fonte geradora de mudanças” (SANTOS, 1994, p. 61). O roteiro de Santos está representado esquematicamente na figura 1.

Figura 1



2.2. O mapa analítico de Paul Sabatier e Jenkins-Smith

No âmbito da tradição norte-americana de estudos sobre o processo de políticas públicas, à vista da abertura e do tratamento dado aos “sistemas de crença”, sobleva interesse pelo roteiro de análise do processo de política pública elaborado por Paul Sabatier e Jenkins-Smith, a ACE, inicialmente apresentado no final da década de 1980 e revisado no início e no final da década de 1990 (SABATIER; WEIBLE, c2007).

A abordagem assenta sobre três fundamentos: primeiro, a elaboração de políticas públicas, no nível macro, é levada a efeito por especialistas integrantes de subsistemas de políticas cujos comportamentos são afetados por fatores do sistema político e socioeconômico; segundo, o processo de política pública é fortemente influenciado, no nível micro, por uma visão de indivíduo menos abstrata e caricata que a imagem corrente da *rational choice*; terceiro, no nível intermediário, a melhor

maneira de lidar com a pluralidade de atores nos subsistemas de políticas públicas é agregá-los em coalizões de *advocacy*.

Naquele primeiro fundamento, destaque-se que a complexidade dos processos de elaboração de políticas públicas nas sociedades modernas requer a especialização tanto das temáticas e geografias das políticas como dos indivíduos que delas participam e nelas desejam interferir. Subsistemas amadurecidos, nessa ordem de ideias, caracterizam-se por compor, a um só tempo, uma dimensão funcional, substantiva e territorial de políticas públicas que agrega participantes que partilham alguma *expertise* sobre certo domínio de ação e se compreendem como comunidade relativamente autônoma, integrando não apenas o tradicional triângulo de legisladores, membros do executivo e grupos de interesse, mas, de igual modo, pesquisadores, jornalistas, ativistas e tantos quantos sustentarem crenças que motivam sua concretização naquele domínio de ação (SABATIER; WEIBLE, c2007, p. 192).

A delimitação do escopo dos subsistemas não é simples, sendo influenciada pelos distintos processos históricos e carregada de interconexões e sobreposições. Em regra, porém, seria possível alcançá-la pelo foco no objetivo substantivo e geográfico das instituições que estruturam determinada interação (SABATIER; WEIBLE, c2007, p. 193). A título de exemplo, Sabatier e Weible citam o caso da identificação de um subsistema de controle da poluição automotiva no seio de um já existente subsistema de controle da poluição do ar. A existência de regulamentos exclusivos sobre a temática automotiva, de órgãos e unidades de controle específicos na estrutura da administração pública e de grupos regionais ou locais de pesquisa e interesse identificaria, pelo recorte temático, funcional e geográfico, um

subsistema com escopo próprio (SABATIER; WEIBLE, c2007, p. 193).

Subsistemas e seus participantes, ademais, seriam afetados por fatores exógenos, uns mais estáveis outros mais dinâmicos. Entre os de feições relativamente mais estáveis, que mudam de forma significativa em intervalos decenais e impulsionam comportamentos e políticas dentro de um subsistema, incluir-se-iam os “atributos básicos do problema” (e.g., a diferença entre problemas atinentes a águas subterrâneas e de superfície), a “estrutura básica de distribuição dos recursos naturais”, os “valores culturais fundamentais”, a “estrutura social” e, finalmente, as “regras constitucionais estruturantes”. Entre os mais dinâmicos, por sua vez, aqueles que mudam com maior constância em períodos menores que uma década, encontrar-se-iam as alterações nas “condições socioeconômicas”, na “opinião pública”, nas “coalizões de governo” e nas “políticas de decisão de outros subsistemas”. Esses fatores comporiam as restrições e os recursos dos subsistemas, sendo certo que, para grandes transformações de políticas públicas, os parâmetros exógenos relativamente estáveis requererão maior grau de consenso e coalizão dentro e fora dos subsistemas.

O segundo fundamento da ACF critica a visão antropológica da análise centrada na escolha racional, notadamente a assunção dos indivíduos autointeressados que buscariam exclusivamente a satisfação de interesses materiais, a fim de suplementá-la com uma compreensão aberta à ação altruística e à verificação de crenças normativas na análise de políticas públicas, contrariando, ademais, a proposição de que os atores dão mais valor às perdas que aos ganhos. Haveria espaço, aí, para os dois tradicionais sistemas de raciocínio normativo: a lógica da adequação, em que o comportamento correto é identificado

pela conformação à norma, ao dever; e a lógica das consequências, na qual o comportamento acertado é aquele conforme a maximização das consequências boas (SABATIER; WEIBLE, c2007, p. 194).

Além disso, o roteiro da ACF, embora reconheça as dificuldades no que toca à mudança das crenças normativas, integra a tendência dos agentes envolvidos nas políticas públicas de relacionar o seu ambiente circundante com o conjunto das crenças normativas pré-existentes, de maneira que os participantes e atores das políticas públicas também se distinguiriam pelos modos distintos de interpretar os mesmos fenômenos e de filtrar informações, atribuindo-lhes valor dissonante ou consonante e tornando mais fácil ou mais difícil a alteração das crenças.

Haveria mesmo, como identificado na literatura sobre elites e participantes das políticas públicas, um “sistema de crenças” que, na ACF, é hierarquizado em camadas: as crenças profundas (*deep beliefs*), que abrangem a maior parte dos subsistemas de políticas públicas, dizendo respeito às pressuposições normativas mais gerais a respeito da constituição da realidade, da natureza humana, da prioridade relativa dos valores fundamentais da liberdade e da igualdade, da prioridade igualmente relativa do bem-estar para certos grupos, do papel do governo e do mercado e da participação no processo de decisão governamental; as crenças nucleares (*policy beliefs*), ordenadoras de todo um subsistema de política pública e tendente a se concretizar por um esforço dos seus participantes no sentido de instituir, no subsistema, crenças profundas, conquanto não haja de modo obrigatório uma passagem lógica das crenças profundas às nucleares; as preferências políticas básicas (*policy core; policy preferences*), crenças limitadas ao escopo de certo subsistema, proeminentes e

importantes fontes de discórdia e ruptura durante algum tempo; e, finalmente, as crenças secundárias, que operaram de modo restrito no interior do subsistema, atreladas a regras, programas específicos e aplicações orçamentárias.

Exatamente por conta da tendência de alinhamento aos distintos níveis de crença, os processos de barganha e as coalizões a respeito das políticas públicas, nas suas variadas etapas ou fases, tornar-se-iam mais complexos, transcendendo classes e hierarquias sociais e organizando pessoas e instituições em redes de influência, as *advocacy coalitions*, cujos integrantes compõem imagens sobre o dever ser da política pública configuradora de determinado subsistema e, ao traduzi-las nas suas preferências (crenças secundárias, derivadas das preferências básicas e demais crenças), atrela-as a instrumentos, propostas e formas de agir constitutivos dos limites substantivos e territoriais da própria política pública, organizando a pluralidade de concordâncias e discordâncias intrínseca à própria coalizão.

Advocacy coalitions, a propósito, o terceiro eixo caracterizador da ACF, pressupõem a organização dos participantes das políticas em rede e a importância das relações interpessoais para a compreensão do comportamento humano, predizem que as crenças e os comportamentos das partes interessadas compõem redes informais e que a formulação de políticas é estruturada, em parte, por redes de participantes (pessoas físicas e instituições) mais ativos e, de certo modo, mais importantes dentro das próprias redes de coalizão, supondo que os participantes da política pública se esforçam para traduzir seus sistemas de crença na política real antes de seus oponentes e que, por causa disso, buscam aliados e compartilham recursos a fim de desenvolver estratégias complementares.

Assim compreendidas as coalizões, Sabatier e Weible acreditam que seria possível, inclusive, superar o tradicional problema do efeito carona identificado nos estudos a propósito da ação coletiva. Primeiro, porque os custos de transação seriam relativizados pela ação orientada pelos sistemas de crença compartilhados; segundo, porque, na composição de proximidades e distanciamentos de crenças, está sempre presente a possibilidade da mudança de lado (*devil shift*), forçando o incremento dos esforços dos aliados para manter a aliança e o compartilhamento de recursos entre os aliados por mais tempo, além da própria interação com o adversário; terceiro, porque a coordenação das coalizões pode oscilar gradualmente, dificultando, muitas vezes, a própria ideia de carona (*free-rider*).

Com base nesse conjunto de fundamentos, a mudança das crenças e políticas no interior dos subsistemas é vista, na ACF, por um dos seguintes percursos: ou por meio do aprendizado politicamente orientado ou pelas perturbações externas.

No primeiro caso, a experiência e o aparecimento de novas informações influenciam a realização ou a transformação da política pública, afetando a alternância relativamente duradoura de crenças e comportamentos e modificando coalizões e sistemas de crenças em diferentes níveis, com maior resistência à mudança quando se trata das crenças profundas e menor resistência no campo das crenças secundárias. No segundo, especialmente significativo para que haja transformações em grande escala, desastres, mudanças nas condições socioeconômicas, nos regimes e nos benefícios entregues por outros subsistemas provocam choques externos capazes de influir nos rumos da composição das agendas, na atenção do público e nos focos dos tomadores de decisão.

Relevante, ademais, é a possibilidade de grandes transformações por meio de perturbações ou choques internos, os quais redistribuem recursos de poder, confirmam ou põem em dúvida preferências políticas básicas e acordos negociados entre coalizões, com a presença de desenhos institucionais favoráveis também a respeito das preferências políticas básicas (SABATIER; WEIBLE, c2007, p. 204-205).

Elemento exógeno destacado nas últimas versões da ACF é a “estrutura de oportunidade das coalizões” para fazer a mediação entre os subsistemas e os fatores exógenos estáveis (grupos de interesse organizados, agências executivas, partidos políticos com nível de força relativamente equivalente, ordenamento constitucional), típicos de democracias ocidentais maduras, raras vezes encontrados nos países de desenvolvimento tardio.

Estruturas de oportunidade se referem, em síntese, a características relativamente duradouras de uma política que afetam os recursos e as

limitações dos atores de certo subsistema (SABATIER; WEIBLE, c2007, p. 200). E os dois efeitos das estruturas de oportunidade que mais atingiriam os subsistemas, na ACF, seriam o grau de consenso para uma grande mudança política (sendo certo que quanto maior o grau de consenso necessário para a mudança, maiores devem ser os incentivos para a construção de coalizões inclusivas, capazes de forjar compromissos e trocar informações com seus oponentes, minimizando o *devil shift*) e a abertura do sistema político, medida pela quantidade de espaços de elaboração de políticas públicas e pela facilidade ou não de acesso a tais *locus*. Combinações de estruturas de coalizões (pluralista, corporativista recente, corporativista tradicional, *westminster* e de executivo autoritário) seriam possíveis de acordo com os graus baixo, médio e alto de consenso e abertura (SABATIER; WEIBLE, c2007, p. 201).

O destaque nos sistemas de crenças, entretanto, não oblitera a preocupação com os recursos de que os participantes de políticas públicas podem se valer para influenciá-las, que, na abordagem de Sabatier e Weible, classificam-se, tipologicamente, em seis categorias, aqui apenas enunciadas: a autoridade legal (cargo ou função) para tomar decisões de elaboração de políticas públicas, a opinião pública, a informação a respeito da política pública (notadamente a informação técnica e empiricamente respaldada), grupos mobilizados para demonstrações públicas, recursos financeiros (para financiar pesquisas, *think tanks*, nomeações para cargos estratégicos etc) e líderes hábeis.

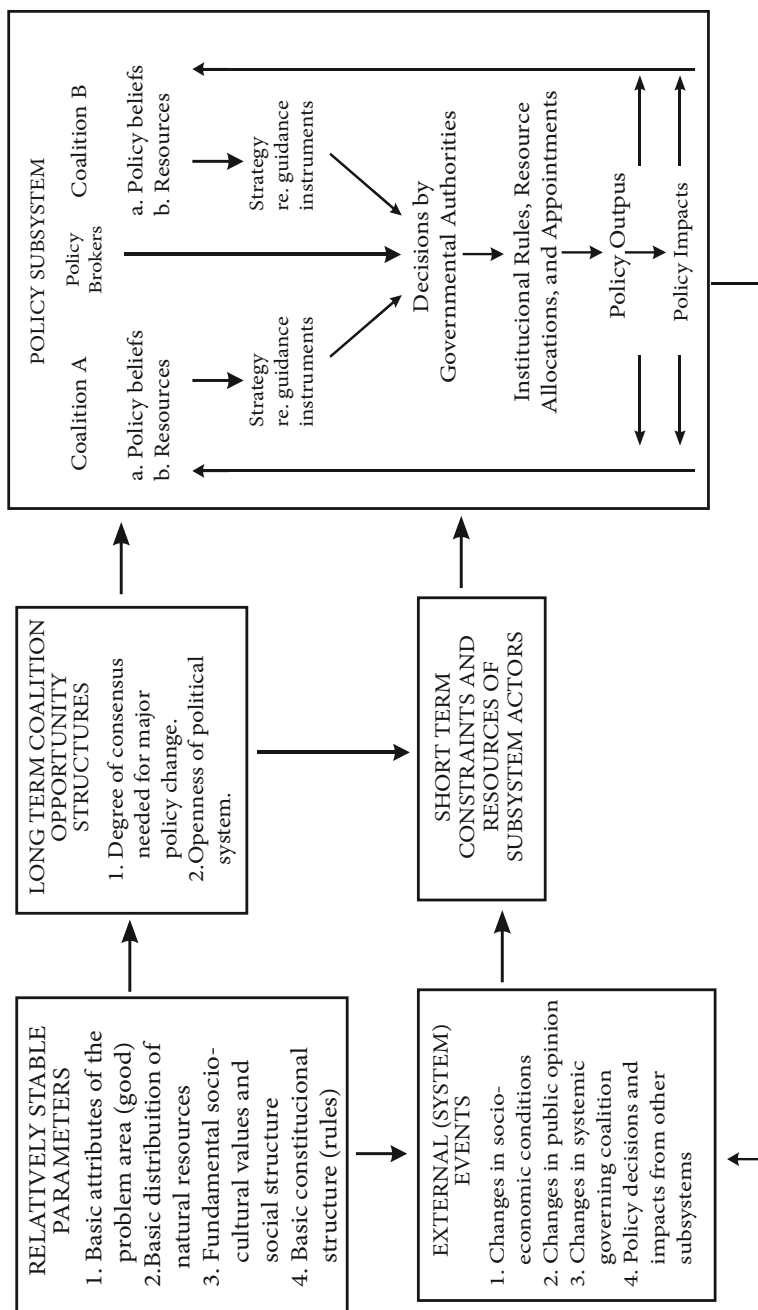
A ACF, bem se vê, configura roteiro bastante rico do processo de política pública, reconhecendo de modo especial a influência das ideias, dos valores e das crenças políticas. Esquemáticamente, a ACF é representada por seus criadores na figura 2.

2.3. O mapa analítico de Colin Hay

Colin Hay (2001), escrevendo na zona de confluência das tradições inglesa e europeia continental, influenciado pelo institucionalismo histórico e sem abrir mão da consideração das ideias e valores, elabora seu roteiro analítico com destaque para o conceito de paradigma.

Atento ao processo de mutação do pensamento econômico do keynesianismo ao neoliberalismo, o autor aborda os momentos que reputa de crise como períodos de transformação pontual, aprendizagem social e evolução institucional. Apenas excepcionalmente ter-se-ia efetiva crise revolucionária e, assim, mudança de paradigma, expressão tomada de empréstimo, pela força metafórica, dos estudos de Thomas Kuhn sobre a história das ciências duras. O paradigma político estabeleceria as condições de conhecimento e de possibilidade configuradoras

Figura 2



do quadro de ação dos fazedores de políticas públicas. As transformações internas e a própria substituição dos paradigmas revelariam ao analista certo processo evolutivo, certa periodização viabilizadora do aprendizado social dos fazedores e consumidores de políticas públicas.

A ideia de paradigma, nas ciências, estabiliza-se em torno de princípios, métodos e instrumentos de pesquisa. Fixaria, assim, (i) princípios metafísicos gerais, visões de mundo que, no campo da ação política, estabelecem uma espécie de quadro de ação com as narrativas globais de operação da sociedade; (ii) hipóteses e leis, axiomas que, nas políticas públicas, configuram um quadro de hipóteses sobre a mudança social e institucional inerente à cada política pública; (iii) uma metodologia, ou seja, um comportamento considerado legítimo para o desenvolvimento da ciência e que, na seara da ação política, analogicamente, consubstanciaria a delimitação dos tipos de relação passíveis de serem tecidas entre o governo central e os atores setoriais; e (iv) instrumentos e ferramentas de pesquisa científica, correspondente, na análise política, aos mecanismos de intervenção na sociedade, como subvenções, tributos, normas impositivas de sanção etc.

A transposição do conceito de paradigma ao campo explicativo da política evoca a imagem de um ciclo permanente, de caráter evolutivo, no qual é possível identificar o nascimento dos problemas públicos, a sua institucionalização ou consolidação, e a sua “desinstitucionalização” ou morte. Além disso, mantém aparência dicotômica, reconhecendo o mover do ciclo entre momentos de normalidade e de excepcional transformação, nos quais as ideias exerceriam papel fundamental.

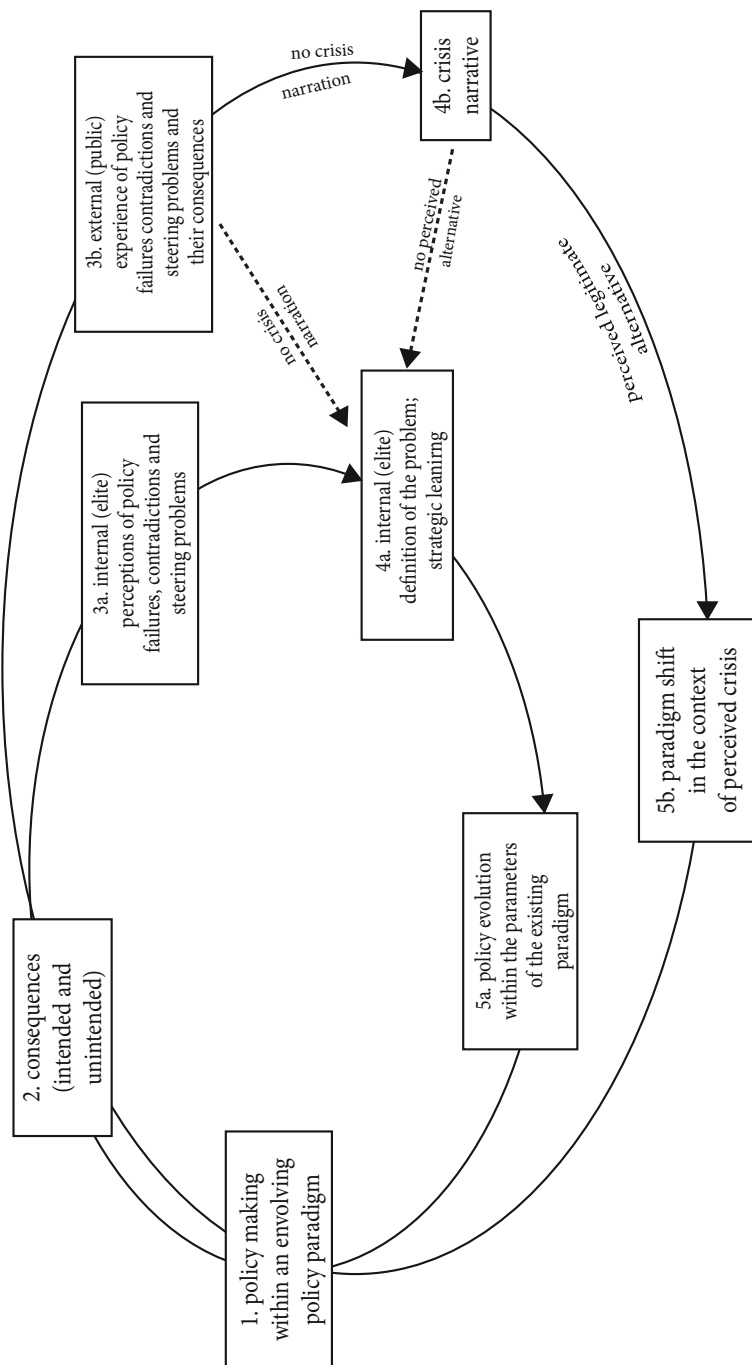
Grosso modo, se mudanças ocorrem (nas técnicas, mecanismos, instrumentos ou objetivos e finalidades de políticas públicas) sem afetar as ideias básicas que animam certo processo de fabricação de política pública, o período nos apareceria como de normalidade. Do contrário, quando ideias de base começam a não mais se mostrar adequadas aos problemas enfrentados e a perder sua força justificadora e sua aceitação pela sociedade, estaríamos ante o evento excepcional de mudança.

O processo é evidentemente complexo, de modo que as transformações nas políticas públicas não seriam resultados causais simples da identificação de novos quadros contextuais. É possível, entretanto, pensar todo o processo de mudança, fortemente influenciado pelas ideias e pelos valores, com base em um esquema de duas elipses tangentes: a elipse interna destaca a percepção dos atores (elites) que mais de perto determinam a decisão atinente ao rumo da política pública; a externa cuida da percepção geral da opinião pública e de outros atores e beneficiários, os quais, pela avaliação e crítica, podem construir narrativas de crise que, por sua vez, poderão ou não levar a processos de aprendizado, evolução ou mesmo transformação paradigmática.

À falta de uma crise da narrativa de base, ou seja, dos fundamentos do paradigma, as falhas reputadas existentes no processo ou no resul-

tado das políticas públicas constituiriam espécie de *evolução da política* ou de mecanismo de *aprendizagem social*. A representação esquemática do mapa analítico de Colin Hay é apresentada na figura 3.

Figura 3



Justaposta às noções de *paradigma* e de *aprendizagem social*, é interessante notar que as escolas institucionalistas, navegando no âmbito das teorias de médio alcance, focadas na compreensão analítica da ação pública, introduziram a ideia de *dependência de trajetória* ou de *caminho* (*path dependence*), colhida da economia e da teoria das organizações com o propósito de explicar os casos em que, a despeito de se promover a introdução de políticas mais eficazes em situações equivalentes, não se consegue obter resultados semelhantes.

Escolhas políticas históricas estabeleceriam, em grande medida, as possibilidades do retorno futuro crescente que dependeriam dos custos de investimento, dos efeitos de aprendizagem e da capacidade de coordenação e antecipação. Por essa via, compreender-se-ia a estabilidade, a resistência ou a mudança das instituições e políticas públicas. Três processos políticos destacar-se-iam com o exame da dependência de trajetória: (i) o processo de ação coletiva, porquanto a mobilização individual dependeria da ação dos outros indivíduos, ou seja, da coordenação e da antecipação da ação; (ii) o processo de interpretação e de legitimação coletiva que, compondo representações, viabilizaria a coordenação de atores e a ação estratégica por antecipação dos pontos de vista possíveis com base na identificação do quadro de representações; e (iii) o processo de desenvolvimento institucional, as restrições que as escolhas de modelagens institucionais, com o passar do tempo, estabelecem aos fazedores e destinatários de políticas públicas, de maneira que são fortalecidos os mecanismos de correção das políticas passadas ao invés de se estabelecerem rotas alternativas, dado o custo de aprendizagem, coordenação e antecipação.

2.4. O mapa analítico de Pierre Muller

Enfim, ainda no universo institucionalista, mas agora com maior peso na confluência com a tradição do pensamento europeu sobre o Estado e a política, põe-se em relevo, aqui, a “análise cognitiva de políticas públicas” elaborada por Pierre Muller e centrada, ao que parece, no conceito analítico de “referencial”, estabelecido com base na crítica à abordagem do paradigma e da dependência de trajetória.

A análise cognitiva, reconhecendo, embora, a contribuição renovadora da ciência política de tradição norte-americana, confronta a problemática da fabricação da ordem nas sociedades complexas, distanciando-se da visão mais estreita das políticas públicas apenas como instrumental destinado à busca de soluções de problemas públicos para aproximá-la dos estudos do Estado e compreendê-la, também, como modo de construção de “quadros de interpretação de mundo” (MULLER, 2000).

No mapa proposto pela análise cognitiva, o Estado como atividade de dominação, impositivo da ordem política global, é associado ao Estado visto pela sua aptidão de gerir e resolver os problemas públicos, rompendo com a tradição hegeliana do Estado racional e monopolizador da decisão política em favor do reconhecimento de que o processo decisório é fruto de um sistema pouco ordenado de múltiplos e distintos atores. Mais, porém, que uma sociologia da ação, a análise cognitiva constitui uma sociologia política da ação pública que não se contenta com o resgate institucionalista da dimensão ideacional e com a oposição entre ideias, instituições, interesses e preferências; vai além e considera que os interesses e preferências colocados em jogo nas políticas públicas somente se expressam por meio da produção de estruturas interpretativas de mundo, desenvolvendo a concepção de que as matrizes cognitivas, produzidas por atores individuais em interação, tendem a se tornar relativamente autônomas e a se impor aos atores como modelos dominantes de interpretação.

Políticas públicas, nessa abordagem, não se bastam como problemas públicos levados à apreciação de uma autoridade política para obter alguma solução. Antes, constituem espaços em que múltiplos atores se encontram para construir e experimentar uma visão de mundo (MULLER, 2000, p. 195). A elaboração de uma política pública não pode deixar de ser vista como forma de decodificação e recodificação da realidade (MULLER, 2002, p. 74), uma imagem sobre a qual se quer intervir e que servirá de referência organizadora aos participantes da política. Essa imagem ou conjunto de imagens compõe, segundo Muller, o referencial da política pública (MULLER, 2002, p. 73).

Referencial, nessa perspectiva, ergue-se como crítica à insuficiência da ideia de para-

digma para captar a complexidade, o conflito, a ambiguidade e a menor estabilidade da ação e da decisão em matéria de política pública. O paradigma, no campo da política, também apresentaria o inconveniente de representar uma paisagem que, por meio da aprendizagem social, estabelece certa progressão evolutiva nem sempre adequada ao mundo das transformações sociais, além de enfatizar os momentos excepcionais de ruptura. Faltaria ao paradigma (a justificar a sua substituição pelo conceito de referencial) a compreensão mais clara e estruturada de que uma política pública é composta de dois elementos nucleares bem distintos: o conjunto base de crenças e normas e o conjunto de estratégias que define o âmbito das ações aceitáveis e inaceitáveis, de maneira que a mudança das políticas públicas não ocorre apenas quando são alterados os planos, programas e ações esperados, mas também quando as cenas periféricas se transformam em decorrência de mudanças de crenças e estratégias.

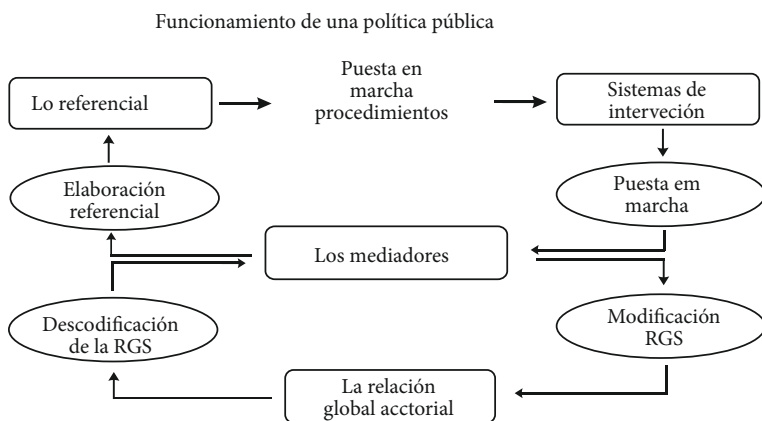
Além disso, o conceito de referencial contrariaria o pretensioso conceito de paradigma, que aponta para a possibilidade de se provar a falha da política e, com isso, apontar o momento da ruptura. O referencial, por sua vez, centra-se na maneira como são interpretativamente construídos os efeitos e percalços da política pública, assumindo certa impossibilidade de indicação precisa de alguma falha. Poderia mesmo ser identificado como a imagem que os atores constroem a respeito do campo cognitivo global e da sua relação com o âmbito setorial de cada política, constituindo critério de intervenção do Estado e de fixação dos objetivos da política pública. Com o conceito de referencial, colocar-se-ia em relevo o fato de que, ao elaborar uma política pública, construímos uma representação, uma imagem da realidade sobre a qual queremos intervir, o que permitirá aos atores organizar seus siste-

mas de percepção, construir problemas, confrontar soluções e definir cursos de ação.

Uma política pública poderia ser visualizada e estudada, assim, como processo de mediação social, na medida em que o objeto de cada política é tomar a seu encargo os desajustes que podem ocorrer entre um setor (área de ação política cuja legitimidade dos participantes e representantes não ocorre por vinculação territorial, mas por identificação de divisões administrativas, de participantes especializados e de visão a respeito do problema e das suas possibilidades de solução por meio da intervenção pública) e outros setores ou entre um setor e a sociedade global.

Seria mesmo possível decompor a política pública em três processos fundamentais: o primeiro, atinente à tentativa de manejar a posição, o papel e as funções do setor considerado em relação à sociedade global e a outros setores; o segundo, concernente ao fato de que a relação global-setorial será considerada objeto de intervenção pública em função da imagem que os atores nela implicados forjarem, ou seja, em função do referencial da política pública que funcionará, exatamente, como o critério de intervenção; o terceiro, relacionado à identificação dos atores-mediadores envolvidos na construção ou transformação do referencial. O roteiro de Muller está representado esquematicamente na figura 4.

Figura 4



Examinados esses quatro mapas analíticos, convém acrescentar que, mesmo naqueles que se nos afiguram mais construtivos, como o de Pierre Muller, é necessário ainda um acréscimo. Cada mapa fornece uma estrutura teórico-metodológica ou roteiro discursivo capaz de orientar a reflexão e a compreensão de qualquer política pública. Cada mapa facilita, ao seu modo, a criação de uma narrativa a respeito do

nascimento, do desenvolvimento, das transformações e da eventual morte de uma política pública, apontando atores, coalizões e fatores exógenos e endógenos que reputa pertinente enfatizar na construção da narrativa que comporá o resultado da análise e que, espera-se, influenciará o movimento de conservação ou mudança da política. Fica de lado, contudo, em todos esses esforços o fato de que o próprio exercício analítico, por si, consubstancia forma imaginativa do mundo político, maneira de fabricar aquilo que Pierre Muller denominou quadro de interpretação do mundo.

A AID, como aqui proposto, pode recolher desses mapas pontos de vista e modos de sistematização capazes de subsidiar, para o campo do direito, sua própria perspectiva teórico-metodológica. Não poderá, entretanto, deixar de se ver como esforço de imaginação transformadora da realidade social em que se acha inserida.

3. Um mapa teórico-metodológico na perspectiva da AID

É hora de voltar ao questionamento que impulsiona este trabalho e coligir de todo esse esforço intelectual a respeito do ponto de encontro que é a política pública uma contribuição para a estruturação teórico-metodológica da AID. Não se fará, aqui, crítica àqueles mapas; não é esse o propósito. Antes, apontar-se-ão as ideias estruturantes da AID que, por meio de apropriação construtiva, foram extraídas de cada mapa para, na sequência, tentando delas sintetizar as indicações de rumos possíveis, sugerir uma possível cartografia analítica para a produção do conhecimento no campo do direito.

Das abordagens da complexidade a AID recolhe duas ideias. Primeiro, a compreensão

de que somente pela interação de situações e de diferentes e múltiplos agentes – nunca do exame meramente centrado no indivíduo – é possível compreender os nichos da realidade social que são alcançados pela regulação jurídica. Segundo, a noção de que no campo do direito é necessário o exame diacrônico das constantes trajetórias de formação e mudança, identificando-se locais e momentos transformativos com a certeza de que pequenas alterações são potencialmente capazes de construir, com o tempo, rupturas amplas no sistema organizativo.

Do mapa proposto por Wanderley Guilherme, limitado pelo excessivo apego às elites e sua atuação no processo de construção e concretização das políticas públicas, pode-se coligir, para a AID, a ideia de que o campo do direito não deve desprezar, na sua análise, a identificação da ação estratégica de agentes com capacidade de reter e empregar recursos de poder no âmbito da política, da economia e da burocracia, bem como não deve olvidar o ambiente de incerteza e escassez que pode restringir e direcionar a atuação dos agentes envolvidos no nicho da realidade açambarcado pelo direito. Sua percepção atinente à residência que pode ser oferecida pelo aparato estatal às elites também colabora para que, na AID, tenha-se em conta a própria resistência à mudança que o direito como linguagem e campo epistêmico é capaz de oferecer.

Do rico mapa de Paul Sabatier e Jenkins-Smith, por sua vez, colhe-se, para a AID, que é preciso identificar, em termos graduais, os distintos níveis de produção, inteligência, aplicação e crítica “do” e “ao” direito. Há níveis mais e menos abrangentes em determinadas questões jurídicas, os quais envolvem agentes, pretensões, interesses e crenças que, conquanto conectadas mediatamente, são imediatamente distintas.

Apreende-se, também, que a ação que cria e recria o direito é sempre coletiva e influenciada, simultaneamente, por sistemas de crenças e recursos de poder, operando com éticas múltiplas de deveres e consequências, de modo que se mostra sempre importante um esforço de leitura da situação e do processo atinente a certa questão jurídica para a sua compreensão com base na identificação das crenças e recursos de poder. Fatores de ordinário considerados secundários e externos ao direito, para a AID devem ser reputados pontos de partida da compreensão jurídica, considerados sempre, em qualquer problemática abordada no campo do direito. Dentre esses fatores, destacam-se as peculiaridades da realidade social sobre a qual incide, no caso concreto, a normatividade jurídica, a distribuição dos recursos de poder entre os agentes que interagem na situação regulada, os valores culturais e a estratificação social.

Para a AID, de igual modo, parece bastante relevante extrair a ideia de que a mudança e transformação do e no direito é constante e passa, sempre, por formas de sua instrumentalização que obedecem, no mais das vezes, a processos de barganha com agentes não identificados, porquanto não restritos à lógica do conflito entre interesses individuais ou coletivos e sujeitos ao conflito e à influência de crenças graduadas quanto à sua abrangência e ao seu enraizamento social, além de fortemente associadas a recursos de poder tradicionalmente reconhecidos, como a autoridade legal, a opinião pública, o controle da informação técnica, a capacidade de organização em grupo, a detenção de recursos financeiros e a habilidade dos líderes.

Da sistemática de Colin Hay, bastante focada na dinâmica da mudança da política pública, a AID colige, para trabalhar no campo do direito, mais um reforço à ideia de que o

contexto de ação e construção da realidade é composto de valores e crenças, elementos imateriais não raro abandonados nas análises porque de difícil captação observacional. Incorpora construtivamente, também, a lembrança (um tanto otimista e relativa) de que as alterações de desenhos institucionais em diplomas legislativos e regulações administrativas são significativas para a construção social do reconhecimento de que se está diante de alguma forma de aprendizagem e evolução institucional. O campo epistêmico do direito, na perspectiva da AID, não pode olvidar que as modificações legislativas, as reinscrições e inserções de textos, conceitos e decisões sempre trarão algum impacto material e/ou existencial positivo ou negativo – raras vezes passível de algum controle efetivo – para os agentes afetados diretamente e para a sociedade. Reforça-se, desse modo, que no campo do direito encaminhe-se o pensamento das relações intersubjetivas às interações de agentes, as quais trazem constantes repercussões em escala coletiva, mesmo quando imediatamente aparentem se bastar na dualidade.

Enfim, do mapa analítico proposto por Pierre Muller colhe-se, para a AID, a importância de se ter em conta a ideia de que o direito, a todo tempo, nas suas aparições mais e menos comentadas, é simultaneamente reflexo e elemento de composição de quadros de interpretação e fabricação da realidade social que orientarão agentes e instituições por meio de processos de decodificação e recodificação da realidade. Apropria-se, também, da ideia de movimento, de maneira que na AID o direito, como campo epistêmico, jamais deve olvidar a dinâmica constantemente plástica e mutável do direito como objeto.

Fixa ainda para a AID que o direito não é avesso ao paradoxo, à ambiguidade e à incerteza, mas transita por eles com a pretensão de

gerir e mediar os problemas – jamais ofertar soluções finais. Finalmente, parece que da abordagem de Muller é possível coletar para a AID a importância da imaginação e da representação nos estudos que também devem ser levados no campo epistêmico do direito, chamando-se atenção, ainda, para que sejam identificadas as interações e regulações jurídicas entre as diversas parcelas e a própria sociedade como totalidade.

O conjunto dos mapas contribui, finalmente, para duas ideias estruturantes da AID. A primeira consiste em desfocar a norma no campo da reflexão jurídica, distanciando-se do que ainda ocorre nas contemporâneas perspectivas reflexivas, todas elas obnubiladas por textos e normas, âmbitos da norma, modos de estruturação, função e eficácia das normas, conexões de textos e normas com valores e outros bens jurídicos no mais das vezes apenas identificados e mencionados. O foco da AID é a regulação da qual a norma, nas suas variadas estruturas e funções, em nada se confundindo com o texto enunciado, compõe apenas parte. A segunda sublinha que não se deve ater ao estabelecimento monolítico de método ou técnica peculiar. Não existe, na AID, método único. O método, como em qualquer campo, há de ser construído à vista daquilo que se propõe a investigar, admitindo combinações de técnicas e processos reflexivos para que se trabalhe, conjuntamente, com argumentos e levantamentos de dados e suas interpretações.

Munidos dessas ideias estruturantes, oferta-se, aqui, uma possível composição de mapa teórico-metodológico para a AID, valendo-nos, como recurso organizador, de metáfora extraída dos estudos geográficos: a *crosta* ou *litosfera* e a *atmosfera de inserção*.

A *atmosfera de inserção* diz respeito, em síntese, à compreensão do campo do direito, na zona de encontro proporcionada pela análise das políticas públicas como efetivo espaço de imaginação e criação institucional em que múltiplos atores se encontram para construir e experimentar uma visão de mundo, decodificando e recodificando a realidade em meio a um constante exercício de disputa a propósito da imagem sobre a qual se quer intervir e que servirá de referência organizadora aos coparticipantes da vivência coletiva.

A *atmosfera* comporta gradações e permeia, com força de inserção também graduada, a *crosta*. Pela ideia de *atmosfera*, na AID, identificam-se, em três camadas ou níveis, elementos que a ortodoxia jurídica reputa exógenos ao campo do direito, bem como suas formas de presença e inserção na *litosfera* e na dinâmica da regulação, compreensão e concretização argumentativa tradicionalmente delimitadora do pensamento jurídico.

A *atmosfera* é constituída, na sua camada mais abrangente (*exosfera*), dos quadros de compreensão fabricantes da realidade social. É, nes-

se nível, para o campo epistêmico do direito, equivalente à noção de referencial, de Pierre Muller, fixando conjuntos plurais de imaginações que atores individuais e coletivos, em coordenação e/ou concorrência, constroem a respeito daquilo que identificam como realidade social.

Aqui, em termos espaciais, misturam-se percepções locais, regionais e mundiais; temporalmente, encontram-se distintas percepções de história, movimento e capacidade de ação no presente. Incluem-se, ainda, os conteúdos que no mapa de Sabatier e Jenkins-Smith são nomeados crenças profundas, a saber, as pressuposições normativas mais gerais a respeito da constituição da realidade, da natureza humana, da prioridade relativa dos valores fundamentais da liberdade e da igualdade, da prioridade igualmente relativa do bem-estar de certos grupos, do papel do governo e do mercado e da participação no processo de decisão governamental. Nesse nível, a AID abre o campo do direito para que nele, também, discorra-se a respeito dos quadros referenciais e seus modos de produção e reprodução que influem na construção dos critérios de alocação entre o que se reconhece como público e privado, bem como nos critérios de redistribuição não raro relacionados à invocação de diretrizes e objetivos constitucionais.

Com menor abrangência (*mesosfera*), a AID procura identificar crenças e recursos de poder que fixam os distintos modos de ação pública interventiva e, dessa maneira, direcionam e sistematizam a atividade pública e privada em subsistemas interconectados de regulações. Reconhecem-se áreas de autonomia e interseção setorial que, relacionadas à exosfera sem pretensões de causalidade ou correlação direta, consubstanciam os espaços institucionais de regulação que modelam a litosfera ou crosta. Nesse nível, as estruturas governamen-

tais fornecem importantes subsídios identificadores – a exemplo das áreas ministeriais e suas subdivisões, bem assim das comissões parlamentares e seus trabalhos. Também colaboram na visualização construtiva do subsistema o reconhecimento dos grupos temáticos de coalizão (organizados em redes ou em estruturas institucionais mais simples) e a própria fragmentação científica dos saberes.

Finalmente, a atmosfera se mostra presente na própria delimitação da estrutura de regulação compositiva da crosta (a *troposfera*), fixando margens móveis de crenças e normas de menor extensão e abrangência. Nessa camada identificam-se os contornos que a atmosfera, impondo quadros concretizados de referência para a ação (no mais das vezes mediante o estabelecimento de normas internacionais, constitucionais e legais, atos normativos administrativos e precedentes judiciais), fixa para os específicos modos de ação pública e privada relacionados à resolução dos problemas e questões que recaem na área de intervenção jurídica, na dinâmica produtiva e reprodutiva da atmosfera.

Essa dinâmica pode ser compreendida, de certo modo, pela aproximação com o mapa de mudança paradigmática elaborado por Colin Hay, especialmente no que diz respeito à possibilidade de aprendizagem, evolução, involução e ruptura institucional. Acrescente-se que, em todo o processo, há permanentes efeitos de retroalimentação construtiva entre as camadas da atmosfera e a própria crosta.

A inserção da atmosfera na crosta é constante e em todos os seus três níveis se faz presente na regulação. Modifica-se, apenas, a forma e intensidade do seu impacto.

Na *troposfera*, os conjuntos imaginativos e recursos de poder modelam a própria racionalidade da regulação compositiva da crosta. Tem-se forte intensidade de inserção

pela encarnação de crenças e preferências. Corporifica-se a atmosfera, aqui, principalmente, nas finalidades e nas normas de ação com estruturas e funções diferenciadas. É nesse nível que se pode compreender a racionalidade ordenadora da regulação, a qual servirá de parâmetro para a cognição de conceitos, modelagens e repartição de riscos e atividades na interação social objeto da regulação. Os atores individuais e coletivos, nessa camada, tendem a se segregar e se constituir em conjuntos de saberes capazes de direcionar o debate público e estabelecer o desenho regulatório. Atores integrantes das estruturas burocráticas do estado ou que, dentro dos conjuntos de especialistas, conseguem inserir-se na produção reguladora merecem especial atenção da AID. De igual modo, a AID, aqui, abre o campo do direito à observação dos processos mobilizados por esses atores para buscar enriquecer a constituição da racionalidade da regulação e suas zonas de lacuna e imperfeição.

A inserção da *mesosfera* na crosta pode ocorrer de modo imediato ou mediato. O mais comum é a inserção mediada por meio de teias argumentativas que fornecem coerência entre argumentos e dados empíricos para a estrutura de regulação modelada pela troposfera. A mesosfera proporciona, ademais, a adaptação das problemáticas mais abrangidas da exosfera, constituindo subsistemas e agregados de regulação interconectados. Ampliam-se, aqui, os atores e os processos por eles mobilizados no que toca aos sistemas de crença e recursos de poder. O modo como são construídos os subsistemas, nesse nível, impactam diretamente os processos argumentativos típicos do direito, razão pela qual não podem deixar de ser objeto do campo epistêmico proposto pela AID.

A inserção da *exosfera*, finalmente, opera preponderantemente por cadeias de mediação, mas admite, sem dúvida, invocação di-

reta quando, identificadas as zonas lacunares e problemáticas da regulação, busca-se seu preenchimento e mutação.

Avançemos, agora, no mapa da AID, à *crosta*.

A *crosta* ou litosfera abarca a discursividade mais próxima à ortodoxia no campo do direito, estruturando-se como conjunto de normas de variados matizes, práticas e discursos (de agentes públicos e privados), bem como precedentes resultantes dos processos conflituosos mediados pela atividade judicial. As zonas de silêncio de regulação, aquilo que, grosso modo, é deixado de fora, são a um só tempo resultado e causa da delimitação da crosta, integrando, por isso, a própria regulação normativa. O cerne, na perspectiva da AID, deixa de ser a norma como objeto de análise inserido num ordenamento; trata, antes, da regulação, entendida como micromapa normativo ou estrutura de normatividade.

A crosta, assim como a atmosfera, pode ser visualizada em níveis ou camadas, de molde a compreender, no *núcleo*, a dimensão da análise da rede de textos de autoridade e precedentes que dão base à derivação das normas como resultado interpretativo, com destaque para os problemas de existência, validade e conflito aparente e real de enunciados e normas.

Mais acima, no *manto*, a análise da crosta compreende os esforços no sentido do incremento controlador da produção argumentativa do direito e da tomada de decisões, incluindo, notadamente, o trabalho de diferenciação estrutural e funcional de normas com o propósito nem sempre declarado de mitigar subjetividades e, com isso, supostamente, ampliar o controle argumentativo na produção de um modo de falar jurídico centrado na produção da validade e da verdade por coerência.

Nos lindes externos, na *superfície*, a crosta refere problemas tradicionalmente pensados

como afetos à eficácia e à efetividade da normatividade do direito. As camadas da crosta interagem entre si e sofrem, de forma mediata ou imediata, a pressão e inserção da atmosfera. Efeitos de retroalimentação estão sempre presentes.

Na crosta, por sua vez, verifica-se que a dinâmica da produção construtiva no campo do direito se dá em âmbito simbólico, cognitivo e material, retroalimentando a troposfera e auxiliando na delimitação, expansão ou retração das margens da regulação. Agentes individuais e coletivos, públicos e privados, organizados ou mobilizados de modo reticular, encontram, na operacionalização da regulação, forte abertura para a participação, o que significa que detêm, com igual capacidade, os recursos de poder necessários à mobilização da regulação nos espaços de deliberação pública e privada.

Na AID, destarte, a regulação compositiva da crosta é identificada e são examinados seus modos de operação simbólico, cognitivo e material.

Em primeiro lugar, demarca a AID os elementos da regulação e seus percursos formativos, aplicativos e eventualmente críticos, ou seja, sua produção (preponderantemente legislativa), sua aplicação (preponderantemente executiva, se já houver) e seu tensionamento (preponderantemente judicial, se já tiver transcorrido tempo para que a regulação tenha sido examinada). A AID, de modo evidentemente construtivo, abre-se a múltiplos processos seletivos de normas, práticas e precedentes. Os recortes, a depender da perspectiva e da ênfase, poderão partir das normas, dos nichos da realidade social por elas regulados ou mesmo das pretensões extraídas construtivamente da análise da atmosfera.

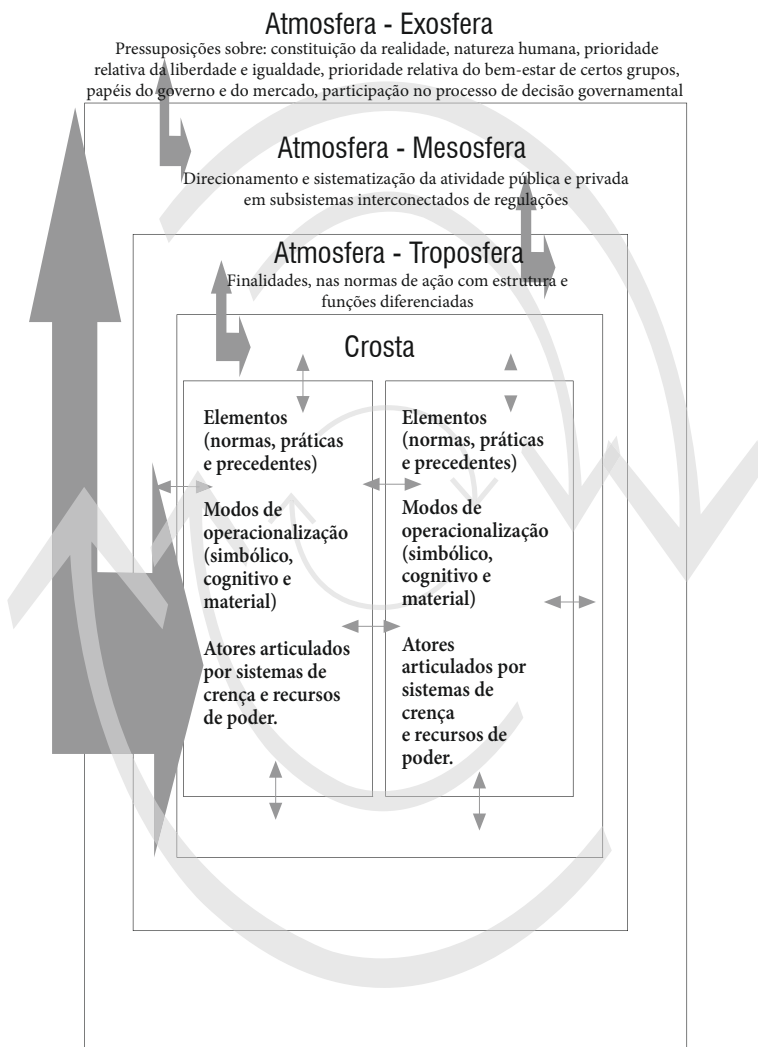
Em segundo lugar, a AID se volta para a operacionalização desses elementos. Parte de sua conexão cognitiva e estrutura-se por modelagens argumentativas que o campo do direito, nos últimos anos, tem conhecido com alguma profundidade. Examina a interação dos argumentos com certa leitura da realidade social, unindo, preferencialmente, argumentos, informações e interpretações de dados empíricos. Busca, finalmente, a intelecção do processo simbólico que a regulação concretiza e retroalimenta, bem como suas amarrações, não raro paradoxais, com os distintos níveis da atmosfera.

Em terceiro e último lugar, a AID propõe que sejam identificados os atores diretamente envolvidos na regulação normativa, seus sistemas de crença e recursos de poder, abrindo-se ao exame empírico há muito deixado de lado no campo epistêmico ortodoxo do direito.

O *direito como linguagem* não se basta à regulação compositiva da crosta, mas se movimenta como *tornado* por todo o mapa analítico, passando seus diferentes níveis, do núcleo à exosfera.

Representada graficamente na figura 5, a AID, nesta aproximação experimental e provisória, pode ser assim ilustrada, com as setas bidirecionais enfatizando a dinâmica de retroalimentação e as setas circulares em cor escura destacando a ação circular de tornado do direito como linguagem integrante de todo o processo.

Figura 5



Resta, agora, conforme prometido, indicar, na forma de teses, alguns apontamentos para a pesquisa que se quer científica no direito público, deixando que a sua operacionalidade e adequação como marco teórico e metodológico venham a ser testadas com o tempo, pelo esforço daqueles que a quiserem adotar para guiar suas reflexões.

4. Conclusão

Ao final dessa empreitada expositiva, insisto que o delineamento cartográfico da AID constitui esforço no sentido da reflexão jurídica criativa e criadora, responsiva, mas também ativamente participe das transformações socioeconômicas; aberta à perene mudança da mente e das instituições, capaz de transcender a concepção médica do direito (voltado domesticadamente à regulação e solução de conflitos) em favor de uma perspectiva de “engenharia” institucional e imaginativamente construtiva (UNGER, 1996, p. 129). Esse pensamento, à semelhança do dito profético da tradição judaico-cristã⁵, interconecta a compreensão do presente jurídico à denúncia, portanto à crítica, e ao anúncio, à esperança da transformação por meio da interconexão do presente ao passado e ao futuro, fazendo do direito não apenas o receptáculo institucional dos experimentos levados a efeito na história, mas veículo das tentativas atuais de mudança orientadas a um futuro novo e esperançoso para a convivência humana (CORVAL, 2014).

A AID se quer estruturada para abrir espaço à imaginação transformadora⁶, conectada à capacidade humana de resistir, transpor e inovar, rompendo o aprisionamento imposto pelas finitas estruturas de pensamento, de sociedade e de personalidade (TEIXEIRA, 2011, p. 25). Quer-se, igualmente, orientada por uma mentalidade e uma institucionalização experimental, uma imaginação programática concebida como “conjunto sistemático de ideias com potencial para gerar uma dinâmica capaz de iniciar a ruptura das estruturas institucionais restritivas que organizam a economia e a política na forma como as conhecemos hoje.” (TEIXEIRA, 2010, p. 45).

Assim motivado é que se deseja finalizar com cinco apontamentos estruturantes para o desenvolvimento crítico do pensamento no direito público, partindo do referencial teórico-metodológico em que se constituiu a AID.

⁵Rápida introdução ao sentido do profetismo pode ser obtida em consulta ao respectivo verbete no Dicionário Brasileiro de Teologia (BOTELHO FILHO, 2008).

⁶A imaginação é, na AID, empregada como instrumental compreensivo, inspirado em inscrites de David Hume, Søren Kierkegaard e, mais recentemente, Nelson Goodman. Funda-se como categoria cognitiva e ontológica por dizer não apenas da pluralidade construtiva atinente à capacidade humana de conhecer, mas daquilo que denominamos mesmo realidade – trata, em um esforço de síntese, da mobilização dos indivíduos no sentido de conceber e criar visões de mundo e mecanismos para sua realização, os quais, tornados públicos, passam a afetar as apropriações criadoras de outros indivíduos e grupos, compondo molduras contextuais flexíveis que interagem, permanentemente, com novos processos imaginativos sem obstar sua singularidade. Criação compreensiva – ou compreensão criadora – que, embora reconheça a força das contingências sistêmicas, nem por isso deixa de assumir a singularidade e a novidade da agência humana; que não se satisfaz com a mera justaposição de vetores funcionais, estruturantes e de agência nem com o exercício lógico-racional, requerendo, antes, a integração inseparável da razão, dos sentimentos e da fé, estes últimos muito mais intensos que aquela.

Primeiro, a AID reclama a redefinição do campo epistêmico do direito e, evidentemente, do direito público. Postula que a reflexão administrativa transcenda a discursividade centrada na norma posta pela autoridade e destinada à aplicação executiva e à solução de controvérsias judicializadas, abrindo-se ao mapeamento da situação e à justificação do ordenamento, bem como à assunção do direito e do discurso sobre o direito como esquema simbólico constitutivo de uma versão de mundo portadora da peculiaridade de compreender, em si, múltiplos critérios de correção que, por sua vez, não se fixam, mantendo-se constantemente em reconstrução. Uma ordenação favorecedora da coerência argumentativa, porém alinhada a uma *racionalidade profética*, que não se basta na estética dos meios e pontos de vista nem descansa sobre uma teleologia rígida e definida, mas postula a construção crítica do presente mediante o olhar educador do passado e a visão desafiadora do futuro.

Nessa direção – e aqui o segundo apontamento –, a AID postula que o alinhamento do direito público à Constituição não se realize sob o espectro da hierarquia, mas da correspectividade. A constitucionalização do direito não pode ser compreendida, apenas, pela imposição da observância do balizamento formal dos princípios reitores dos poderes e funções públicos, ou pela observância dos direitos fundamentais, tanto na sua dimensão subjetiva como na objetiva. As subáreas jurídicas das finanças públicas, da administração e da Constituição, por exemplo, constitutivas do núcleo duro do direito público, pondo em suspenso a divisão de trabalho curricular, configuram uma totalidade instituidora do ordenamento permanentemente em mutação (CORVAL, 2009). A chamada constitucionalização do direito, pela perspectiva da AID, deve desnudar a atmosfera e, assim, expor à crítica os alinhamentos valorativos e políticos que, da década de 1990 até o presente, por exemplo, têm-se prestado no direito administrativo e financeiro à limitação da Administração pela invocação dos direitos subjetivos reputados fundamentais ao mesmo tempo em que, nos desenhos institucionais propostos, fomenta o alinhamento acrítico do país à agenda de minimização estatal e socialização mercantilizadora que aprisiona a cidadania e os pretendidos direitos à imagem do consumidor. A constitucionalização correlativa, na perspectiva da AID, há de impulsionar o caráter tradicionalmente instrumentalizado do direito público para além do perfil garantista individualizante e da responsividade à modelagem econômica externa. O direito público, pela AID, sem negligenciar as conquistas até agora obtidas, deve reintegrar as discussões de fabricação dos desenhos macro e microinstitucionais, reconhecendo que seu desenvolvimento é compositivo dos sentidos imputados à Constituição, não configurando

instrumentalidade apenas responsiva, mas autodeterminada e alinhada à programação constitucional coletiva, de caráter institucional-estruturante.

Em decorrência, como terceiro apontamento, reproblematicando as pressuposições que movem a normatividade pública, a AID tende a recomendar que se recupere uma dimensão substantiva para esse subcampo do direito: a tradição construtivista institucional das ciências sociais brasileiras. O direito público, integralmente pensado pela AID, reintroduz de certo modo impulso semelhante àquele com o qual Guerreiro Ramos (1995; 1996), voltado ao estudo das ciências sociais em geral, modelou a sua “redução sociológica”, ou seja, a perspectiva de autodeterminação voltada ao descortinar dos valores, percepções e estruturas dos problemas que efetivamente, a cada geração, constroem a sociedade, na busca das suas condições existenciais específicas. Um direito promotor da autodeterminação coletiva por meio da vinculação à coexistência cidadã, ao esclarecimento e ao despertar da autoconsciência, com indispensável reconhecimento de que se acham atrelados o nível de bem-estar, o desenvolvimento e o contexto histórico para que seja possível levar a efeito a transformação produtiva exigida dos países que, como o Brasil e demais vizinhos latino-americanos, industrializaram-se tardiamente e, também por isso, postulam que se promova a coordenação ótima das relações entre estado, mercado e sociedade. Um direito público que supere, no Brasil, o paradigma da transplantação adaptativa ao cenário global, típico do final da década de 1990 e início do século XXI, comprometendo-se, com certa prioridade léxica, com a necessidade de desenvolvimento e justiça social na ação administrativa.

O quarto apontamento que julgamos importante destacar neste momento diz respeito à necessidade de substituir o ponto de vista subjetivista individualizante da *relação jurídica* pela noção subjetiva molecular da *interação*. Mais do que alternância de nomenclaturas que guardam entre si certa sinonímia, quer-se, com a ideia de *interação*, instrumentalizar conceitualmente o movimento de transposição da relação normativo-formal entre posições subjetivas ativas e passivas ocupadas quando do exercício do poder-dever público, para introduzir os valores e interesses gerais e particulares que consubstanciam todo o complexo processo político, econômico e social que lhe dá sentido. Focar na interação, como aqui pretendido, mantendo os ganhos da perspectiva dinâmica tradicional, favorece a ruptura tanto do pensamento dicotomista do conflito estado-cidadão quanto de certas perspectivas pluralistas que idealizam a interação administrativa neutralizada pelo jogo da ponderação de princípios e da argumentação deliberadamente impessoal. Pela interação, ressalta-se todo o processo de disputa imaginativa político-econômica envolvida nas finanças públicas.

Finalmente, sem pretensão de exaustividade, o quinto apontamento. A AID, assumida como marco teórico-metodológico, indica pontos de desenvolvimento para a agenda de pesquisa conceitual no campo epistêmico do direito público. Enfatizamos por ora três pontos: (i) a necessidade de elaboração de uma teoria própria da interação jurídica pública, não se mostrando suficiente a invocação da teoria dos direitos fundamentais para operacionalizar os esforços de reconstrução macro e microinstitucionais; (ii) a revisitação dos conceitos básicos de ato, processo, atividade e poderes administrativos para fortalecer sua conexão à dinâmica da ação estatal, de modo a favorecer arranjos de simplificação, de participação social e de controle; (iii) e a inexorabilidade de repensar a ação prestadora e regulatória do estado, de modo a favorecer a construção crítica das alocações entre atividades públicas e privadas, reorientando a atividade estatal para além do pensamento disjuntivo entre eficiência e equidade ao assumir a interconexão de ambos os critérios e a prioridade léxica que o Brasil, assim como os demais países em desenvolvimento, exigem para a dimensão equitativa da justiça social.

Sobre o autor

Paulo Roberto dos Santos Corval é doutorando no programa de pós-graduação em Ciência Política da Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ; mestre em Ciência Jurídica pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), Rio de Janeiro, RJ; professor de Direito Financeiro e Tributário na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ.
E-mail: prscorval@vm.uff.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁷

COMPREHENSIVE ANALYSIS OF LAW (CAL): FIRST APPROACHES AND TRENDS FOR RESEARCH IN PUBLIC LAW

ABSTRACT: On law, as in other fields of knowledge, remains significant fragmentation between the prospect facing fundamental and constructive dimensions of the legal regulation and the prospect about operational and practical state action and public and private institutions, as well as guidelines and decision-making procedures relating to public problems. A Comprehensive Analysis of Law (CAL) is presented as an effort to overcome excessive fragmentation. Mapping of public policies is a source of inspiration for his theoretical and methodological structure. Still in development under the Interdisciplinary Study Group on State, Finance and Taxation, CAL has shown interesting

⁷Sem revisão do editor.

analytical framework to the issues of public law object of attention in the research group. In the end of this article you wish extract from CAL theoretical and methodological structure some notes for the purpose of contributing to the critical development of thought also in public law.

KEYWORDS: COMPREHENSIVE ANALYSIS OF LAW (CAL). PUBLIC POLICY. PUBLIC LAW.

Como citar este artigo

(ABNT)

CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. Análise Integral do Direito (AID): primeiras aproximações e apontamentos para a pesquisa no direito público. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 213, p. 81-111, jan./mar. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p81>.

(APA)

Corval, P. R. dos S. (2017). Análise Integral do Direito (AID): primeiras aproximações e apontamentos para a pesquisa no direito público. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(213), 81-111. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p81

Referências

BOTELHO FILHO, Fernando (Org.). *Dicionário brasileiro de teologia*. São Paulo: Aste, 2008.

CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. *Teoria constitucional e exceção permanente: uma categoria para a teoria constitucional no século XXI*. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. A sétima tese: uma contribuição ao pensamento jurídico-financeiro no Brasil. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 22, n. 119, p. 67-88, nov./dez. 2014.

_____. De volta à teoria da tributação. In: SEMINÁRIO SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO: DA MODERNIZAÇÃO À REDEMOCRATIZAÇÃO: 50 ANOS APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 18/1965, 1., 2015. Niterói, RJ. *Anais...* Niterói, RJ, dez. 2015.

FURTADO, Bernardo Alves; SAKOWSKI, Patrícia A. M.; TÓVOLI, Marina H. (Ed.). *Modelagem de sistemas complexos para políticas públicas*. Brasília: IPEA, 2015.

HAY, Colin. The crisis of keynesianism and the rise of neoliberalism in Britain: an ideational institutionalist approach. In: CAMPBELL, John L.; PEDERSEN, Ove K. (Ed.) *The rise of neoliberalism and institutional analysis*. Princeton: Princeton University Press, 2001. p. 193-218.

_____. *Political analysis*. New York: Palgrave, 2002.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Porto Alegre: Sulina, 2005.

MULLER, Pierre. L'analyse cognitive des politiques publiques: vers une sociologie politique de l'action publique. *Revue française de science politique*, v. 50, n. 2, p. 189-208, 2000. Disponível em: <http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/rfsp_0035-2950_2000_num_50_2_395464>. Acesso em: 10 fev. 2017.

- _____. *Las políticas públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- RAMOS, Alberto Guerreiro. *Introdução crítica à sociologia brasileira*. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 1995.
- _____. *A redução sociológica*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1996.
- SABATIER, Paul A.; WEIBLE, Christopher M. The advocacy coalition framework: innovations and clarification. In: SABATIER, Paul A. (Ed.) *Theories of the policy process*. 2. ed. Boulder, CO: Westview Press, c2007.
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania e justiça: a política social na ordem brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1994.
- TEIXEIRA, Carlos Sávio. Experimentalismo e democracia em Unger. *Lua Nova*, n. 80, p. 45-69, 2010.
- _____. Uma filosofia política para a transformação. *Revista Estudos Políticos*, v. 2, n. 3, p. 22-34, 2011.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *What should legal analyses become?*. New York: Verso, 1996.

Imputação moral orientada à vítima como problema de imputação objetiva

EDUARDO SAAD-DINIZ
GUSTAVO DE CARVALHO MARIN

Resumo: Neste artigo, analisa-se de que modo os processos de imputação moral orientados às vítimas influenciam a compreensão destas nas teorias da imputação objetiva de responsabilidade penal. Revisitando os estágios evolutivos dos estudos vitimológicos, o trabalho recorre à orientação moral sugerida pela teoria social e pelas teorias da comunicação, buscando identificar referências válidas para reinterpretar a realização das liberdades pessoais da vítima por meio da imputação penal.

Palavras-chave: Vítima. Imputação objetiva. Teorias da comunicação. Teoria social. Imputação penal.

1. Imputação objetiva: que mais pode ser dito?

As teses sobre a imputação objetiva de responsabilidade, desde seus estudos pioneiros na doutrina brasileira, têm dedicado pouca ou nenhuma atenção aos processos de imputação moral orientada à vítima. A forte influência da política criminal na moderna dogmática impôs debates sobre os limites e os critérios de relevância da lesão a interesses de terceiros. Porém, se bem é certo que promovem importante operação de deslegitimação dos abusos da sanção penal, a apropriação político-criminal da dogmática jurídico-penal tem demonstrado resultados de baixo rendimento para uma melhoria efetiva do Sistema de Justiça criminal, especialmente no que diz respeito ao caso brasileiro, obsessivo na sua cruzada pelo encarceramento em massa. O elevado nível de contingência e subserviência desse comportamento decisório em face das relações de poder político condena a imputação de responsabilidade a um estado de infracomplexidade teórica, afetando a coerência sistêmica

Recebido em 20/6/16
Aprovado em 15/8/16

e a consistência funcional que confere legitimidade ao caráter vinculante das normas penais¹. Ainda que apresentem uma série de variantes, as teses de política criminal promoveram uma verdadeira supremacia do idealismo alemão, fazendo incidir sobre os processos de atribuição de responsabilidade penal juízos de relevância orientados à função apelativa de provocar a “pré-compreensão da sensibilidade de Justiça” (PAWLIK, 2012, p. 50).

O principal entrave das interpretações convencionais é que a centralidade do conceito de autonomia no direito penal cinde a realidade do indivíduo e a capacidade de rendimento da tutela estatal, sem que o comportamento dos indivíduos e a distribuição de suas liberdades pessoais ascendam à formação das normas penais – ou seja, sem racionalizar um Sistema de Justiça criminal centrado na promoção de condições para a realização subjetiva. Para dar conta desse problema, além da revisão dos próprios postulados de imputação objetiva, que envolvem modificações significativas na estrutura do delito e a fundamentação da pena (PAWLIK, 2012, p. 258), os processos de legitimação material de uma “justa” distribuição das liberdades pessoais oferecem um reduzido espaço à compreensão do lugar da vítima no Sistema de Justiça criminal.

Neste trabalho, recorrendo a uma revisão sistemática dos estudos de vitimologia, assume-se como hipótese a necessidade de revisão crítica orientada pelas gramáticas morais da teoria social, como uma releitura do lugar da vítima e dos processos de vitimização que pretende reacender as justificações morais em torno das quais a interpretação do direito penal redimensiona suas relações interpessoais. Por meio da revisão dos postulados da vitimologia, o artigo se propõe a analisar a posição da vítima com base na orientação moral sugerida pela teoria social e pelas teorias da comunicação, com a finalidade de identificar referências válidas para se reinterpretar a realização das liberdades pessoais da vítima por meio da imputação penal.

2. Vitimologia: capítulo esquecido das ciências criminais?

Inicialmente, a importância da vítima em sua relação com o direito penal se fragmentava em dois períodos distintos. No primeiro deles, a “idade de ouro”, atribuía-se à vítima ou a seus próximos a possibilidade de reagir ao injusto sofrido, baseando-se em mecanismos inclinados à ideia de vingança privada. Gradativamente, contudo, à medida que o

¹Recentemente, a construção de um sistema de imputação objetiva pode ser encontrada em Jakobs (2012, p. 16).

direito penal se consolida como ramo do direito público e o Estado detém o monopólio do exercício do poder punitivo, inicia-se um processo de neutralização da vítima no sistema jurídico-penal. O que em princípio constituía uma tentativa de consolidar critérios objetivos para atribuição de responsabilidade penal, visando assegurar que excessos passionais não vulnerassem direitos do ofensor, acabou por converter a vítima em mero sujeito passivo do delito, inserido em posição de neutralidade. Esse lugar reservado à vítima acabou permanecendo reduzido, restringindo-se principalmente a (i) suas pretensões reparatórias e indenizatórias – o que, todavia, guarda relação muito mais com mecanismos privados de reparação do dano e restauração do conflito (SILVA SÁNCHEZ, 1998, p. 145-147)² –, e, (ii) no plano processual penal, a seu papel como relevante fonte de prova para o convencimento decisório (ESER, 1992, p. 18)³.

² A criação de mecanismos civis de reparação, na realidade, é reconhecida como método relevante de prestar assistência às vítimas de crime e seus familiares, sendo inclusive uma das ferramentas previstas na *Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder*, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1985. Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas ressalta que o ressarcimento a cargo do infrator, bem como a indenização por parte do Estado podem ser fontes relevantes de recursos para vítimas incapazes de recuperar por si mesmas as condições necessárias para sua sobrevivência, perdas em decorrência da vitimização sofrida. Para maiores detalhes acerca da operacionalização destes instrumentos na legislação brasileira, em consonância com as normas internacionais, ver Freitas (2011, p. 9-24). O problema parece não ser isoladamente a transferência de facultades às vítimas no âmbito jurídico-civil, mas sim a desarticulação desses mecanismos com outras formas de assistência, além da tímida revalorização da vítima como sujeito moralmente responsável *também* em matéria jurídico-penal.

³ Sobre o tema da vítima e o processo penal no Brasil, ver Antonio Fernandes (1995). Desenvolvendo o assunto, Marcio César Alvarez et al. analisa as correlações entre o modelo processual penal brasileiro e as vítimas do delito, com base em duas iniciativas legislativas que, a seu ver, prestariam uma atenção diferenciada às pessoas afetadas pelo delito. A primeira seria a Lei nº 9.099/1995, a qual instituiu os Juizados Especiais Criminais e positivou mecanismos restaurativos e consensuais de resolução

Uma das consequências dessa passagem foi o progressivo alheamento da vítima das discussões das ciências criminais, as quais concentraram seus esforços na problematização da relação entre Estado e agente. Nessa tendência neutralizante, primeiramente em plano abstrato, a vítima é considerada sujeito com interesses juridicamente garantidos, que conta com uma promessa de atuação estatal no caso de eles serem violados. Posteriormente, se concretizado o injusto típico, é ela então encarada como receptora do delito, figura anônima que se dissolve na supraindividualidade do interesse protegido. Ambas as percepções se estruturaram e persistem na indiferença de observações vitimológicas, que buscam compreender a vítima como um sujeito que sofreu perturbações decorrentes de um conflito humano, que carece de atenção individualizada e que tem algo a comunicar acerca de sua experiência com a vitimização. Se a absolutização das perspectivas da vítima poderia conduzir o Sistema de Justiça a uma configuração particularista e imediatista, parece verdade também que a oficialização do problema penal

de conflitos, buscando “combater a despersonalização do conflito e os efeitos vitimizadores da abordagem clássica jurídico-punitiva”. A segunda, surgida em larga medida com base na constatação de que a Lei nº 9.099/1995 mostrava-se subcomplexa para lidar com os problemas vivenciados por vítimas de violência de gênero, consistiria na Lei nº 13.840/2006 (Lei Maria da Penha), a qual, além de trazer novas tipificações penais relacionadas a tais formas de violência contra a mulher, estruturou mecanismos processuais voltados à prevenção dessas formas específicas de vitimização. No entanto, por meio de uma pesquisa empírica – com observações e entrevistas semipadronizadas de vítimas e atores do Sistema de Justiça –, verificou-se que mesmo medidas legislativas como essas não foram suficientes para atribuir um efetivo protagonismo às vítimas no plano processual penal brasileiro. Muitas dessas conclusões se devem a déficits na implementação prática dos dispositivos previstos em tais documentos normativos. Embora de forma não exaustiva, tais déficits constatados pelos pesquisadores passam pela escassez de condições efetivas para que a vítima demonstre seu ponto de vista no curso do processo, bem como pela insuficiente aplicação de mecanismos de natureza protetiva e satisfativa (ALVAREZ et al., 2010).

e as construções dogmáticas dela advindas desconsideraram a vítima como sujeito protagonista do conflito que se pretende regular (HERRERA MORENO, 1995, p. 481-489)⁴.

Ainda que essa progressiva preocupação com a vítima estivesse relacionada fundamentalmente aos limites de legitimação da imputação penal ao ofensor, a orientação à vítima na dogmática penal, no entanto, parece não haver acompanhado a evolução histórica das investigações vitimológicas. Partindo de um estágio em que se buscava classificar as espécies de vítimas e delimitar hipóteses de “precipitação vitimal”, a compreensão da vítima como pessoa introduz a experiência de vitimização ao mesmo tempo individual e socialmente contextualizada. Revisitar os estágios evolutivos da vitimologia pode auxiliar não apenas no entendimento dos motivos que levaram as ciências criminais a se mostrarem pouco receptivas às preocupações vitimológicas, mas também na delimitação de possíveis novas indagações quanto aos processos de imputação moral orientada à vítima. Ainda que a problemática da vítima tenha sido analisada em estudos anteriores, o termo vitimologia foi cunhado por Benjamin Mendelsohn em 1947 (DUSSICH, 2006, p. 116) e, em 1948, foi publicada a primeira investigação mais sistemática acerca da figura da vítima. Em seu *The criminal and his victim*, Hans von Hentig enfatizou principalmente a contribuição da vítima à sua própria

vitimização. Nessa perspectiva teórica, a vítima passa a ter alguma relevância na condição de agente moralmente responsável, tendo em vista que seu comportamento e suas interações com o agente passam a ser trabalhadas como elementos importantes para a compreensão do crime – o que difere de sua posição anterior como mero e estático sujeito passivo do delito (FATTAH, 2000, p. 22-23). Esse momento inicial da vitimologia, por mais que tenha impulsionado o movimento científico de “redescoberta da vítima”, é ainda bastante problemático.

Pouca atenção se dedica ao sujeito afetado pelo delito como pessoa, cuja experiência empírica e necessidades concretas devem ser levadas em consideração na atribuição de responsabilidade penal. Uma das críticas a tais estudos vitimológicos originais é justamente que, ao buscarem distribuir entre os dois polos da interação as responsabilidades pelo delito, acabam por fornecer argumentos que viabilizam a responsabilização das vítimas por seu próprio sofrimento (*blaming the victim*). O especial interesse desse campo de estudo por alternativas não punitivas – seja ao não se responsabilizar o ofensor, seja ao propor alternativas reconciliatórias – seriam pautadas pela busca de um *equilíbrio*, consubstanciado no direcionamento de uma atenção humanitária pretensamente igual à vítima e ao ofensor. Entretanto, tal equilíbrio pode ser de difícil justificação em determinados cenários, especialmente nas relações interpessoais em que se faz presente uma assimetria de poder (VAN DJIK, 1999, p. 2-3). Seria esse o caso de agressões relacionadas a questões raciais, de gênero ou de orientação sexual, além de outros contextos de vulnerabilidade da vítima e déficits democráticos históricos, acentuando-se diante da concentração de poder político ou econômico por parte do ofensor. A busca de uma atenção indiferenciada ao ofensor e à vítima poderia

⁴Descrevendo o isolamento da vítima tanto no âmbito científico como nas práticas do Sistema de Justiça, Myriam Herrera Moreno (1995, p. 481-489) afirma que tal “desterro prático, apenas parcialmente levantado ou suavizado pelas doutrinas jurídicas posteriores, acarreta especial carga onerosa à instituição vitimal. Com efeito, o estudo teórico e empírico do fenômeno criminal, a compreensão do delinquente e seu mundo, será, a não muito tardar, objeto científico entusiasticamente abraçado pela já próxima disciplina criminológica; muito ao contrário, a vítima constituirá, por longos anos todavia, uma espécie de ‘holandês errante’, visualizado como visão aflitiva, tão eterna como irremediável, entre o fluxo das ondas das nascentes ciências penais”.

ter como consequência a vulneração das liberdades pessoais da vítima, cujas perspectivas e necessidades poderiam ser silenciadas em virtude da incapacidade da resposta penal de atuar em contextos de assimetria social.

Essas críticas às etapas iniciais dos estudos vitimológicos despertaram a necessidade de serem redefinidas as redes teóricas e institucionais dedicadas à problemática da vítima. A introdução de novas ideias, especialmente após a década de 1980, impulsionou a vitimologia a adotar uma agenda científica propositiva qualitativamente diversa daquela que mobilizava os estudos característicos de sua fase inicial. O desenvolvimento da compreensão da vitimologia envolveu iniciativas integradas, como a coleta de dados, a formulação de novas teorias, a criação de programas, além da instituição de mecanismos processuais, com o propósito de ajudar vítimas a se recuperarem do trauma decorrente da vitimização – movimento de reconfiguração científica que influenciou e, ao mesmo tempo, foi alavancado por avanços legislativos internos aos países e em âmbito transnacional. Um dos passos mais importantes foi a aprovação pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1985, da *Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder*, na qual se reafirma a existência de milhões de pessoas que sofrem os danos decorrentes de crime e abuso de poder, constatando-se ainda que os direitos dessas vítimas “não têm sido adequadamente reconhecidos” (FATTAH, 2000, p. 26-27)⁵.

Com isso, a vitimologia gradativamente ganha um novo enfoque: se antes os estudos buscavam precipuamente compreender formas pelas quais o “ofendido” contribuía para o delito, a nova orientação vitimológica encara essa tendência com restrições, dedicando-se na realidade a compreender cientificamente novos preenchimentos morais do processo de vitimização, na linha de reafirmação das liberdades pessoais. A percepção passa a ser de que o vitimólogo não se confunde com a vítima, mas tem com ela um compromisso que é levado adiante em suas pesquisas. É nesse sentido que a vítima é trabalhada como um vínculo entre sociedade e ciência, que compreende as experiências individuais de vitimização e as demandas sociais relacionadas como genuínos objetos de estudo (HERRERA MORENO, 2012, p. 74-75).

A vitimologia passa, dessa forma, a ganhar contornos mais críticos, contexto teórico em que se busca compreender as estruturas sociais em

⁵ Consta dessa Declaração o conceito de vítima: “pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido dano, inclusive lesões de ordem física ou mental, sofrimento emocional, prejuízo econômico ou debilitação substancial de seus direitos fundamentais, por atos ou omissões praticadas em violação às leis penais em vigor nos Estados Membros, incluindo-se nele que proíbem o abuso criminoso de poder” (NAÇÕES UNIDAS, 1985).

que se realiza cada processo de vitimização, bem como de que forma a vítima, como sujeito empírico, se relaciona ou pode vir a se relacionar com tais estruturas. Para esse novo quadro, as experiências individuais de sofrimento assumem relevância como objeto de estudo, mas também revelam o potencial das vítimas de, dinamicamente, *manter* ou *modificar* as condições estruturais em que atuam socialmente.

Não é por outra razão que os movimentos de defesa dos direitos das vítimas são fundamentais para as pesquisas desenvolvidas nessa nova linha de investigação vitimológica, na medida em que, neles, as pessoas não apenas interpretam o conteúdo de sua vitimização, como também buscam formas de avaliar criticamente as estruturas que ensejaram o conflito e propor mecanismos de superação dos problemas vivenciados⁶. Se antes os estudos sobre a “precipitação vitimal” consideravam as vítimas – de certo modo – como moralmente responsáveis, a fim de compreender como a condução livre de suas vidas poderia aumentar os riscos de materialização do delito, a evolução da vitimologia expande de forma significativa essa atribuição de capacidade moral: a vítima não apenas interage com o criminoso, como também (i) possui e comunica uma experiência individual de vitimização; (ii) é situada em um contexto social estrutural que, em maior ou menor medida, influencia o delito e a forma que ele assume; e (iii) atua socialmente no sentido de se relacionar mais ou menos criticamente com tais estruturas sociais, seja de forma individual ou em associação. Essa confluência entre a produção científica e as teses de reafirmação das liberdades pessoais da vítima resultou em seu maior reconhecimento como sujeito relevante para a ordem jurídica e moralmente responsável, na medida em que lhe é reconhecido potencial protagonismo na interação com o meio social, despertando ainda a atenção para a necessidade de se adotarem medidas de proteção adequadas às distintas formas de vitimização.

Entretanto, sob outro ponto de vista, Ezzat A. Fattah (2000, p. 25) atenta para o fato de que o mesmo processo de reorientação vitimológica teve como efeito colateral sua apropriação por razões populistas, na linha da vingança social e do ideário de lei e ordem. Esse acoplamento do discurso de defesa dos interesses das vítimas se deu por meio

⁶Como exemplo paradigmático da reconstrução do pensamento vitimológico como afirmação das liberdades pessoais da vítima, os movimentos feministas expuseram como as bases vitimológicas tradicionais não consideravam realidades materiais que inseriam mulheres em determinadas posições sociais que acabavam por influenciar até mesmo a construção da noção de vítima. Com isso, estimulou-se a discussão acerca da abertura do conceito de vitimização para o sofrimento vivenciado pelas mulheres no âmbito privado, discutindo-se como o direito poderia desenvolver formas mais adequadas de resposta à vitimização feminina. As mulheres vítimas, por sua vez, eram consideradas não meros sujeitos passivos de um comportamento delitivo, mas agentes verdadeiramente ativos, com estratégias próprias de sobrevivência e resistência. Sobre esse conjunto de ideias, ver Walklate (1990).

de sérias distorções. Não obstante se verifique a existência de movimentos que exigem contundentemente a exasperação punitiva como forma de proteção⁷, as respostas estatais à criminalidade ficaram longe de abranger a complexidade das exigências canalizadas por esses agrupamentos sociais.

Para além das demandas por recrudescimento punitivo, parcela significativa dos grupos em questão assumem agenda de compensação, assistência, reconhecimento e proteção das pessoas afetadas pelo delito. Esses fragmentos do discurso vitimológico, entretanto, encontraram pouco amparo nas propostas estatais mais comuns de gerenciamento da criminalidade, centradas quase que exclusivamente na justificação moral do reforço penal com base em uma vítima simbolicamente construída. A vítima deixa de ser uma pessoa socialmente atuante, que merece atenção por ter sofrido os efeitos de um delito, e cujo cuidado se coaduna com a proteção de interesses sociais mais amplos. Em vez disso, reverte-se em construção abstrata de *personagem representativa*, que exterioriza as preocupações securitárias da sociedade e que serve à justificação do populismo punitivo (GARLAND, 2005, p. 47; 341). Longe de elevar as vítimas à condição de sujeitos, cujas comunicações efetivamente repercutem sobre as definições das políticas criminais, tal distorção na realidade acaba por mantê-las em seu já conhecido estado de isolamento – desta vez, no entanto, agravado por uma instrumentalização política que não faz mais que camuflar a perpetuação da indiferença com relação à vítima, não reconhecida como agente moralmente responsável e comunicativamente capaz de *realmente* to-

⁷ Para analisar criticamente movimentos de vítimas brasileiros e suas demandas por recrudescimento penal, ver Pastana (2003, p. 103-108). Sobre o assunto, ver também Shecaira (2011, p. 65-66).

mar parte no processo de criação e interpretação das normas penais.

Não por acaso, é comum entre os penalistas a ressalva à capacidade da dogmática jurídico-penal de recepcionar as tensões morais que compõem o processo de vitimização e as respostas a ele conferidas pela sociedade. A participação de movimentos de defesa dos direitos das vítimas na conformação das normas penais é interpretada como um elemento frequentemente causador de irracionalidade na produção legislativa, argumento com base no qual se estabelece uma duvidosa conexão entre (i) as pressões sociais por proteção penal de vítimas e (ii) a instituição de medidas punitivas de especial gravidade (DÍEZ RIPOLLÉS, 2003, p. 36-37). A manifestação dessa desconfiança acaba por restringir o potencial de reorientação do processo de imputação moral orientado à vítima, principalmente pelo receio de reposição de certos níveis de revanchismo nas ideias penais (SILVA SANCHEZ, 2009).

Mais especificamente, nas teses sobre a imputação objetiva, essa restrição torna-se ainda mais evidente. Se é certo que houve algum diálogo entre o direito penal e as ideias de matiz vitimológica nesse campo, também é verdade que isso está adstrito às linhas teóricas características dos momentos originais da vitimologia, mais propensas à categorização do comportamento da vítima que contribui para a produção de determinado resultado⁸. Embora nem sempre recorrendo a noções “vitimodogmáticas”⁹, a dogmática jurídico-penal de tradição alemã concentrou

⁸ Para um enfoque mais propriamente vitimodogmático, ver Schunemann (2002).

⁹ Acerca do desenvolvimento dos estudos vitimodogmáticos e da passagem às diferentes teorizações mais voltadas à noção de imputação objetiva, ver Bonet Esteve e Hassemer (1999, p. 209). Sobre o tema e especificamente sobre as discussões para o direito penal brasileiro, ver Greco (2004).

suas investigações de orientação à vítima nas consequências da “autocolocação em perigo” para a teoria do delito, principalmente como problema de imputação objetiva¹⁰. Também chamada de “imputação à vítima”, a autocolocação em risco funda-se em dois postulados principais: a liberdade pessoal e o princípio da autorresponsabilidade, por meio da afirmação de que um Estado que trata seus cidadãos como moralmente imputáveis atribui a eles a responsabilidade pelas consequências de suas ações, inclusive com relação à possibilidade de uma autolesão ou autocolocação em risco¹¹. A orientação à vítima exerceu influência direta sobre a teoria do injusto penal, especialmente no plano da tipicidade, com a delimitação de critérios de imputação objetiva, em que se buscava atribuir à vítima a corresponsabilidade pela ocorrência de um determinado risco ou resultado danoso, originado de sua ação livre e consciente¹².

Contudo, essas construções teóricas parecem se caracterizar por uma ambivalência

¹⁰ Em 1993, Cornelius Prittwitz atualiza essa discussão por meio da problematização da tensão entre direito penal e risco. O debate tem como ponto de partida o delito de periclitación da vida e os critérios de punibilidade que incidem nas hipóteses em que uma pessoa infectada pelo vírus HIV se relaciona sexualmente com um determinado parceiro, sem informá-lo acerca de sua condição. Tal discussão permite a Prittwitz a cisão entre, de um lado, um direito de absorção simbólica das expectativas sociais por produção legislativa e, de outro, a criação de uma “dogmática do risco” voltada ao delineamento de mecanismos de prevenção de perigos (PRITTWITZ, 1993, p. 27-28).

¹¹ Para maior aprofundamento e problematização dessa teorização na perspectiva da imputação objetiva, ver Polaino Navarrete e Polaino-Orts (2015, p. 122).

¹² A autorresponsabilidade seria delimitada por uma série de critérios que, se presentes, retirariam o conteúdo de injusto da conduta: (i) a disponibilidade do interesse colocado em risco pela vítima; (ii) que ela seja seu titular único; (iii) que ela tenha capacidade de dar consentimento; (iv) que o consentimento não seja prestado em decorrência de fraude, coação ou violação de um dever; (v) que o consentimento seja dado antes da ocorrência do fato que gerou o resultado; (vi) que o conteúdo desse consentimento não seja contrário ao núcleo fundamental de uma determinada ordem jurídica concreta (TAVARES, 2002, p. 290-291).

no que concerne à imputabilidade moral da vítima, em suas possíveis correlações com o problema da imputação objetiva. De um lado, por mais que a dogmática jurídico-penal da imputação à vítima eleve o risco de submissão a situações de vulneração de direitos – como veiculado pela crítica vitimológica –, é certo que tais modelos teóricos conferem à vítima espaços de liberdade nos quais ela é reconhecida como sujeito capaz de gerenciar, de forma autorresponsável, os riscos que derivam de suas próprias decisões. Por outro lado, parece igualmente verdadeiro que essas mesmas esferas de liberdade são abstratamente reconhecidas à vítima *apenas* na medida em que sua imputação moral serve à limitação do poder punitivo que incidiria sobre o ofensor. A unilateralidade do movimento de imputação moral à vítima pode levar à desconsideração não apenas das circunstâncias concretas em que se deu o exercício de sua liberdade de avaliação e escolha, mas também de outras formas pelas quais as mediações normativas poderiam considerar as vítimas como agentes moralmente imputáveis.

A dogmática jurídico-penal relega a um segundo plano outros modos pelos quais a capacidade comunicativa da vítima e sua experiência individual de vitimização poderiam contribuir para a definição dos critérios que permitem realizar a imputação objetiva – para além, portanto, das hipóteses de consentimento e da autocolocação em risco. Uma reorientação dos processos de imputação em direção à vítima, reconhecendo-a como agente moralmente capaz cuja perspectiva importa, aporta novos elementos para uma nova conformação do sistema jurídico-penal, aproximando-o das tendências do pensamento vitimológico. Afinal, com base na consideração da vítima como sujeito individualizado e protagonista do conflito criminal, o delito repercute diferentemente

te na medida em que também distintas são as circunstâncias das vítimas e as estruturas de uma determinada realidade social em que se realiza o delito, de modo que conhecer as situações e os padrões de vitimização pode fornecer o material necessário para formulação de melhores estratégias de resposta penal à criminalidade.

Nessa linha de revalorização da vítima para a imputação objetiva, o conhecimento de *quantos* e *quem* são de fato os sujeitos afetados pelo delito permite a coleta de dados que expõem realidades nem sempre contempladas pelas estatísticas oficiais¹³, pelas ciências criminais ou por aqueles responsáveis pela conformação das intervenções punitivas. Pesquisas que englobam os processos de vitimização permitem a obtenção de informações, como a amplitude e a distribuição da criminalidade, o perfil das vítimas reais e potenciais de um determinado delito, a aferição de indicadores que permitem avaliar o funcionamento do Sistema de Justiça criminal, além da possibilidade de se verificar o modo e intensidade pelos quais certos crimes repercutem sobre diferentes vítimas (CUAREZMA TERÁM, 1996, p. 305-306)¹⁴. Com base nisso, torna-se possível não apenas a construção de teorias mais sensíveis ao problema das vítimas, mas também a formulação de políticas mais elaboradas de prevenção da criminalidade, com lastro em evidências válidas e confiáveis¹⁵.

Mesmo assim, o conhecimento das vítimas ganha maior capacidade de rendimento se aliado à atribuição de *accountability* moral. As vítimas

¹³ Além da desconsideração da cifra oculta, Sergio Adorno identifica uma série de outros problemas envolvendo as estatísticas oficiais acerca do delito, entre os quais a interferência de critérios burocráticos na mensuração da criminalidade e na avaliação do desempenho da administração em seu gerenciamento; as negociações paralelas frequentes entre agressor, vítima e poder público; a desistência da vítima em levar seu caso ao conhecimento dos poderes públicos, geralmente por desconfiança nas instituições do Sistema de Justiça (ADORNO, 1999, p. 136). Em outro trabalho, no entanto, o mesmo autor ressalva que também as pesquisas vitimológicas precisam ser analisadas com algumas ressalvas: embora sejam comumente conduzidas com grande sofisticação metodológica, têm como obstáculo o fato de lidarem com a memória das vítimas (ADORNO, 1998, p. 30).

¹⁴ Para análise dos resultados da *International Crime Victims Survey*, ver Pérez Cepeda e Benito Sánchez (2013, p. 5-8).

¹⁵ Utilizando classificação de Jan van Dijk e J. de Waard (1991, p. 488-489), no plano da prevenção primária (a qual engloba intervenções sobre um público menos específico, mais difuso), é possível a conscientização da população acerca de formas comuns de se precaver contra o delito, geralmente por meio de campanhas informativas sobre como evitar ser vitimado. Já a prevenção secundária tem como enfoque parcelas da população consideradas vulneráveis a certas formas de vitimização, de modo que o conhecimento acerca de quem são esses grupos de risco viabiliza a formulação de políticas específicas contra aqueles delitos mais frequentes. Por fim, possibilita-se com maior segurança a implementação de mecanismos de prevenção terciária, tais como instrumentos de assistência, suporte, compensação e formas alternativas de gerenciar os conflitos, todos com a orientação comum de ajudar vítimas a superarem problemas de ordem prática e emocional decorrentes de sua vitimização. Os autores definem a prevenção da criminalidade como "o total de todas as iniciativas privadas e políticas estatais outras que não a aplicação do direito penal, direcionadas à redução do dano causado pelos atos definidos como criminosos pelo Estado". Desse modo, das medidas de prevenção em suas três escalas, van Dijk e Waard excluem a investigação criminal, a condenação, a punição e a execução das penas.

passam a ser ouvidas não na condição de meros sujeitos passivos, afetados por um comportamento delitivo e carentes de uma proteção estatal verticalizada. Em vez disso, tornam-se agentes verdadeiramente ativos, cujos direitos, responsabilidades e mundivivências importam para a compreensão do delito e para a delimitação de formas mais apropriadas de gerenciá-lo. A imputação moral da vítima a desloca para a condição de sujeito empírico que interage ativamente com o agente, com as estruturas sociais – seja para sua sustentação ou enfrentamento – e com o próprio Sistema de Justiça criminal. A superação da indiferença às pessoas afetadas pelo delito, compreendendo-as como sujeitos cuja perspectiva individual é considerada relevante e levada a sério, pode tornar as intervenções jurídico-penais mais condizentes com relação às demais políticas não punitivas de atendimento às vítimas, reduzindo a seletividade das medidas penais e incrementando as práticas do Sistema de Justiça.

O resultado tem grandes chances de ser não apenas um ganho em *crime prevention*, mas, com base na valorização da imputação moral orientada à vítima, também a determinação da vítima como sujeito empírico dotado de capacidade comunicativa e protagonista do conflito criminal juridicamente regulado. O problema passa a se definir *se e em que medida* é possível transpor esse novo preenchimento moral às categorias da teoria do delito, especialmente na redefinição de critérios para a imputação objetiva. Quer dizer, a imputação moral orientada à vítima requer dos cânones da teoria do delito a necessidade de equacionar, de um lado, (i) a admissão da experiência delitiva como fator *individualizado*, socialmente contextualizado e que informa a interpretação penal; e, de outro, (ii) a necessidade de se conformar, com base nisso, um sistema de distribuição de responsabilidade penal cuja aplicação se estende a uma generalidade de casos, delimitando-se formas de imputação jurídica que estejam acompanhadas da imputação moral dos indivíduos relacionados ao problema criminal analisado.

3. Imputação moral e o reconhecimento da vítima como problema de imputação objetiva

A tentativa de uma reorientação da atenção dispensada à vítima nos debates em torno dos conflitos penais teve como efeito colateral a distorção por *policy makers* das repercussões para o Sistema de Justiça criminal. A reorientação à vítima não escapa à ambiguidade de promover políticas rígidas de enfrentamento à criminalidade, cujo conteúdo não apenas desafia as noções liberais de pena proporcional, como também abre espaço para a justificação utilitária da sanção penal como

instrumento de neutralização de indivíduos perigosos. Michael Tonry (c2011, p. 5), descrevendo a experiência inglesa a partir do final da década de 1990, demonstra como as políticas – caracterizadas pela facilitação de condenações e por um recrudescimento punitivo – eram expressamente legitimadas pelas lideranças governamentais britânicas como uma forma de “reequilibrar o sistema [de justiça criminal] em favor da vítima”¹⁶. No entanto, essa tendência não implicou efetiva superação da indiferença direcionada pelo sistema penal à perspectiva da vítima e a suas experiências concretas com o delito. Mesmo nesses contextos de pretensa revalorização da vítima, o foco das intervenções punitivas continuava a ser, essencialmente, o ofensor – antes a ser reabilitado, agora inocuizado. Já a vítima é convertida em mera personagem simbólica, instrumentalizada nas justificações políticas das medidas de recrudescimento, as quais, por sua vez, mostravam-se essencialmente desconectadas da complexidade dos discursos de reafirmação das liberdades pessoais da vítima.

As novas tendências consolidaram o já conhecido estado de isolamento das vítimas, na medida em que não as consideram como agentes morais cujas perspectivas individualizadas são relevantes para a interpretação penal, além de não as levar efetivamente em conta na definição das políticas de gerenciamento do problema delitivo. Tanto o *welfarismo* penal como as políticas de inocuização parecem, na realidade, tratar seus destinatários mais como *objetos* de uma intervenção estatal e menos como *sujeitos* efetivamente participantes da vida social (GÜNTHER, 2014, p. 4). Ao seguirem

¹⁶ Além disso, mais adiante em seu texto, o autor traz ainda a discussão para o modelo estadunidense, argumentando que as leis *three-strikes* eram incapazes de serem moralmente justificadas, por gerarem a aplicação de penas desproporcionais, que comprometem a coerência de um sistema penal.

essa linha, desconsideram os indivíduos como agentes morais que, não obstante falhos e por vezes inclinados à transgressão, são capazes de apreender os apelos normativos e a censura veiculada por meio da reação penal (VON HIRSCH; ASHWORTH, 2005, p. 23).

Isso denota, primeiramente, uma possível aproximação entre a imputação jurídico-penal e a imputação moral dos indivíduos, despertando para a possibilidade de se desenvolver um processo mais amplo de redefinição dos modos pelos quais o sujeito se insere nas categorias dogmáticas: a capacidade de agir e de ser imputado guarda relação direta com a compreensão da *pessoa* como sujeito moralmente capaz de agir e se expressar, responsabilizando-se pelas comunicações que exterioriza. Nesse modelo teórico, a responsabilidade está inserida em diversas interações comunicativas da sociedade e pressupõe a existência de indivíduos dispostos a comportamento crítico com relação tanto a esferas de organização alheias quanto às pretensões de validade levadas a cabo por eles próprios (MACHADO; PUSCHEL, 2013, p. 255). Essa “guinada reflexiva” no conceito de responsabilidade parecer ter o potencial de redefinir a própria noção de imputação, na medida em que os critérios para realizá-la passam a ser compreendidos não como elementos prévia e substancialmente dados por um programa apriorístico, mas sim construídos por meio de interações sociais que pressupõem a existência de agentes moralmente imputáveis. Em decorrência desse trânsito a um paradigma comunicativo¹⁷ e dessa

¹⁷ Enquanto o agir orientado a consequências implica coordenação intersubjetiva *estratégica* que se funda no entrosamento de cálculos egocêntricos de ganho, no “agir comunicativo” há uma orientação ao “entendimento mútuo”: os atores estabelecem que perseguirão seus fins apenas se houver um acordo prévio ou potencial acerca da situação e das consequências previstas. Com isso, a teoria social crítica é reconstruída em torno de um paradigma comunicativo, segundo o qual a consciência indi-

atribuição de maior relevância aos processos de imputação moral dos indivíduos, a pessoa é interpretada como “fonte autogeradora” de suas condutas e manifestações, com *competência performativa* para se posicionar criticamente frente a suas escolhas e circunstâncias¹⁸.

A condição da pessoa como moral e juridicamente imputável não advém tão somente das capacidades cognitivas individualizadas de autorregulação e autoconsciência. Na realidade, o juízo de imputação busca seu fundamento nos processos de reconhecimento mútuo entre indivíduos¹⁹ – iguais entre si e

vidual se constrói intersubjetivamente em relações sociais linguisticamente mediadas (HABERMAS, 2003, p. 165-165). Como será demonstrado, as posteriores teorias do reconhecimento, ao reforçarem o caráter assimétrico e frequentemente conflituoso das relações intersubjetivas, questionaram essa capacidade de se obter um consenso mediante discursos praticados por sujeitos em uma idealizada condição de igualdade.

¹⁸Esse conceito mais amplo, trabalhado por Klaus Günther como definidor de uma “pessoa deliberativa”, assume duas formas distintas, conforme o papel exercido pelo sujeito nas relações sociais: (i) *cidadão*, referente aos espaços de sociabilidade em que o sujeito participa de uma rede discursiva formatada para produção jurídico-normativa; e, ao mesmo tempo, (ii) *pessoa de direito*, como indivíduo que, além de autor, é também destinatário das normas jurídicas (GÜNTHER, 2009b, p. 34-37).

¹⁹O cerne da teoria hegeliana do reconhecimento residiria na ideia segundo a qual a autocompreensão qualitativa de um indivíduo depende do reconhecimento e da afirmação por parte dos demais, processo que depende do reconhecimento de todos os participantes dessa interação na condição de iguais (FORST, 2010, p. 327). O reconhecimento ocorre em três esferas distintas, nas quais os indivíduos apresentam lutas por pretensões subjetivas relativas a aspectos de suas identidades, conforme as especificidades de cada espécie de interação intersubjetiva. A primeira dessas esferas é a das relações afetivas, na qual o *amor* desenvolve no sujeito uma relação de confiança em si próprio, permitindo-lhe relacionar-se na comunidade com maior facilidade e menor suscetibilidade à rejeição. A segunda esfera, por sua vez, é a do *direito*, na qual o reconhecimento parte da noção de uma igualdade universalizável, decorrente de demandas sociais pela *generalização* e *ampliação* de direitos, com base nas quais se reconhece aos sujeitos a condição de agentes juridicamente iguais e dotados de responsabilidade moral. Se na esfera do afeto a autorrelação prática se dá em termos de *autoconfiança*, o reconhecimento no direito produz *autorrespeito*. A terceira esfera de reconhecimento, por sua vez, voltada às relações de *solidariedade*, toma em consideração as particularidades do sujeito que definem distintamente sua individualidade, resguardando-a de avaliações puramente

moralmente capazes de responder por seus atos –, elaborado nas interações intersubjetivas e por meio do qual a existência de direitos e deveres se torna possível²⁰. Na formação da imputação moral se elaboram também os critérios de imputação com base em uma nova perspectiva do sujeito, que redimensiona sua posição no sistema jurídico-penal: mais precisamente, concebendo-o na nova condição de participante ativo e moralmente responsável, que transcende os papéis pessoais de mero espectador ou receptor da medida punitiva. Desse modo, o sujeito envolvido no conflito penal é interpretado como ator individualizável que interage comunicativamente com as demais pessoas e com a própria rede de comunicações estabelecida pelas medidas punitivas. É capaz, assim, de apreender a comunicação carregada pelas normas penais e pela intervenção punitiva, relacionando-se criticamente com ela e com sua própria posição.

Nesse processo, fundamentalmente conflituoso²¹, são exercidas pretensões de autoafirmação subjetiva, as quais podem ou não ser re-

coletivistas das propriedades subjetivas. É nessa terceira esfera que tem lugar a estima social, derivando da luta por reconhecimento a *autorrealização* do sujeito individualizado (HONNETH, 2003b, p. 159-211). Sobre o tema, no Brasil, entre outros, ver Souza (2000).

²⁰Da mesma forma que a responsabilidade implica o reconhecimento do indivíduo como sujeito moralmente imputável, Günther (2009a, p. 272-279) também provê caminhos para se identificarem situações em que o agente tem seu reconhecimento denegado. Isso ocorreria, fundamentalmente, quando o agressor moralmente imputável é tratado como se não o fosse, passando a ser tratado como não pessoa, foco de perigo, doente ou simplesmente como objeto de uma intervenção estatal. A negativa de reconhecimento ocorreria também ao se atribuir ao agente a responsabilidade por circunstâncias – mesmo extraindividuais – que ele não causou ou sobre as quais não tem controle.

²¹Axel Honneth parte da noção de intersubjetividade desenvolvida por Habermas, porém considera por demais abstrata a ideia de formação de um consenso por meio de relações discursivas que ocorreriam em condição de igualdade: antes, seria necessário investigar de que modo a formação de identidades está constantemente tensionada em contextos assimétricos de luta por reconhecimento (LEVY, 2012, p. 42-44).

conhecidas pelos demais atores que se relacionam com o delito e com as distintas formas de se reagir socialmente a ele. Desse conflito intersubjetivo podem derivar práticas tanto de *subjetivação* (reconhecimento) como de *dessubjetivação*, dependendo de como se estrutura a dogmática jurídico-penal e de como o Sistema de Justiça criminal atua com relação à pessoa – isto é, encarando-a em maior ou menor medida como sujeito moralmente imputável. Daí a defesa de que, em vez de um instrumento de pura contenção de riscos, a reação penal deve ser compreendida como uma *comunicação* que veicula *censura*, apreensível por sujeitos moralmente imputáveis, capazes de compreender a mensagem transmitida pela pena e de se relacionarem criticamente com seu conteúdo. Se é verdade que a caracterização de um indivíduo como *sujeito* está intrinsecamente conectada às formas pelas quais a sociedade o reconhece como pessoa dotada de direitos e capaz de moralmente ser imputado pelas pretensões de validade que comunica, parece igualmente correto levantar a hipótese de a intervenção punitiva viabilizar subjetivação, nos moldes em que ela é aqui delimitada. Essa concepção, com bases eminentemente comunicativas, repercute não apenas no ofensor do delito, mas abre também amplo campo de investigação sobre o papel da vítima na atribuição de responsabilidade: o reconhecimento do ofensor, compreendido intersubjetivamente como agente moralmente responsável, “anda de mãos dadas” com o reconhecimento também da vítima, a qual é igualmente encarada como “agente comunicativo no Sistema de Justiça penal”. Com base na consideração dos indivíduos como sujeitos moralmente imputáveis, que interagem conflituosamente em relações sociais de busca por reconhecimento, a pena fundamenta uma *mensagem moral* canalizada não apenas ao ofensor, mas também à vítima e à sociedade como terceira interessada (GÜNTHER, 2014, p. 5)²².

Klaus Günther (2009a, p. 284)²³, em uma perspectiva teórica atenta à problemática do reconhecimento, estuda a questão da vítima de forma conjugada com sua teoria da responsabilidade: a tendência de autores do delito de pulverizarem sua responsabilidade em fatores extraindividuais, quando esses não se mostram idôneos para de fato mitigar a culpa, teria como consequência o desrespeito à vítima, deficitariamente reconhecida e abandonada a seu próprio destino. Na linha da interpre-

²²Embora não adentrando os debates acerca do reconhecimento, Andrew von Hirsch (1998, p. 36) trabalha em sentido similar, ao demonstrar que a ascendência da vítima se coaduna com a tese de que a punição, ao expressar censura ao autor do delito, assume que o dano sofrido é importante e atribuível a um indivíduo moralmente imputável.

²³Não obstante, a crítica de Pawlik (2005, p. 40) a Günther é contundente, já que, no plano da filosofia política, as possibilidades de subjetivação para além da violência de Estado podem significar uma regressão ao estado de natureza (*Naturzustand*) e, por sua vez, no plano da aplicação concreta do Sistema de Justiça criminal as “reais oportunidades de participação” de cada um dos indivíduos seguem dependentes de sua determinação.

tação de Günther, o paradigma comunicativo é estabelecido como estruturante das relações sociais, influenciando diretamente sobre a pena. Ao mesmo tempo em que se redescobre o ofensor como agente comunicativo, tendo em vista que a censura é a forma pela qual membros de uma comunidade tratam uns aos outros na condição de agentes moralmente responsáveis, a vítima, antes esquecida nas políticas de reabilitação do ofensor, é retomada também como agente comunicativo, munida tanto de direitos de pedir justificações como de deveres de prover respostas. Com isso, sugere-se que a reconfiguração da pena como censura de caráter simbólico-expressivo, cuja consequência é a imputação moral ao ofensor, carrega consigo a potencialidade de se atribuir reconhecimento também à vítima. Sustentando a relevância de uma declaração pública de culpa que restitua simbolicamente as autorrelações positivas e as interações intersubjetivas abaladas pelo crime, Günther (2002, p. 218) expõe que a reação penal assim configurada comunica que a violação não é decorrência do acaso ou do azar, mas sim de um injusto que afetou a vítima, e que a sociedade entende ser inaceitável²⁴.

O embate entre formas de reconhecimento da vítima e do ofensor diante das expectativas sociais direcionadas ao direito penal, na realidade, repõe o debate clássico acerca da orientação da dogmática jurídico-penal pela filosofia política, em que se contrapõem, de um lado, o discurso liberal das preferências pessoais e da autonomia individual e, de outro, a impositividade da vida comunitária. O problema central de uma teoria da justiça com fundamentação moral encontra-se na oposição entre liberalismo e comunitarismo, embora, como sustenta Rainer Forst (2010, p. 9-11), a complexidade e a multiplicidade das diferentes teorias que transitam entre esses dois grupos dificultem defini-los como tradições teóricas uniformes e claramente definidas. De todo modo, a tese central do comunitarismo seria que o “contexto da justiça” residiria na figura da comunidade, a qual – com suas práticas, valores e instituições – define um “horizonte normativo” que delimita não apenas a identidade da própria comunidade, mas também a de seus membros. A constituição desse *contexto* de justiça teria também um conteúdo normativo, extraído exclusivamente do ambiente comunitário. As concepções liberais, por sua vez, fundam-se prevalentemente na ideia de direitos individuais e procedimentos formais, contando com indivíduos que decidem acerca da justiça de forma “impessoal”, “imparcial”, descontextualizada e não vinculada a uma identidade edificada com base

²⁴ Joel Feinberg (2011, p. 114-115) afirma que a punição expressa a reprovação por parte da comunidade – algo distinto da mera exteriorização de emoções – acerca do que o criminoso fez, retornando a ele mediante a intervenção punitiva de matiz retributiva carregada de sentido.

na comunidade. Assim, a teoria liberal “censura a teoria comunitarista caracterizando-a como *obcecada pelo contexto*”.

Inserida nos termos desse debate, a vítima repõe a controvérsia sobre a acomodação dos interesses das próprias vítimas e a apreensão dos conflitos intersubjetivos presentes nos processos de vitimização, além da questão de como esses fatores podem ser internalizados pelo sistema penal²⁵ sem que os direitos individuais do ofensor sejam indiscriminadamente vulnerados. A questão reflete também uma tensão mais ampla entre a persecução de interesses comunitários e o lugar que resta ao indivíduo – ofensor e vítima – diante deles. Precisamente essa reabilitação moral do conflito desperta a necessidade de verificação dos postulados clássicos da teoria do delito e da pena. Com base em reflexões da filosofia do sujeito, poderia ser admitido algo comumente visto com reserva pelos penalistas: a interpenetração da moral nos conflitos jurídicos, especificada para a problemática da vítima e suas interfaces com o sistema jurídico-penal²⁶.

Nessa reorientação das ideias pela filosofia do sujeito, os indivíduos se organizam

²⁵ “[Um] ordenamento jurídico estatal está longe de ser algo monolítico e organicamente coeso. Antes, é o resultado heteróclito da sedimentação de lutas sociais entre várias disposições contrárias e mesmo contraditórias no interior da sociedade. O ordenamento jurídico traz as marcas dessas lutas e conflitos. Nesse sentido, cabe à filosofia do direito apresentar as lutas e conflitos que imprimiram ao ordenamento jurídico sua tendência de racionalidade” (SAFATLE, 2012, p. 60).

²⁶ Fernando Andrade Fernandes (2001, p. 94), em seu *O processo penal como instrumento de política criminal*, chega ao “trilema regulatório” de Günther Teubner (1984, p. 289-334) nos processos de juridificação (*Verrechtlichung*), os quais – no embate entre direito, política e sociedade – terminam por alienar os conflitos sociais na construção social de sentido do direito. Sobre a especificação desse raciocínio para os casos de Justiça de Transição, ver Saad-Diniz (2010). Niklas Luhmann (2008) é ainda mais contundente ao mencionar o lugar da moral na observação sociológica da teoria dos sistemas: a moral pode estar presente ou ausente de qualquer comportamento decisório, mas sob nenhuma hipótese ou contingência pode constituir, ela própria, um sistema diferenciado funcionalmente.

racionalmente em relação às mediações normativas, o que possibilita a expansão de suas potencialidades individuais e a elaboração de práticas de subjetivação normativamente aptas a lidar com situações concretas de assimetria social²⁷. O propósito deste novo paradigma seria entender de que forma os procedimentos de racionalização do direito viabilizam práticas de subjetivação com relação às assimetrias sociais, propondo-se a possibilitar aos indivíduos o desenvolvimento livre de sua personalidade e recuperar o sentido da realização prática do comportamento do sujeito como categoria filosófica. Assim, a diminuição das “assimetrias” por meio da ideia de simetrização dos conflitos possivelmente elevaria o potencial crítico das medidas punitivas, revisando o alcance de suas consequências e redefinindo os parâmetros normativos de soluções simétricas. Compensar assimetrias e elevar práticas de subjetivação nas mediações normativas em casos que envolvem vitimização parece em grande medida depender do ponto de vista das vítimas, reconhecendo-se sua condição de sujeito comunicativo: ser afetado pelo delito é uma experiência individual, vivenciada de forma distinta conforme as peculiaridades pessoais e circunstanciais da pessoa vitimada, cuja perspectiva é importante para compreensão do delito e de como o Sistema de Justiça pode se inserir em um contexto interacionista de reconhecimento.

Particularmente, a noção de *desrespeito* e suas conexões com as relações de reconhecimento podem fornecer uma chave de leitura interessante para a questão. Compreendido como injúria moral que se consubstancia na denegação de reconhecimento em uma de suas esferas (relações afetivas, direito e solidarieda-

²⁷ Sobre a “força normativa das soluções simétricas”, porém com o propósito de superar a dimensão social das assimetrias, ver Nassehi (2009, p. 351-352).

de), o desrespeito abala as condições necessárias tanto para a ocorrência de relações intersubjetivas adequadas como para a proteção da integridade dos indivíduos. Nesse sentido, impacta as autorrelações positivas dos sujeitos e, conseqüentemente, a própria capacidade deles de se relacionarem consigo mesmos e com os outros²⁸. Os conflitos sociais que impulsionam demandas por reconhecimento advêm dessas experiências de injustiça, sendo despertados quando não se constatam, em situações concretas, aqueles motivos que seriam capazes de fazer com que práticas, regras e medidas fossem classificadas como socialmente aceitáveis. A filosofia do sujeito traz o indivíduo para o cerne do problema, ao afirmar que as razões para entender como “boas” essas mesmas práticas, regras e medidas devem considerar as expectativas que os indivíduos direcionam à comunidade. A delimitação material do desrespeito – ou seja, de seu conteúdo moral – depende da perspectiva individual de suas vítimas, assim como o ponto de vista dos sujeitos em interação é determinante para a definição também das formas concretas que devem assumir as relações positivas de reconhecimento (HONNETH, 2003b, p. 129-134; CAMARGO, 2006, p. 131). Essa nova conexão se daria por meio da consideração da vítima como agente capaz de apreender e exteriorizar comunicação, cuja perspectiva individual acerca da vi-

²⁸ Honneth (2007, p. 133-134; 137) assevera que a possibilidade de ser socialmente lesado também se dá em âmbito intersubjetivo: a vulnerabilidade moral dos seres humanos seria consequência do fato de que eles devem a conformação de suas identidades à construção de uma autorrelação, a qual, por sua vez, é dependente da forma como esse sujeito se relaciona e é recepcionado pelos demais participantes da vida social. Nesse sentido, e abrangendo a questão do que significa a proteção das relações de reconhecimento em suas relações com a moralidade, Honneth define tal moral como “a quintessência das atitudes as quais estamos mutuamente obrigados a adotar, a fim de assegurar conjuntamente as condições de nossa integridade pessoal”.

timização é importante para a compreensão dos processos de imputação e de formas mais sofisticadas de gerenciar o problema da criminalidade.

A reorientação do direito penal em direção à filosofia do sujeito pode trazer novos rumos para o reconhecimento das pessoas afetadas pelo crime, ao compreender a vitimização como experiência individual cujas repercussões são tão distintas quanto igualmente distintas são as circunstâncias concretas daqueles que a sofrem. O reconhecimento do outro poderia proporcionar uma revisão das mediações normativas das relações intersubjetivas, renovando os estudos acerca da fundamentação do direito de punir²⁹. Desse modo, parecem abrir-se novos horizontes para se conseguir

²⁹ Ao contrário de mudanças pontuais, inovações mais genuínas no direito penal exigem uma maior amplitude. Isso, no entanto, não enseja a necessidade de alterações em diversos níveis do sistema, dizendo respeito a mudanças que promovam uma revisão dos fundamentos que embasam a racionalidade penal moderna, produzindo transformações não esperadas pelo direito penal tradicional. Demanda, primeiramente, uma redefinição da autorrepresentação do sistema penal, o qual caracteriza a si mesmo como mecanismo de distribuição de sofrimento por meio da pena (independentemente da teoria adotada acerca da finalidade dela). Entre as possibilidades abertas por essa redefinição, está a abertura de alternativas que viabilizam uma “maior participação da vítima”, além de instrumentos menos expiatórios e mais conciliatórios. Além disso, exige que a transformação não seja eventual, havendo na realidade que ser mais difusa, estabilizando a reorientação do sistema (XAVIER, 2015, p. 454-456). Segundo os teóricos da racionalidade penal moderna, trata-se de um sistema de pensamento construído no mundo ocidental a partir da segunda metade do século XVIII, dedicado a compreender e conformar uma série de práticas institucionais que são designadas conjuntamente como “justiça penal”, com base em dois sentidos principais: um teórico-formal, nova forma de pensar a justiça criminal que distingue a si mesma de outras racionalidades presentes em outros sistemas; e outro empírico-descritivo, o qual faz referência a uma racionalidade concreta, historicamente situada no contexto de transformações do sistema penal com base no pensamento europeu moderno. Entre as características da racionalidade penal moderna estaria uma “estrutura normativa telescópica” – que justapõe uma norma sancionadora a outra de comportamento –, além da noção de que a reação penal deve ser imprescindivelmente afliitiva e proporcional ao mal causado pelo agente (PIRES, 2004, p. 39-41).

que o Sistema de Justiça e a comunicação da pena reconheçam a vítima (*subjetivação*), sem que isso implique, por outro lado, a denegação de reconhecimento ao ofensor (*dessubjetivação*)³⁰.

4. Conclusão

Se a hipótese de reorientação do direito penal pela filosofia do sujeito tiver algum sentido, tolerância, solidariedade e reconhecimento de si no outro poderiam oferecer um rendimento maior do que a disseminada pauta puramente negativa para a incriminação, a qual isola a vítima do debate ao compreendê-la como elemento de distorção de um direito penal que busca se tornar racional. A preocupação em evitar que a perspectiva da vítima no direito penal vulnere os direitos individuais do acusado, embora legítima, tendo em vista as distorções levadas a efeito por *policy makers*, acaba alheando-se da compreensão segundo a qual a subjetividade se constrói – e inclusive se protege – mediante tramas de solidariedade. O mais desafiador aqui seria avaliar as possibilidades de operar imputações morais que possam dar conta de oferecer uma pauta positiva para a intervenção punitiva, mediante o reconhecimento de situações concretas em que se possa efetivamente produzir a subjetivação das pessoas envolvidas nos conflitos penais.

No plano concreto do cotidiano do Sistema de Justiça criminal, foi pouco explorada até o momento a avaliação da efetividade de normas penais que buscam fomentar o empoderamento da cidadania e a criação de concretas condições para o exercício da autonomia. Ao menos no meio científico brasileiro, convivem, de um lado, um conceito superestimado de autonomia – que desconsidera as redes de solidariedade e reconhecimento intersubjetivo – e, de outro, uma mal estimada eficácia da tutela penal dos direitos humanos. Se esse mecanismo de interpene-tração da moral dos conflitos jurídicos fosse realmente possível, a revisão dos padrões tradicionais de imputação poderiam encontrar raízes sólidas no reconhecimento intersubjetivo das necessidades humanas, encontrando formas mais sofisticadas e constitucionalmente adequadas de gerenciar os conflitos envolvendo ofensor e vítima, além da própria sociedade como terceira interessada. Verificar as condições em que os cânones da imputação objetiva, das estruturas do delito e da fundamentação da pena são afetados pela reintrodução da imputação moral na

³⁰ “A pergunta elementar de Honneth é que tipo de práticas sociais estão institucionalizadas em nossa sociedade de tal maneira que impliquem formas de reconhecimento recíproco e se baseiem em princípios normativos, reconstruíveis a modo de uma gramática moral da vida social” (BAUSURE, 2011, p. 76-77).

interpretação das normas penais constitui uma ambiciosa, mas promissora agenda de pesquisa.

Sobre os autores

Eduardo Saad-Diniz é doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; professor de Direito Penal na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (USP), Ribeirão Preto, SP, Brasil; professor no doutorado e no mestrado do programa de pós-graduação Interunidades em Integração da América Latina da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil.
E-mail: eduardo@saaddiniz.com.br

Gustavo de Carvalho Marin é doutorando e mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil.
E-mail: gustavo.marin@usp.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês³¹

MORAL IMPUTATION ORIENTED TO THE VICTIM AS A MATTER OF OBJECTIVE IMPUTATION

ABSTRACT: This paper analyzes in what way the processes of moral imputation of victims influence how victims are comprehended in the legal theories of objective imputation of criminal liability. Revisiting the evolutionary stages of the victimological studies, the article addresses the moral orientation suggested by the social theory and the communication theories, in order to identify valid references to reinterpret the realization of victims' personal freedoms through criminal imputation.

KEYWORDS: VICTIM. OBJECTIVE IMPUTATION. COMMUNICATION THEORIES. SOCIAL THEORY. CRIMINAL IMPUTATION.

Como citar este artigo

(ABNT)

SAAD-DINIZ, Eduardo; MARIN, Gustavo de Carvalho. Imputação moral orientada à vítima como problema de imputação objetiva. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 213, p. 113-133, jan./mar. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p113>.

(APA)

Saad-Diniz, E., & Marin, G. de C. (2017). Imputação moral orientada à vítima como problema de imputação objetiva. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(213), 113-133. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p113

³¹ Sem revisão do editor.

Referências

ADORNO, Sergio. Conflitualidade e violência: reflexões sobre a anomia na contemporaneidade. *Tempo Social*, v. 10, n. 1, p. 19-47, maio 1998.

_____. Insegurança versus direitos humanos: entre a lei e a ordem. *Tempo Social*, v. 11, n. 1, p. 129-153, out. 1999.

ALVAREZ, Marcos César et al. A vítima no processo penal brasileiro: um novo protagonismo no cenário contemporâneo?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 86, p. 247-288, set./out. 2010.

BAUSURE, Mauro. Reificación y crítica de las patologías sociales en el marco del proyecto de teoría crítica de Axel Honneth. *Enrahonar*, n. 46, p. 75-91, 2011.

BONET ESTEVA, Margarita; HASSEMER, Winfried. *La víctima del delito: la autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto*. Madrid: McGraw Hill, 1999.

CAMARGO, Silvio. Axel Honneth e o legado da teoria crítica. *Política e Trabalho*, n. 24, p. 123-138, abr. 2006.

CUAREZMA TERÁM, Sergio J. La victimología. In: ESTUDIOS básicos de derechos humanos. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996. t. 5.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría*. Madrid: Trotta, 2003.

DUSSICH, John P. J. Victimology: past, present and future. *Resource Material Serie*, n. 70, p. 116-129, 2006.

ESER, Albin. Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal: tendencias nacionales e internacionales. In: ESER, Albin; HIRSCH, Hans; ROXIN, Claus et al. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: AdHoc, 1992.

FATTAH, Ezzat A. Victimology: past, present and future. *Criminologie*, v. 33, n. 1, p. 17-46, 2000.

FEINBERG, Joel. The expressive function of punishment. In: TONRY, Michael (Ed.). *Why punish? How much?: a reader on punishment*. Nova York: Oxford University Press, 2011.

FERNANDES, Antônio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.

FORST, Rainer. *Contextos da justiça: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo*. São Paulo: Boitempo, 2010.

FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. Proteção legal das vítimas de crimes no direito brasileiro. In: FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de; FALEIROS JUNIOR, Roberto Galvão (Org.). *Estudos contemporâneos de vitimologia*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011.

GARLAND, David. *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa, 2005.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GÜNTHER, Klaus. Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe: eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention. In: PRITTWITZ, Klaus; BAURMANN, Michael; GÜNTHER, Klaus (Org.). *Festschrift für Klaus Lüderssen*. Baden-Baden: Nomos, 2002.

_____. Qual o conceito de pessoa de que necessita a teoria do discurso do direito? Reflexões sobre a conexão interna entre pessoa deliberativa, cidadão e pessoa de direito. In: PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Org.). *Teoria da*

responsabilidade no Estado democrático de direito: textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009a.

_____. Anerkennung, Verantwortung, Gerechtigkeit. In: FORST, Rainer; HARTMANN, Martin; JAEGGI, Rahel et al. (Org.). *Sozialphilosophie und Kritik*. Frankfurt: Suhrkamp, 2009b.

_____. Criminal law, crime and punishment as communication. *Normative orders working paper*, n. 2, 2014.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HERRERA MORENO, Myriam. Sobre los orígenes científicos de la victimología. *Cuadernos de política criminal*, n. 56, p. 481-489, 1995.

_____. Humanización social y luz victimológica. *Eguzkilore*, n. 26, p.73-85, 2012.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003a.

_____. Redistribution as recognition: a response to Nancy Fraser. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange*. Londres: Verso, 2003b.

_____. *Disrespect: the normative foundations of critical theory*. Cambridge: Polity Press, 2007.

JAKOBS, Günther. *System der strafrechtlichen Zurechnung*. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 2012.

LEVY, Wilson. *Teoria democrática e reconhecimento*. Curitiba: Juruá, 2012.

LUHMANN, Niklas. *Die Moral der Gesellschaft: suhrkamp taschenbuch wissenschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 2008.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PÜSCHEL, Flávia Portella. Klaus Günther: culpa penal no Estado democrático de direito. In: NOBRE, Marcos (Org.). *Curso livre de teoria crítica*. 3. ed. Campinas, SP: Papyrus, 2013.

NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaration of basic principles of justice for victims of crime and abuse of power*. 29 nov. 1985. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r034.htm>>. Acesso em: 7 dez. 2016.

NASSEHI, Armin. Asymmetrien als Problem und als Lösung. In: FATEH-MOGHADAM, Bijan. SELLMAYER, Stephan; VOSENKUHL, Wilhelm. *Grenzen des Paternalismus: Ethik im Diskurs 3*. Stuttgart: Kohlhammer, 2009.

PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

PAWLIK, Michael. Der Bürger möchte bestraft werden. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, n. 61, p. 40, 14 mar. 2005. Disponível em: <<http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/buecher/rezensionen/sachbuch/der-buerger-moechte-bestaft-werden-1215032.html>>. Acesso em: 7 dez. 2005.

_____. *Das Unrecht des Bürgers*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

PÉREZ CEPEDA Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. Estudios de los instrumentos existentes para medir la delincuencia. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, v. 15, n. 08, p. 1-34, 2013. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-08.pdf>>. Acesso em: 7 dez. 2016.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 68, p. 39-60, 2004.

POLAINO NAVERRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. Imputación normativa: exposición programática en casos fundamentales. In: ROXIN, Claus; POLAINO

NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. *Dogmática penal y política criminal*: cuestiones fundamentales para el nuevo sistema de justicia penal. México: Flores editor y distribuidor, 2015.

PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko*: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1993.

SAAD-DINIZ, Eduardo. El enclave de los juicios de transición: observación del caso brasileño. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 105, p. 289-316, 2010.

SAFATLE, Vladimir. *Grande Hotel Abismo*: por uma reconstrução da teoria do reconhecimento. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

SCHÜNEMANN, Bernd. Sistema del derecho penal y victimodogmática. In: DíEZ RIPOLLÉS, José Luis (Coord.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Perspectivas sobre la política criminal moderna*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.

_____. Una crítica a las doctrinas penales de la lucha contra la impunidad y del derecho de la víctima al castigo del autor. *Revista de Estudios de la Justicia*, n. 11, p. 35-56, 2009.

SOUZA, Jessé. Uma teoria crítica do reconhecimento. *Lua Nova*, n. 50, p. 133-158, 2000.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TEUBNER, Günther. Verrechtlichung: Begriff, Merkmale, Grenzen, Auswege. In: KÜBLER, Friedrich. (Org.). *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und soziale Solidarität*: vergleichende Analysen. Baden-Baden: Nomos, 1984.

TONRY, Michael. Can twenty-first century punishment policies be justified in principle? In: TONRY, Michael (Ed.). *Retributivism has a past: has it a future?*, Nova York: Oxford University Press, c2011. p. 3-29.

VAN DJIK, Jan J. M. Introducing victimology. In: VAN DJIK, Jan J. M.; VAN KAAM, Ron G. H.; WEMMERS, Jo-Anne M. (Eds.). *Caring for crime victims*: selected proceedings of the Ninth International Symposium on Victimology. Monsey: Criminal Justice Press, 1999.

VAN DJIK, Jan J.; DE WAARD, J. Two-dimensional typology of crime prevention projects; with a bibliography. *Criminal Justice Abstracts*, v. 23, n. 3, p. 483-503, set. 1991.

VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*. Madrid: Trotta, 1998.

VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew. *Proportionate sentencing*: exploring the principles. Oxford: Oxford University Press, 2005.

WALKLATE, Sandra. Researching victims of crime: critical victimology. *Social Justice*, v. 17, n. 3, p. 25-42, 1990.

WOLHUTER, Lorraine; OLLEY, Neil; DENHAM, David. *Victimology*: victimization and victims' rights. Nova York: Roudledge Cavendish, 2008.

XAVIER, José Roberto Franco. Reformar a justiça penal a partir de seu sistema de pensamento: por uma sociologia das ideias penais. *Direito & Práxis*, v. 6, n. 12, p. 428-463, 2015.

Os impactos dos avanços tecnológicos, a poluição marinha por petróleo e as repercussões no Direito do Mar

JORGE BARRIENTOS-PARRA
ANA CAROLINA CARLUCCI DA SILVA

Resumo: O artigo analisa como a tecnologia alterou a forma como o homem interage com o meio e as repercussões disso no Direito, focando nos acidentes com transporte de petróleo. Apresentamos o conceito de ambivalência da técnica e seus impactos na vida humana e no Direito, analisando-se especificamente o Direito do Mar no que concerne à exploração de petróleo. São trazidos dois casos emblemáticos, *Torrey Canyon* e *Exxon Valdez*, e seus resultados legais, demonstrando a relevância dos acidentes de grande porte enquanto fatores no processo de transformação do regime jurídico internacional. Concluímos que a técnica é ambivalente, seu uso acompanha efeitos imprevisíveis e potencialmente danosos, como a poluição por petróleo. Procurando encaminhar soluções, o Direito evoluiu criando mecanismos de responsabilização e compensação, principalmente em decorrência de grandes acidentes. Os riscos e efeitos da tecnologia não podem ser totalmente controlados, mas cabe ao Direito lidar com as consequências e prevenir novos acidentes.

Palavras-chave: Direito internacional. Direito do Mar. Tecnologia. Petróleo. Poluição.

1. Introdução

O mar sempre fascinou o homem. De fonte de inspiração e barreira formidável ao longo dos séculos, passou a exercer papel de destaque no desenvolvimento da civilização, sendo utilizado como fonte de alimen-

Recebido em 12/8/16
Aprovado em 6/9/16

tos, como via de transporte de mercadorias e pessoas, em tempos de paz, e como via para deslocar exércitos em tempos de guerra. Os impressionantes avanços científico-tecnológicos, principalmente no último século, permitiram uma ampliação sem precedentes dos usos do mar, transformando-o em uma fonte de riquezas a ser explorada em proveito dos Estados.

Em termos jurídico-legais, a disciplina que tutela as relações e atividades que se desenvolvem no mar denomina-se Direito do Mar, e vem acumulando crescente relevância no panorama internacional devido à citada ampliação dos usos tradicionais do mar proveniente dos avanços tecnológicos. O Direito do Mar remonta a tempos distantes, originalmente um Direito costumeiro. Só passou a ser objeto de codificação recentemente, a partir de 1958, com as Conferências das Nações Unidas sobre Direito do Mar, e foi só em 1994 que a Convenção Internacional sobre Direito do Mar de 1982 entrou em vigor. Antes disso, alguns princípios e uma normatização limitada das relações entre os Estados e o mar ficavam a cargo da jurisprudência internacional (FIORATI, 1999, p. 12).

Atualmente, o Direito do Mar apresenta um robusto sistema normativo, embora se mantenha em constante desenvolvimento para suprir lacunas e adaptar-se às novas demandas, principalmente devido às novas técnicas científicas, como será apresentado. O Direito do Mar compreende uma série de temas envolvendo normas legais que regulam a utilização do mar, como a disciplina dos espaços marítimos, as fronteiras e os respectivos Direitos de soberanias e jurisdição.

Note-se, em primeiro lugar, que o Direito do Mar é parte do Direito Internacional e que dialoga, frequentemente, com o Direito Internacional do Meio Ambiente. Nas últimas

décadas, a preocupação com o meio ambiente tem crescido significativamente e diversos problemas ambientais são, agora, temas vitais no cenário internacional. A dimensão internacional dos temas ambientais, incluindo o ambiente marinho, dá-se por dois motivos, como explica Malcolm Shaw (2014, p. 613-614): primeiramente, a poluição gerada dentro de um país específico frequentemente acarreta sérios impactos a outros países. Tal situação é facilmente visualizada no caso da chuva ácida, oriunda da emissão de produtos químicos na atmosfera, que reagem com a água e a luz do sol formando ácidos que são carregados pelo vento e eventualmente se dissipam na forma de chuva, muitas vezes em lugares distantes do local da fonte poluidora. Em segundo lugar, essa dimensão internacional ocorre também em decorrência da percepção – diga-se, aliás, recente – de que os problemas ambientais não podem ser solucionados de forma individual pelos Estados (SHAW, 2014, p. 613). É entendido, hoje, que é preciso haver cooperação entre os países. A cooperação é, na verdade, um princípio crucial e consagrado no Direito Internacional, e não poderia ser diferente no Direito do Mar.

Ou seja, sendo o Direito do Mar parte do Direito Internacional, um dos fatores mais complexos do tema é a relação de dependência entre os Estados, justamente porque os fenômenos regulados por esse Direito são, por sua própria natureza, transfronteiriços. Isto é, as ações humanas geram efeitos que podem repercutir em espaços estrangeiros, de um ou mais países. Essa característica transfronteiriça e de interdependência fica muito evidente nas situações que envolvem o ambiente marinho. Imagine-se, por exemplo, a seguinte situação: um navio, de bandeira inglesa, sofre um acidente da navegação e derrama petróleo na costa do Alaska – território estadunidense. Essa

é uma situação que envolve mais de um país e é tutelada pelo Direito do Mar. A exploração e manejo dos recursos do ambiente marinho, bem como a poluição oriunda da ação humana, por serem questões essencialmente transfronteiriças, necessitam de tratamento urgente e internacional, uma vez que os problemas e, conseqüentemente, as soluções podem ultrapassar as fronteiras nacionais.

O petróleo, foco desse trabalho, é bem de grande valor e causa de emblemáticos episódios de poluição ambiental. Os efeitos potencialmente devastadores dos acidentes que resultam em derramamento de petróleo no ambiente marinho e nas costas marítimas dos países, bem como as perdas econômicas e o elevado custo para limpeza dos locais afetados, fizeram com que o problema da poluição de petróleo oriunda de navios atraísse grande atenção internacional. Essa preocupação traduziu-se na mobilização pela criação de um significativo corpo de instrumentos jurídico-legais para prevenção e resposta a tais incidentes.

Dessa forma, o presente artigo analisa, primeiramente, os impactos dos avanços tecnológicos sobre o Direito. Para tanto, é realizado um estudo, ainda que breve, do que a técnica representa na sociedade moderna e como o avanço tecnocientífico alterou a forma como o homem interage com o meio. Importante, nesse contexto, é também ressaltar o caráter ambivalente da técnica, dialogando com a questão da exploração do mar – e do petróleo. Em seguida, analisa-se o impacto dos avanços tecnológicos especificamente no Direito do Mar, levando, então, ao estudo de dois casos emblemáticos de poluição marinha por derramamento de petróleo: *Torrey Canyon* e *Exxon Valdez*. Esses dois casos ilustram bem a relevância de acidentes navais de grande porte como fatores no processo de transformação

do regime legal internacional no que concerne à poluição marinha por petróleo, tendo em vista que essas ocorrências, as questões que levantam e os processos judiciais decorrentes determinam se a regulamentação existente é satisfatória.

2. A ambivalência da técnica e seus impactos na vida humana e no Direito

Jacques Ellul, um dos pioneiros no estudo da técnica, escreveu: “nenhum fato social, humano, espiritual, tem, no mundo moderno, tanta importância quanto o fato técnico” (ELLUL, 1968, p.1), inclusive, a ciência tornou-se um meio a serviço da técnica. “O utilitarismo científico assume a partir da técnica, tamanha força, que quase impede a realização de qualquer pesquisa desinteressada” (ELLUL, 1968, p. 9).

Nesse sentido, Gilbert Hottois propõe o conceito de tecnociência para ressaltar as dimensões operacionais da ciência contemporânea. Com efeito, para o filósofo belga, a ciência tem em nossos dias um duplo fundamento: a tecnicização da experiência e a matematização (HOTTOIS, 2006, p. 23). Enfatiza-se a inseparabilidade desses dois polos, o técnico-operacional e o teórico, em que a técnica predomina sobre a teoria (HOTTOIS, 2006, p. 60).

Se a tecnociência se apresenta somente na realidade contemporânea, o projeto existe em estado embrionário, na aurora da modernidade, expresso por Francis Bacon no seu *Novum Organum*: “Scientia et potentia in idem coincident”¹ (BACON, 1984, p. 13).

De acordo com Ellul, a técnica é o fator determinante da nossa sociedade. Vivemos uma

¹“Conhecimento e poder são coincidentes” ou “Ciência e poder do homem coincidem”.

época de rápidas inovações tecnológicas que mudam de maneira irreversível todos os âmbitos da atividade humana. A técnica é um fenômeno global da nossa civilização e não somente um meio da indústria simbolizado pela mecanização. Assim, o fenômeno técnico pode resumir-se como a preocupação da imensa maioria dos homens de nosso tempo de procurar em todas as coisas o método absolutamente mais eficaz (ELLUL, 1968, p. 21). Dessa forma, a técnica deixou de ser instrumental para transformar-se em meio, em nosso único meio de vida².

A técnica modifica radicalmente as relações humanas e o comportamento dos indivíduos. Corremos aceleradamente atrás de resultados que devem ser cada vez mais eficazes e rentáveis. Todas as atividades humanas foram drasticamente mudadas pela técnica, desde o trabalho até o lazer, na terra, no ar e nos mares, em tempos de paz e, sobretudo, para fazer a guerra. Nas palavras de Ellul: “A técnica condiciona e provoca mudanças sociais, políticas e econômicas. É motor de todo o resto” (ELLUL, 1968, p. 135).

A técnica moderna marca profundamente o homem da nossa civilização, ela expressa um desejo de poderio (*esprit de puissance*) concretizado em progresso tecnológico, multiplicação e concentração da riqueza.

Para Serge Latouche, a tecnociência, além de demiúrgica, é predadora da natureza. Nada, a detém na manipulação de coisas, de seres e do próprio homem (LATOUCHE, 1995, p. 63).

2.1. A ambivalência da técnica

Da mesma forma que o progresso, a técnica é ambivalente em seus efeitos. Todo progresso acarreta dois tipos de consequências. De um lado, aqueles previsíveis, que foram deliberadamente procurados em longas pesquisas e, de outro, aqueles inesperados, que surgiram de forma imprevista. Cada transformação nos aporta vantagens e inconvenientes interligados de maneira indissociável.

William Khun (apud ELLUL, 1988, p. 95) ressalta que a técnica é radicalmente ambivalente em seus efeitos; entretanto, na primeira etapa da aplicação de uma nova técnica, olhamos apenas um aspecto. No caso dos automóveis, por exemplo: no começo, notavam-se somente os aspectos positivos; os engarrafamentos, a poluição e os acidentes foram percebidos depois. Segue-se disso que a técnica não é neutra: indepen-

²“Le milieu technicien est non plus un ensemble de moyens que nous utilisons parfois (pour travailler ou nous distraire), mais un ensemble cohérent qui nous ‘corsette’ de toutes parts, et s’introduit en nous-mêmes, dont nous ne pouvons plus nous défaire” (ELLUL, 2004, p. 54).

dentemente de seu uso, é inerente a ela certo número de consequências positivas ou negativas. Não é uma questão de intenção; ainda que o uso possa orientar uma dada técnica por determinado tempo, um sentido puramente positivo, essa técnica contém potencialidades que mais tarde eclodirão.

Ellul, em sua obra *Le bluff technologique*, analisa a ambivalência da técnica desenvolvendo quatro proposições: i) todo progresso técnico se paga; ii) o progresso técnico acarreta a cada etapa, mais e maiores problemas do que aqueles que resolve; iii) os efeitos nefastos do progresso técnico são inseparáveis dos efeitos positivos; e iv) todo progresso técnico comporta um grande número de efeitos imprevisíveis (ELLUL, 1988, p. 96).

Quanto à primeira proposição, a observação é muito mais ampla que a compreensão evidente de que o progresso técnico se paga graças a esforços intelectuais e injeções consideráveis de capital. A questão é muito mais complexa. Convidamos o leitor a pensar no que é destruído pelo progresso técnico em geral e especificamente no âmbito dos espaços marinhos. Muitas são as espécies aquáticas em perigo de extinção³ pela ação antrópica, e a poluição por petróleo é uma das causas principais. Assim, o progresso técnico implica externalidades⁴, isto é, um conjunto de custos que não estão diretamente relacionados à utilização de uma técnica – por exemplo, riscos para a saúde a longo prazo, medidas de prevenção, danos à biosfera invisíveis a olho nu etc.

Quanto à segunda proposição, Ellul sublinha o caráter irreparável dos prejuízos acarretados pelo crescimento técnico e também a imensidão dos problemas provocados pela

técnica, na medida em que aumenta a sua complexidade. A técnica suscita problemas como proliferação nuclear, violação da vida privada, controle dos indivíduos pelo Estado e por grandes companhias, concentração da riqueza, aumento da velocidade com que as mudanças se processam, poluição ambiental, mudanças climáticas. Para a segunda parte da proposição, isto é, *mais e maiores problemas que aqueles que resolve*, Ellul exemplifica com o agravamento nunca visto dos problemas ambientais e os inumeráveis casos de poluição ao redor do planeta causados pelas técnicas. A nossa civilização está poluindo os oceanos, rios e lagos, terra e ar como nunca antes na história da humanidade. Tudo isso é o resultado do crescimento econômico desenfreado e da aplicação ilimitada das técnicas (ELLUL, 1988, p. 117).

Em relação à terceira proposição: os efeitos nefastos do progresso técnico são inseparáveis dos efeitos benéficos, situando-nos em todos os níveis da técnica, dos mais inexpressivos aos mais sofisticados, percebemos que nada é unívoco. Ellul exemplifica com a energia atômica: o resultado normal do desenvolvimento de pesquisas atômicas conduziu à desintegração do átomo que não era buscado por belicistas malvados, mas por pacíficos cientistas. Ele se pergunta: “as técnicas de exploração das riquezas são boas para o homem?”, e responde – “Com certeza”. Entretanto, “quando elas levam ao esgotamento dessas riquezas, a uma exploração sem freio”, poderíamos falar o mesmo? E continua indagando: “As técnicas de produção são boas com certeza. Mas produção do quê? Como essas técnicas permitem ao homem produzir qualquer coisa, se deixamos livre ele se aplicará a produções absurdas, vãs e inúteis” (ELLUL, 1988, p. 125). Quanto à produção de coisas absurdas, com o avanço da biotecnologia já conseguimos sintetizar o

³ A lista de espécies aquáticas ameaçadas de extinção é divulgada pelo IBAMA (BRASIL, 2014).

⁴ Sobre o tema, ver, entre outros: Helbling (2010), Cornes e Sandler (1986), Field (1995) e Coase (1960).

vírus da poliomielite e recriar o vírus da gripe espanhola. Racionalmente, esperaríamos que se fizesse de tudo para acabar com essas doenças, mantendo as suas causas (os vírus que as provocam) em número estritamente controlado. Eis, entretanto, que os recriamos em laboratório (BARRIENTOS-PARRA; MATOS, 2013, p. 241-242). Para o professor Bernard Baertschi da Universidade de Genebra, tudo isso é muito preocupante, porquanto as técnicas da engenharia genética permitem tornar esses vírus resistentes às vacinas atualmente disponíveis e assim torná-los ainda muito mais virulentos (BAERTSCHI, 2009, p. 9). Quanto à produção de coisas vãs e inúteis, pensemos no fato de que somos a civilização que produz mais lixo em toda a história da humanidade e já poluímos todo o planeta com os nossos objetos descartáveis, como o demonstra o continente de plásticos encontrado no Pacífico (GARRIC, 2012).

Quanto à quarta proposição, “todo progresso técnico compreende um grande número de efeitos imprevisíveis”, Ellul nota que toda aplicação técnica, em suas origens, apresenta efeitos imprevisíveis desastrosos, ao lado dos efeitos previstos, esperados, que são válidos e positivos. Há três tipos de efeito: os desejados, os previsíveis e os imprevisíveis (ELLUL, 1988, p. 136). Entre os últimos, podemos distinguir ainda os efeitos imprevisíveis, porém esperados, daqueles imprevisíveis e inesperados. Quanto a estes, Ellul exemplifica com a monocultura nos Estados Unidos (BARRIENTOS-PARRA; MATOS, 2013, p. 108): a muitos pareceu um progresso indiscutível derrubar as florestas para utilizar essas novas áreas com plantações de milho e algodão – afinal, retira-se a fertilidade da terra e tudo vira pó, como *mutatis mutandis* aconteceu também em outro ecossistema, na tragédia da morte do Mar de Aral na fronteira entre o Casaquistão e o

Uzbequistão, processo que se iniciou antes da dissolução da URSS.

Serge Latouche (1995), por sua parte, ressalta a ameaça de catástrofes de grande extensão causadas por falhas no funcionamento dos sistemas técnicos como no caso de Tchernobyl; porém, o mais surpreendente é que esses mesmos efeitos catastróficos podem acontecer pelo funcionamento normal de nossa civilização, como o aumento do CO₂ na biosfera, que, por sua vez, alcança os oceanos e intoxica e desorienta os peixes (ÁVILA, 2016) e as mudanças climáticas cujas causas os cientistas atribuem à ação antrópica a partir da Revolução Industrial⁵.

Existem certas áreas da tecnociência particularmente imprevisíveis como a inteligência artificial e o impacto das nanopartículas e da biotecnologia no meio ambiente e na saúde humana.

O físico Stephen Hawking (2014) diz que a superinteligência das máquinas pode ser a coisa mais significativa a acontecer na história da humanidade – e possivelmente a última. Para o cientista britânico, a inteligência artificial representa uma ameaça em potencial à humanidade. Os potenciais benefícios podem ser imensos, mas não é possível prever o que pode acontecer de ruim (CELLAN-JONES, 2014).

Em relação às nanopartículas, elas estão sendo fabricadas, utilizadas e descartadas de forma generalizada e a isso se somam os efeitos das plantas transgênicas. São imprevisíveis os impactos que, em longo prazo, tudo isso acarretará para a biosfera. Estamos em presença da mais nova fronteira da poluição do planeta, como assinala o Prof. Vanderburg, da Universidade de Toronto.

⁵Sobre o tema, consultar o site da Intergovernmental Panel on Climate Change.

While transforming medical practice, technique is also changing human life, society, and the biosphere. We have thus far referred to the problems this creates within the physical dimension of human health in terms of toxic compounds, bacteria, viruses, microorganisms, and genetically modified organisms creeping up the food web. Biotechnology and nanotechnology will undoubtedly add to these problems. Like all other discipline-based techniques, they will open up new frontiers of pollution (VANDERBURG, c2011, p. 328-329).

2.2. A técnica e seus impactos no âmbito do Direito

O Direito não é exceção no processo de tecnicização da sociedade contemporânea. Os impactos da técnica no Direito acontecem e processam-se rapidamente na medida em que se exige que ele seja eficaz; para tanto, abandona-se paulatinamente o valor *justiça*.

Como se processa esse fenômeno? Jacques Ellul responde que, para o operador do Direito, todo Direito depende de sua eficiência. Não há Direito fora dessa aplicação. “Un droit qui n'est pas appliqué n'est pas un droit”⁶ (ELLUL, 1990, p. 266). Em outras palavras, a obediência à regra é a condição fundamental de sua realidade; dessa forma, todo o sistema técnico jurídico tem por objetivo alcançar um único fim, a saber, a aplicação do Direito.

Ora, toda essa técnica geral não significa outra coisa que a procura artificial da eficiência. A aplicação do Direito não decorre mais da adesão, mas do conjunto dos mecanismos estatais que ajustam, por artifício e razão, o comportamento à regra. Nesse ponto, Ellul (1990) observa um elemento chave para entender a questão do Direito na sociedade contemporânea que é a dissociação entre o elemento judiciário e o elemento jurídico. O primeiro que se transformou principalmente em organização não está mais incumbido de perseguir a justiça nem de criar o Direito, simplesmente ocupa-se de aplicar as leis. Nessa função não é necessário ter senso de justiça, a qual pode ser cumprida mecanicamente. Basta ser um bom técnico. Quando recruta juízes, o Poder Judiciário não procura avaliar o senso de justiça ou a sabedoria dos candidatos, mas pessoas que conheçam bem a máquina, o vocabulário, as regras de interpretação, que sejam conhecedores de questões práticas.

Quanto ao elemento jurídico, ele assume força muito maior na medida em que é inteiramente técnico. É possível, então, limitar o raciocínio; nas palavras de Ellul, há “un dangereux empirisme en enserrant l'infinie diversité des situations juridiques dans un nombre

⁶Um direito que não é aplicado não é um direito [ELLUL, 1990, p. 260, tradução nossa].

limité de cadres conceptuels”⁷ (ELLUL, 1990, p. 267). Isso evidentemente outorga às instituições simplicidade e vigor, passando a aprofundar as técnicas que lhe outorgam a sua base lógica. Resta, porém, a questão da justiça não mais como exigência prática, mas apenas como ideia, noção abstrata, incerta e imprevisível, relegada a segundo plano.

Ora, na medida em que a técnica jurídica se aperfeiçoa e se desenvolve, a ideia de ordem e segurança substitui-se como fim e fundamento do Direito. Confundem-se, então, o Direito e a polícia; dessa forma, o Direito adquire a feição de mero instrumento do Estado para o controle social. A fórmula será então: “Mieux vaut une injustice qu’un désordre”⁸ (ELLUL, 1990, p. 268)⁹. De acordo com Ellul, a tecnificação, a incoerência, o frequente recurso ao Direito de exceção e o alijamento da justiça provocaram uma crise no Direito, acarretando inclusive o seu descrédito diante do público.

Sabe-se com exatidão que certas medidas devem ser implementadas para garantir a ordem, muito embora a definição dessa ordem possa variar de acordo com a ideologia e tenha variado no tempo e no espaço, os meios para mantê-la são idênticos. Por outro lado, conhecem-se e podem ser determinadas as condições da segurança jurídica. Nada disso, porém, pode ser feito com o valor *justiça*.

Ellul (1990) afirma, com pertinência, que, quanto mais se torna precisa a técnica jurí-

dica, mais tende o Direito a assegurar um dos grandes objetivos do Estado: a ordem. Confundem-se, dessa forma, o Direito e a polícia. Assim, a técnica jurídica desenvolve-se produzindo como consequência o aviltamento e a redução do Direito. Essa ossatura esquemática encontra-se atrás dos fenômenos jurídicos modernos. Exemplo dramático disso foi a aprovação do *USA Patriot Act*¹⁰ depois dos atentados de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos. Essa lei autorizou o Estado, entre outras medidas, a interceptar sem autorização da Justiça ligações telefônicas e *e-mails* de pessoas e grupos supostamente envolvidos em atividades terroristas. Muito embora várias determinações dessa lei tenham expirado em junho do ano passado, muitas outras passaram a ser parte do *USA Freedom Act*¹¹. Em outras palavras, a grande democracia norte-americana transformou-se em um Estado policial em que a segurança importa mais do que a justiça e a liberdade. O mesmo processo está acontecendo na França¹² já há alguns anos e particularmente depois dos atentados de Paris. A Assembleia Nacional aprovou a Lei nº 2014-1353 de 13 de novembro de 2014 reforçando as disposições repressivas, de controle de pessoas e grupos, e o aumento dos meios de prevenção e de investigação de supostos atos terroristas.

Em outras palavras, opta-se claramente pela ordem do Estado policial e aceitam-se aberrações jurídicas como a prisão em Guantánamo de muitas pessoas acusadas de terrorismo, para que não usufruam dos direi-

⁷perigoso empirismo que consiste em incluir uma diversidade de situações jurídicas em um número limitado de tipos conceituais (definições normativas) [ELLUL, 1990, p. 267, tradução nossa].

⁸A injustiça preferível à desordem [ELLUL, 1990, p. 268, tradução nossa].

⁹Para Ellul (1990), o Direito ideal deveria reunir três condições: primeiro uma estreita imbricação com a realidade social, segundo, uma técnica jurídica serva do Direito e não senhor dele e por último uma capacidade de evolução por ele mesmo. Essas três qualidades se encontram segundo Ellul no Direito Romano que para ele é o modelo do Direito.

¹⁰Documento na íntegra para consulta disponível em: < <https://epic.org/privacy/terrorism/hr3162.html> >. Acesso em 18 fev. 2016.

¹¹Documento na íntegra para consulta disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/2048/text>>. Acesso em 18 fev. 2016.

¹²Documento na íntegra disponível para consulta disponível em: < <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000029754374&categorieLien=id>>. Acesso em 18 fev. 2016.

tos que teriam no território dos Estados Unidos. Nessas condições rompe-se o equilíbrio entre o elemento técnico e o elemento humano. Nas palavras do pensador da Universidade de Bordeaux:

Lorsqu'on affirme qu'il n'y a pas de droit sans efficacité, l'on annonce implicitement ce sacrifice de la justice et de l'homme à l'efficace. Le déséquilibre acquis, la porte est ouverte à l'invasion technique. Alors se produit le fait auquel nous assistons chez des peuples qui ont le sens juridique peut-être moins fortement enraciné qu'en France: l'entrée de la technique dans le droit (ELLUL, 1990, p. 268)¹³.

2.2.1. O impacto da tecnologia no Direito Internacional

Como se pode notar, o impacto da ciência e da tecnologia é das forças mais incisivas que modelam a sociedade contemporânea, de forma inigualável na experiência humana. Pode-se dizer, conforme ensinamentos de Clarence Wilfred Jenks, que este impacto tem um triplice efeito no âmbito do Direito. Primeiramente, o impacto da tecnologia e da ciência na sociedade contemporânea tem uma profunda, ainda que sutil, influência nos fundamentos do pensamento jurídico. Em segundo lugar, ele é responsável pela origem de uma gama variada de problemas específicos em âmbito legal. E, finalmente, esse impacto levanta a discussão complexa e genérica da relação entre Direito, ciência e tecnologia na vida da comunidade mundial (JENKS, 1968, p. 327).

Historicamente, a tecnologia atuou como uma “mão invisível” no desenvolvimento da sociedade, da cultura e, conseqüentemente, do Direito. Essa influência – ou mesmo controle –, com a crescente importância dos instrumentos eletrônicos para espionar indivíduos, empresas e Estados, continuará a desempenhar papel significativo e determinante na criação, transformação e destruição do Direito. Em resumo, “o Direito internacional cria (ou confirma) normas para administrar as mudanças causadas pela nova era da informação” (PICKER, 2001, p. 202-203 apud PAIM, 2011, p. 78). Isto é, o Direito internacional constantemente incorpora as mudanças trazidas pelo desenvolvimento tecnológico, adaptando-se a elas.

Joseph W. Dellapenna sintetiza alguns dos profundos efeitos dos impactos científico-tecnológicos no Direito Internacional em três “es-

¹³ Quando se afirma que não existe direito sem eficácia, se anuncia implicitamente o sacrifício da justiça e do homem à eficácia. Uma vez alcançado o desequilíbrio, a porta está aberta para a invasão técnica. Então se produz o fato que estamos assistindo entre os povos que tem o sentido jurídico talvez, menos fortemente enraizado que na França: a entrada da técnica no Direito [ELLUL, 1990, p. 268, tradução nossa].

feras”: mudança das finalidades, dos meios e da própria estrutura do Direito Internacional (DELLAPENNA, 2000, p. 881). Mais detalhadamente:

1. A ciência, e mais particularmente a tecnologia, mudam os problemas de que o Direito Internacional deve se ocupar (alteração de finalidade);
2. A ciência, e mais particularmente a tecnologia, mudam a escala de respostas disponíveis para os problemas enfrentados pelo Direito Internacional (alteração de meios);
3. A ciência e a tecnologia mudam as estruturas de intelectuais que compõe o raciocínio jurídico em geral e o Direito Internacional em particular, e, portanto, alteram a natureza e as funções do Direito Internacional mesmo que os meios e as finalidades como tais, não sejam afetados pelas mudanças científicas e tecnológicas (alteração estrutural) (DELLAPENNA, 2000, p. 881).

Como se pode ver, as inovações trazidas pela ciência e tecnologia influenciam a formulação das normas, inclusive no campo do Direito Internacional, com destaque para a área marítima, como será examinado a seguir. Importante notar, todavia, que uma análise retrospectiva histórica mostra que os impactos da tecnologia costumam ser assimilados *somente após* os acontecimentos de fatos que evidenciam a necessidade de (nova) resposta; isto é, os casos impulsionam a regulação do Direito. É esse fenômeno que analisaremos nos próximos itens, pretendendo-se mostrar como alguns acidentes emblemáticos promoveram a transformação do Direito do Mar.

3. Os impactos da tecnologia no Direito do Mar

O desenvolvimento tecnológico possibilitou uma exploração sem precedentes do ambiente marinho. As novas técnicas levaram a uma maior produção de bens e riquezas provindos do mar, em termos tanto de espaço explorado, como de escala de produtividade. As novas tecnologias e descobertas científicas permitiram maior conhecimento e acesso a todas as dimensões dos mares, como a extensão, leito e subsolo marinho, além de seus recursos e do constante desenvolvimento de atividades que neles se possam realizar (PAIM, 2011, p. 65). Grande exemplo disso é a exploração e transporte de petróleo, que requer um nível altíssimo de conhecimento e maquinário tecnológico.

No entanto, entre outras consequências ambivalentes, essa crescente exploração do ambiente marinho, acarreta a poluição das águas, das costas e dos fundos marinhos das mais variadas fontes – operação de

transporte, despejo de substâncias na água marinha, atividades em terra que repercutem no mar, etc. (SHAW, 2014, p. 651). Ou seja, ao usufruir das vantagens e riquezas do mar – seja pela navegação, seja pela extração de petróleo –, o homem paralelamente assumiu riscos, inclusive o risco de acidentes marítimos, como veremos.

O específico caso da exploração do petróleo é interessante e relevante nos tempos atuais. A exploração e o transporte de petróleo foram possíveis após décadas de desenvolvimento de técnica e conhecimento científico. Até hoje essas técnicas estão em evolução, haja vista a descoberta e exploração de petróleo na plataforma continental brasileira denominada de Pré-Sal, que requer nova série de pesquisas e avanços para ser aproveitada – uma empreitada que só é possível com o aperfeiçoamento de técnicas altamente sofisticadas.

Não apenas a exploração e produção do petróleo dependem do desenvolvimento tecnológico, mas também o transporte. O petróleo precisa ser transportado desde os países produtores até os consumidores ao redor do mundo. Segundo dados da ONU, em 2010, aproximadamente 1,8 bilhões de toneladas de petróleo foram transportados em petroleiros (*tankers*) por rotas marítimas, valor equivalente a 45% da produção mundial de óleo cru (NAÇÕES UNIDAS, 2012).

O transporte por navios é considerado um dos meios mais sustentáveis entre os disponíveis, com uma taxa de emissão de monóxido de carbono e óxidos nítricos inferior a qualquer outro meio de transporte¹⁴. Entretanto, é evidente que o transporte marítimo também oferece riscos ao meio ambiente. Inúmeros são os casos de acidentes que podem ser citados. Entre os que tiveram maior impacto ambiental estão os seguintes: 1) em 1967, o encalhe do navio liberiano *Torrey Canyon*, na costa do Reino Unido, o que ocasionou o derramamento de 123 mil toneladas de petróleo; 2) em 1978, o petroleiro liberiano *Amoco Cadiz* colidiu, encalhou e naufragou próximo à costa do Reino Unido, derramando 230 mil toneladas de crude; 3) em 1989, o navio *Exxon Valdez* colidiu com um iceberg e provocou o derrame de 41 mil toneladas no Alasca (EUA); 4) em 1992, o petroleiro cipriota *Haven* sofreu uma explosão no Mediterrâneo e derramou 144 mil toneladas de petróleo; 5) em 1996, o petroleiro liberiano *Sea Empress*, após encalhe, ocasionou o derramamento de cerca de 70 mil toneladas de petróleo nas costas do País de Gales; 6) em 1999, o petroleiro maltês *Erika* partiu-se em dois

¹⁴ Colocando em números, no transporte marítimo há emissão de 33,4 g de CO₂/1.000 TKU, enquanto que no transporte rodoviário, o mais poluente, há emissão de 164 g de CO₂/1.000 TKU. Outro dado que comprova tal afirmativa é que o transporte marítimo e por vias navegáveis representam apenas 4,5% da emissão total de CO₂ (carbono), 4% de enxofre (SO_x) e 7% de óxido de nitrogênio.

ao navegar a 40 milhas da costa do Reino Unido, a noroeste da França, e derramou mais de 20 mil toneladas de petróleo bruto, poluindo mais de 400 quilômetros da costa; 7) em 2002, o petroleiro *Prestige*, de bandeira liberiana, partiu-se em dois ocasionando o vazamento de aproximadamente 20 mil toneladas de petróleo na Espanha (MARTINS, 2007a, p. 250-251). Estima-se que, anualmente, é derramado no mar mais de um milhão de toneladas de petróleo e derivados (MARTINS, 2007b, p. 104), fazendo dos acidentes da navegação envolvendo derramamento de petróleo uma das principais causas de poluição marinha.

A nossa sociedade é dependente do hidrocarboneto; dessa forma, o petróleo é fonte de riqueza, poder e influência global. Por esse motivo, é altamente improvável que o petróleo deixe de ser explorado, produzido e transportado nas próximas décadas. Assim, considerando que o nosso estilo de vida não permite abdicar dessa fonte de energia e que o transporte de petróleo tem inerente potencial poluente, foi necessária a criação de um sistema legal de responsabilização e compensação dos danos provenientes dos acidentes com navios que resultassem em derramamento de petróleo. A conscientização da necessidade de preservar o meio ambiente, evitando acidentes e preparando medidas de resposta aos danos ocorridos, foi impulsionada justamente pela série de desastres ambientais presenciados nas últimas décadas. Os acidentes de navios que resultaram no derramamento de petróleo refletiram-se de forma muito evidente na produção normativa do Direito do Mar. Os acidentes ocorridos mobilizaram atenção e preocupação internacional e motivaram o desenvolvimento de instrumentos de resposta.

Neste artigo analisaremos, ainda que resumidamente, dois casos emblemáticos de poluição marinha por petróleo, os famosos *Torrey Canyon* e *Exxon Valdez*, e como eles influenciaram em termos de produção legal. Para proceder a essa análise, é preciso considerar três aspectos: a legislação existente a época; o incidente e o litígio consequente; e, por fim, o resultado jurídico-legal – convenções, tratados, emendas etc.

4. Caso *Torrey Canyon*

O episódio *Torrey Canyon* é um marco para o Direito do Mar. Representa o primeiro grande passo na produção legal no que concerne à poluição marinha por óleo.

Em março de 1967, o superpetroleiro *Torrey Canyon*, navio registrado na Libéria, chocou-se contra o rochedo de *Seven Stones*, depois de tomar uma rota inapropriada na tentativa de economizar tempo e minimizar o atraso em relação ao horário de chegada programado (WENE,

2002, p. 25). O navio acabou naufragando e derramou 118 mil toneladas de óleo cru nas águas do Mar do Norte, que atingiram a costa do Reino Unido. Alarmado com o desastre, o governo britânico bombardeou o navio para queimar o óleo remanescente e afundar a embarcação. O desastre, entretanto, já estava consolidado: destruição de vida marinha e prejuízos incalculáveis. Um detalhe muito importante é que o navio bombardeado pelo Reino Unido estava em alto mar, próximo, mas não em território marítimo britânico.

O incidente levantou uma série de questões legais que tiveram de ser analisadas. Primeiramente, colocou-se na prática o problema do combate da poluição marítima por óleo. O Reino Unido tinha direito de bombardear um navio estrangeiro que se encontrava fora de seu território marítimo? É válido um Estado proceder dessa forma em caso de iminente dano e prejuízo na sua costa? O que considerar como “procedimento válido” em situações de potencial risco de poluição?

Outra questão foi a perda econômica e física sofrida pelos pescadores, bem como os danos ao turismo decorrentes da poluição por óleo. Quem pagaria pelos prejuízos? Que valor seria imposto? Qual o procedimento legal? Ou seja, tornou-se mais que evidente a necessidade de estabelecer regras internacionais de responsabilidade e compensação em casos de vazamento acidental de petróleo no mar. O resultado dessas discussões em termos legais foi marcante. Em decorrência do acidente, quatro relevantes convenções foram criadas e que são, até os dias atuais, referências no campo da poluição ambiental.

A primeira grande Convenção, articulada na Conferência de Bruxelas de 1969, é a famosa Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil por Danos Causados por Poluição por Óleo (em inglês,

International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, ou comumente referida como *CLC 1969*), que entrou em vigor em 1975. O documento foi o primeiro a lidar com a responsabilidade por danos ocasionados por acidentes que provocam poluição por óleo, estabelecendo uma compensação e o limite dessa responsabilidade; até hoje está em vigor e compõe o primeiro nível de compensação. A *CLC 1969* estabeleceu que todas as reclamações de compensação seriam direcionadas contra o proprietário do navio, sendo que é *objetiva* a responsabilidade deste com relação aos danos causados – ou seja, independe de culpa.

Por outro lado, estabeleceu um limite monetário para a compensação devida, especificou um número pré-fixado de exceções e defesas à responsabilidade e, ainda, definiu as circunstâncias nas quais o dono do navio pode perder o direito ao limite de responsabilidade. Outros aspectos importantes endereçados pela Convenção de 1969 foi o estabelecimento de um fundo compulsório para navios carregando mais de duas mil toneladas de petróleo. Por fim, fixou as regras de jurisdição e prazos para os casos, estabelecendo assim um sistema detalhado, claro e necessário para lidar com os casos de poluição ambiental por petróleo.

A Convenção de 1969 foi a primeira sobre responsabilidade civil no que se transformou, com os anos, em um sistema robusto composto de várias convenções que tratam de acidentes marítimos com petróleo. Em decorrência desse primeiro passo dado com a Convenção de 1969, em 1992, foram assinados mais dois documentos: a Convenção sobre Responsabilidade Civil, de 1992, e o Fundo, de 1992 – sendo que este último oferece o segundo nível de proteção. O mais recente documento é o Protocolo Suplementar de 2003, que constitui o terceiro e mais alto nível de compensação, direcionado aos casos em que não é

abrangida a proteção oferecida pela Convenção de 1992 (CLC 1992) e pelo Fundo de 92 (1992 Fund).

Importante notar que, à época, como complemento à Convenção de Responsabilidade Civil de 1969, em decorrência do acidente com o *Torrey Canyon*, foi organizada a Conferência de Bruxelas de 1971, ocasião em que foi assinada a Convenção para o Estabelecimento de um Fundo Internacional de Compensação por Danos Causados pela Poluição por Óleo (International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage). No entanto, o Fundo de 1971 deixou de ter efeito em 24 de maio de 2002 e não se aplica a nenhum acidente posterior a essa data. O segundo nível de proteção e compensação, superior ao da CLC 1969, ocorreu pela Convenção que estabeleceu o Fundo de 1992.

Importante frisar que, em termos de aplicação geográfica, a Convenção de 1969 apresenta um aspecto muito relevante, pois é aplicável a qualquer caso de poluição em território ou mar territorial de qualquer Estado contratante. Ou seja, não importa a bandeira do navio causador da poluição, nem o local do acidente. Basta que os efeitos danosos de um acidente marítimo envolvendo petróleo causem poluição no território ou no mar territorial do país parte a fim de que a convenção seja acionável, o dono do navio seja responsabilizado e os danos sejam compensados.

Por outro lado, é importante esclarecer que a Convenção cobre a poluição por “óleo” – numa tradução do original “oil” – cuja definição esteja dentro de “óleo persistente”, como óleo cru e óleo combustível, não cobrindo, portanto, poluição decorrente de “óleos não persistentes”, como diesel leve, gasolina e querosene (NAÇÕES UNIDAS, 2012, p. 35). As substâncias que não se enquadram como “óleo persistente” estão no âmbito de outra convenção, a Convenção Internacional de 1996 sobre Responsabilidade e Compensação por Danos Conexos com o Transporte de Substâncias Nocivas e Perigosas por Mar (HNS).

Outro fator extremamente importante é que o petróleo que escapou ou foi descartado tem que ser o petróleo como carga, não como combustível para o próprio navio. Assim, a *CLC 1969* somente é aplicável aos navios construídos ou adaptados para o armazenamento e transporte de petróleo como carga, os “petroleiros”. Os casos envolvendo outros tipos de navios que não estes permaneceram sem tratamento até 2001, quando foi adotada a Convenção de Responsabilidade Civil por Danos Causados pela Poluição por Combustíveis de Navios, ou, no original em inglês “Convention on Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damage 2001” (também conhecida por *Bunkers Convention*), que entrou em vigor recentemente, em 21 de novembro de 2008 (NAÇÕES UNIDAS,

2012, p. 34). Essa convenção foi redigida aos moldes da Convenção de 1992 (CLC 1992), com algumas diferenças, aplicando-se a todos os tipos de embarcações marítimas que não sejam petroleiros (*oil tankers*).

Embora estas duas últimas Convenções tenham papel importante por complementarem o arcabouço regulatório internacional relativamente à compensação para casos de poluição no mar, elas ainda sofrem resistência por parte dos Estados, não estando, até o momento, definitivamente consagradas no cenário internacional como as outras Convenções de responsabilidade civil, que já têm aceitação ampla. Segundo o relatório anual de 2015 publicado pelo próprio Fundo Internacional de compensação por petróleo (IOPC), 114 Estados já são membros do Fundo de 1992, representando 94% do volume registrado de petróleo transportado por via marítima. Entre eles, 31 países também são parte do Protocolo para o fundo suplementar de 2003 (*IOPC FUNDS*, 2014, p. 6-7), são eles: Austrália, Barbados, Bélgica, Canadá, Congo, Croácia, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Japão, Letônia, Lituânia, Montenegro, Marrocos, Países Baixos, Noruega, Polônia, Portugal, República Democrática da Coreia, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Suécia, Turquia e Reino Unido. Assim, são visíveis a amplitude e a relevância dos tratados sobre responsabilidade e compensação por danos oriundos da poluição por petróleo firmados nas últimas décadas.

A terceira Convenção desenvolvida em consequência do acidente de *Torrey Canyon* foi a Convenção Internacional sobre a intervenção em alto-mar em casos de poluição acidental de 1969 (International Convention Relating to Intervention on the High Seas in Cases of Oil Pollution Casualties). Como já ressaltado, o governo britânico, alarmado com a dimensão do desastre, bombardeou o navio para queimar o óleo remanescente e afundar a embarcação, ainda que ela estivesse fora de seu território marítimo. Tal procedimento levantou questões que foram resolvidas justamente com a Convenção Internacional sobre Intervenção de 1969, que lida com o direito de o estado costeiro intervir em outro navio em alto mar, caso sua costa esteja ameaçada de poluição por óleo. Segundo essa convenção, os países parte podem tomar medidas de caráter excepcional em alto-mar no sentido de prevenir, mitigar ou eliminar perigo grave e iminente de poluição por petróleo na sua costa ou no mar.

Existem, entretanto, alguns requisitos para que essa intervenção seja válida: deve haver perigo grave e iminente de dano ou dano em andamento; a organização marítima consultiva internacional deve ser notificada; e a intervenção deve ser feita por navios ou naves militares da bandeira do estado costeiro ameaçado. Assim, percebe-se que o ato do

governo britânico foi legitimado e regras para o procedimento prático para evitar futuros desastres e sua propagação foram criadas.

O quarto grande resultado decorrente do acidente *Torrey Canyon* foi o desenvolvimento da MARPOL de 1973 (International Convention for the Prevention of Pollution from Ships), que lida com aspectos operacionais da poluição, estabelecendo medidas operacionais e preventivas.

5. Caso *Exxon Valdez*

O caso *Exxon Valdez* é um caso muito interessante, tratando-se de um acidente com navio americano em território americano, fato que pode ser considerado uma exceção, já que a maioria dos acidentes com petróleo (aproximadamente 90%) ocorre com navios de Estados chamados “Pavilhões de Complacência” ou “Bandeira de Complacência”. “Os Estados de pavilhão de complacência possuem legislação trabalhista e tributária pouco exigentes e utilizam-se da tecnologia e do capital trazido pelos armadores em seu benefício” (FIORATI, 1999, p. 223). Essa complacência, no entanto, coloca em risco a segurança da navegação marítima, ocasionando acidentes. Ou seja, “os pavilhões de complacência representam um sério risco para a preservação do meio ambiente marinho e para o combate à poluição marinha causada por acidentes” (FIORATI, 1999, p. 224). Os Estados que permitem tal complacência alegam que apenas estão tornando o transporte marítimo mais competitivo, ou seja, mais lucrativo. No entanto, representam, na verdade, uma concorrência desleal para os armadores que não se utilizam desses pavilhões, pois adotam a política de baixos salários aos seus trabalhadores e oferecem más condições de trabalho permitidas pelo regime jurídico pouco

exigente, tudo isso em nome de uma disputa mais lucrativa e competitiva (FIORATI, 1999, p. 223).

Este, entretanto, não foi o caso do *Exxon Valdez*. O navio americano encalhou no Recife de Bligh, em Prince Willian Sound, no Alaska, em 24 de março de 1989, enquanto, alegadamente, alterava sua rota programada na tentativa de desviar e evitar o gelo que se formava na região e atrapalhava a viagem (SEGURANÇA..., 2011).

O comandante ainda tentou desencalhar o navio do recife, mas a estabilidade já estava comprometida. O vazamento de petróleo durou três horas resultando em um derramamento de aproximadamente 11 milhões de galões de petróleo no mar. No mesmo dia, outro navio bombeou o que restava de carga no *Exxon Valdez*, enquanto medidas de limpeza eram tomadas. Os esforços para limpar a área afetada duraram três anos, mas até hoje ainda são encontrados bolsões de óleo abaixo da superfície de praias na costa do Alaska.

É de US\$ 7,2 bilhões de dólares a valoração ambiental estimada pelos economistas para cobrir os custos da operação somada a uma estimativa do custo da perda ambiental, ao passo que a valoração ambiental para a reposição de aves e mamíferos tem um custo médio de US\$ 300.000 para ursos, lontras, martas, veados e US\$ 170 a US\$ 6.000 dólares para aves e águias (SEGURANÇA..., 2011).

No entanto, embora os gastos com limpeza e reposição ambiental tenham sido bilionários, os danos ocasionados pelo acidente ainda não foram inteiramente sanados. Além disso, pescados nobres, como caranguejo gigante e arenque, não foram mais encontrados no local, representando um grande prejuízo para a fauna e para os pescadores da região. Estima-se que os resíduos provenientes do *Exxon Valdez* serão visíveis no Alasca por pelo menos 30 anos,

devido ao tipo de óleo e ao ambiente ártico em que foi derramado (EMBACH, 2016).

O fato é que acidentes como esse evidenciam a dificuldade e a complexidade de recuperar as áreas atingidas por um desastre ambiental. São eventos de longo prazo e consequências, em grande parte, imprevisíveis.

O comandante foi indiciado criminalmente sob três denúncias: por estar embriagado ao operar o navio, por imprudência e por negligenciar o derramamento de petróleo, mas foi condenado apenas pela imprudência e pela negligência. Além disso, houve uma discussão em relação a quem seria responsável pelo pagamento da indenização pelos danos. A corporação Exxon, dona da carga, resolveu a questão e pagou um total de 1,1 bilhão de dólares a título de multa criminal, restituição, acordos de compensação civil e para futuros danos ainda não descobertos (WENE, 2002, p. 32), a maior punição da história com o objetivo de minimizar os danos causados por um desastre ambiental corporativo (DESASTRE..., 2004). Cerca de 20% dos beneficiados, segundo seus advogados, morreram durante o processo judicial, que se transformou num dos mais longos da história dos Estados Unidos.

Os resultados legais desse caso são expressivos, uma vez que, à época, gerou agitação na comunidade marítima internacional, sendo que os EUA não tinham assinado os Protocolos de 1969, sobre responsabilidade, e de 1971, sobre o fundo de compensação.

Dois instrumentos emergiram desse incidente. Primeiro, a Convenção Internacional sobre Preparo, Resposta e Cooperação, Londres, 1990 (International Convention on Oil Pollution Preparedness, Response and Co-Operation – OPRC Convention), que estabeleceu regras para a melhor cooperação entre os Estados, em termos de responder a sérios acidentes de poluição. Segundo, adotou-se uma

Emenda à MARPOL, que tornou obrigatório o duplo casco. Isso provocou protestos por parte da indústria petrolífera, uma vez que os custos para alterar os navios de casco simples para casco duplo são altos. Entretanto, a questão foi resolvida após pesquisas na área para baixar o custo; e, em 1992, o duplo casco tornou-se obrigatório, assim como outros *designs* de construção que não o duplo casco foram aceitos, desde que aprovados pela IMO.

Nos EUA, especificamente, foi promulgada a “Oil Pollution Act” (OPA), em 1990, como resposta ao caso *Exxon Valdez*. Essa legislação criou um regime internacional alternativo, visto que dispõe de uma responsabilidade ilimitada para os casos de danos provenientes de poluição por petróleo.

Ainda como reflexo do acidente em pauta, e mesmo sem o apoio dos EUA, que adotaram regime próprio de responsabilização, a comunidade internacional revisou, em 1992, os limites da responsabilidade em casos de acidentes com petróleo das Convenções de 1969 e 1971, mediante a aprovação dos Protocolos de 1992, a Convenção sobre responsabilidade (CLC) e o Fundo de 92.

6. Considerações finais sobre os casos

Da análise dos dois casos, pode-se concluir que em ambos as medidas jurídico-legais foram apropriadas e contribuíram para a prevenção e o tratamento dos desdobramentos legais (responsabilidade e compensação) nos casos de acidentes que resultam em poluição por derramamento de petróleo. Segundo a ONU, estatísticas indicam que tanto o número quanto a magnitude de grandes derramamentos de petróleo – aqueles com potencial de causar grandes perdas econômicas e danos

ao ambiente marinho – diminuíram significativamente nos últimos 40 anos (NAÇÕES UNIDAS, 2012, p. 5). De acordo com a federação internacional de proprietários de navios petroleiros (ITOPF, na sigla em inglês para “International Tanker Owners Pollution Federation Limited”), o número médio de grandes acidentes *por ano* na década de 70 era mais do que 25, caindo para aproximadamente nove na década de 80 e oito nos anos 90. Na última década, os dados são ainda mais animadores: a média de grandes acidentes caiu para apenas 3 por ano. (NAÇÕES UNIDAS, 2012, p. 5)

Em 2010, todavia, quatro grandes derramamentos de óleo foram registrados, o que representa um número maior do que a média de 3,3 por ano referente à década. Cumpre notar, porém, que com um derramamento de 10 mil toneladas, o total de petróleo derramado no meio ambiente em 2010, conquanto maior do que dos anos de 2008 e 2009, é o quarto menor índice anual já registrado na história e também é significativamente menor que a média de óleo derramado em décadas anteriores.

Esses dados, embora positivos, obtidos com o desenvolvimento de um robusto sistema regulatório internacional de combate à poluição por petróleo oriunda de navios, evidenciam, por outro lado, que o Direito não é capaz, sozinho, de *eliminar inteiramente* os riscos e efeitos envolvidos nas operações de transporte de petróleo por navios – e os eventuais acidentes que causam poluição e os efeitos dessa poluição.

Derramamentos de óleo apresentam um enorme potencial poluidor tanto para o meio ambiente no fundo dos oceanos quanto para a vida costeira. Os efeitos imediatos do derramamento dessa substância tóxica incluem a mortalidade em massa e contaminação de peixes e outras espécies. Os efeitos em longo prazo podem ser ainda piores. Os resíduos de petróleo intoxicam o substrato orgânico marinho e costeiro, do qual peixes e criaturas do mar dependem para sua reprodução (EMBACH, 2007?).

Além de peixes e criaturas do mar, mamíferos, répteis, anfíbios e aves que vivem no oceano ou nas proximidades também são afetados pela poluição, ainda que indiretamente. Os perigos incluem a exposição ou ingestão de resíduos tóxicos, lesões tais como asfixia e, ainda, danos ao sistema de reprodução e alterações no comportamento dessas espécies. Outra consequência drástica observada em longo prazo decorrente da poluição é a interrupção da cadeia alimentar, o que pode acarretar o desaparecimento de espécies (EMBACH, 2007?).

Ou seja, os efeitos de desastres como os relatados aqui são complexos, duradouros e custosos – tanto em termos econômicos como ambientais. São também, em larga medida, imprevisíveis. Pode-se iden-

tificar uma nova consequência a qualquer momento e, inclusive, em lugares inesperados.

7. Considerações finais

Os avanços tecnológicos levaram a profundas mudanças na vida humana, com destaque para a forma como o ser humano interage com o meio ambiente. O avanço tecnológico e científico representa, muitas vezes, um grande perigo para o próprio homem e para o meio em que vive, dado que o uso da técnica é sempre acompanhado de efeitos imprevisíveis e não raramente danosos. Assim, uma das consequências mais gravosas dessa explosão tecnológica é a poluição do meio ambiente. A poluição desenfreada e inconsequente já está causando uma série de danos ao meio ambiente e ao próprio homem.

Isso pode ser observado de forma muito clara no ambiente marinho, espaço historicamente vital para o homem, mas que ganhou ainda mais valor com a evolução tecnocientífica, que permitiu expandir a exploração dos mares. Se, por um lado, os avanços tecnológicos permitiram a ampliação e expansão do usufruto das vantagens e riquezas do mar, por outro, o homem paralelamente também assumiu riscos, que frequentemente se consolidam em acidentes marítimos desastrosos. O cenário da exploração e transporte de petróleo – bem de grande valor econômico e político – no mar merece destaque uma vez que acidentes que ocasionam o derramamento de petróleo estão entre as principais causas de poluição ambiental no mundo. Os casos *Torrey Canyon* e *Exxon Valdez* são emblemáticos e ilustram bem essa situação.

Os prejuízos provenientes de desastres como os citados vão além da dimensão econômica, atingindo, principalmente, o meio ambiente (e, direta e indiretamente, o próprio ser humano). Esses efeitos são extremamente complexos, duradouros, custosos e imprevisíveis. Nota-se que o Direito Internacional, frente a essas situações, procurou respostas que encaminhassem soluções, ainda que parcialmente. Acidentes navais de grande porte revelam-se relevantes fatores no processo de transformação do regime legal internacional no que concerne à poluição marinha por petróleo, uma vez que essas ocorrências, as questões que levantam e os processos judiciais decorrentes determinam se a regulamentação existente é satisfatória.

Como visto, embora possa trazer significativos resultados positivos (tanto de prevenção quanto de resposta) por meio do sistema de regulamentação, o Direito por si só não é capaz de *eliminar inteiramente* os riscos e efeitos oriundos da tecnologia. Esse é um cenário, como discuti-

do no início do artigo, proveniente do próprio uso da técnica. A técnica não é neutra: da mesma forma que o progresso, ela é ambivalente em seus efeitos. São inerentes a ela certas consequências positivas e negativas independentemente de seu uso.

Assim, vivendo em uma sociedade imersa em técnicas de toda ordem, resta ao Direito o desafio de elaborar estratégias preventivas para minorar as consequências negativas do desenvolvimento técnico; contudo, a nossa ação será apenas parcial como reação tardia diante de um fato consumado.

Sobre os autores

Jorge Barrientos-Parra é doutor em Direito pela Université Catholique de Louvain, Lovaina, Bélgica; mestre em Direito pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professor de “Implicações Jurídicas das Influências da Tecnologia na Vida Humana, na Sociedade e na Biosfera”, no Programa de Mestrado em Direito da Universidade Estadual Paulista “Júlio Mesquita Filho” (UNESP), Franca, SP, Brasil.
E-mail: barrientos@fclar.unesp.br

Ana Carolina Carlucci da Silva é graduada em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio Mesquita Filho” (UNESP), Franca, SP, Brasil; mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual Paulista “Júlio Mesquita Filho” (UNESP), Franca, SP, Brasil.
E-mail: carolina.carlucci@hotmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹⁵

THE IMPACTS OF TECHNOLOGICAL ADVANCEMENTS, MARINE OIL POLLUTION AND THE REPERCUSSIONS ON THE LAW OF THE SEA

ABSTRACT: This paper analyze how technology has altered the way humans interact with the environment and the repercussions of this in law, focusing on oil transportation accidents. We present the concept of ambivalence of technology and its impact on human life and law, analyzing specifically the Law of the Sea, regarding the exploitation of oil. We bring two emblematic cases, Torrey Canyon and Exxon Valdez, and their legal results, demonstrating the relevance of large accidents as factors in the transformation process of the international legal regime. We conclude that technique is ambivalent since its use accompanies unpredictable and potentially harmful effects, such as pollution by oil. Looking for solutions, law has evolved creating liability and compensation mechanisms. The risks and effects of technology cannot be fully controlled, however it is the function of Law to deal with the consequences and prevent further accidents.

KEYWORDS: INTERNATIONAL LAW. LAW OF THE SEA. TECHNOLOGY. OIL. POLLUTION.

¹⁵ Sem revisão do editor.

Como citar este artigo

(ABNT)

Barrientos-PARRA, Jorge; SILVA, Ana Carolina Carlucci da. Os impactos dos avanços tecnológicos, a poluição marinha por petróleo e as repercussões no direito do mar. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 213, p. 135-157, jan./mar. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p135>.

(APA)

Barrientos-Parra, J., & Silva, A. C. C. da (2017). Os impactos dos avanços tecnológicos, a poluição marinha por petróleo e as repercussões no direito do mar. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(213), 135-157. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p135

Referências

ÁVILA, Maria Perez. O excesso de CO2 nos oceanos intoxica e desorienta os peixes. *El mundo*, Madri, 21 jan. 2016. Meio ambiente. Disponível em: <<http://www.elmundo.es/ciencia/2016/01/21/569f8c4246163fe72a8b465d.html>>. Acesso em: 26 jan. 2017.

BACON, Francis. *Novum organum*. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BAERTSCHI, Bernard. La vie artificielle: Le statut moral des êtres vivants artificiels, *Commission fédérale d'éthique pour la biotechnologie dans le domaine non humain*. 2009. Disponível em: <<http://www.ekah.admin.ch/fr/themes/biologie-synthetique.html>>. Acesso em: 26 jan. 2017.

BARRIENTOS-PARRA, Jorge; MATOS, Marcos Vinicius A. B. *Direito, técnica, imagem: os limites e os fundamentos do humano*. São Paulo: Cultura acadêmica, 2013. Disponível em: <http://www.culturaacademica.com.br/_img/arquivos/DIREITO,%20T%C9CNICA.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2017.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Portaria n. 445, de 17 de dezembro de 2014. *Diário Oficial da União*, 18 dez. 2014. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=18/12/2014&jornal=1&pagina=127&totalArquivos=144>>. Acesso em: 30 jan. 2017.

CELLAN-JONES, Rory. Stephen Hawking warns artificial intelligence could end mankind. *BBC*, 2 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/technology-30290540>>. Acesso em: 26 jan. 2017.

COASE, Ronald. The problem of social cost. *Journal of law and economics*, p. 1-44, out. 1960. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/724810>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

CORNES, Richard; TODD, Sandle. *The theory of externalities, public goods, and club goods*. Cambridge: Cambridge University, 1988.

DELLAPENNA, Joseph W. Law in a shrinking world: the interaction of science and technology with international law. *Kentucky Law Journal*, v. 88, n. 4, 2000.

DESASTRE do Exxon Valdez: uma contínua história de mentiras. *Greenpeace*, 23 mar. 2004. Disponível em: <[TTP://www.greenpeace.org/brasil/pt/Noticias/desastre-do-exxon-valdez-uma/#.Tlr5om_yMVA.email](http://www.greenpeace.org/brasil/pt/Noticias/desastre-do-exxon-valdez-uma/#.Tlr5om_yMVA.email)>. Acesso em: 4 jan. 2016.

ELLUL, Jacques. *A técnica e o desafio do século*. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1968.

_____. *Le bluff technologique*. Paris: Hachette, 1988.

_____. *La technique ou l'enjeu du siècle*. Paris: Economica, 1990.

_____. *Le système technicien*. Paris: Le cherche midi, 2004.

EMBACH, Carolyn. Oil spills: impact on the ocean. *Water Encyclopedia*, [2007?]. Disponível em: <<http://www.waterencyclopedia.com/Oc-Po/Oil-Spills-Impact-on-the-Ocean.html>>. Acesso em: 27 jan. 2017.

FIELD, Barry C. *Economia ambiental: una introduccion*. Colômbia: McGrawHill, 1985.

FIORATI, Jete Jane. A convenção das Nações Unidas sobre direito do mar de 1982 e os organismos internacionais por ela criados. *Revista de informação legislativa*, v. 34, n. 133, jan./mar. 1997.

_____. *A disciplina jurídica dos espaços marítimos na convenção das Nações Unidas sobre direito do mar de 1982 e na jurisprudência internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GARRIC, Audrey. Le 7e continent de plastique: ces tourbillons de déchets dans les océans. *Le monde*, 9 maio 2012. Disponível em: <http://www.lemonde.fr/planete/article/2012/05/09/le-7e-continent-de-plastique-ces-tourbillons-de-dechets-dans-les-oceans_1696072_3244.html>. Acesso em: 26 jan. 2017.

HAWKING, Stephen et al. Stephen Hawking: transcendence looks at the implications of artificial intelligence: but are we taking AI seriously enough?. *Independent*, 1^o maio 2014. Disponível em: <<http://www.independent.co.uk/news/science/stephen-hawking-transcendence-looks-at-the-implications-of-artificial-intelligence-but-are-we-taking-9313474.html>>. Acesso em: 18 fev. 2016.

HELBLING, Thomas. What are externalities?. *Finance e development*, p. 48-49, dez. 2010.

HOTOIS, Gilbert. La technoscience: de l'origine du mot à son usage actuel. In: GOFFI, J. Y. (Coord.) *Regards sur les Technosciences*. Paris: J. Vrin, 2006.

INTERNATIONAL OIL POLLUTION COMPENSATION FUNDS (IOPC FUNDS). *Annual report: 2014*. London, 2014.

JENKS, Clarence Wilfred. The new science and the law of nations. *International and comparative law quarterly*, v. 17, 1968.

LATOUCHE, Serge. *La mégamachine*. Paris: La Découverte, 1995.

MARTINS, Eliane M. Octaviano. Desenvolvimento sustentável e transportes marítimos. *Verba Juris*, v. 6, n. 6, jan./dez. 2007a.

_____. Segurança marítima vis-à-vis desenvolvimento sustentável. *Revista CEJ*, v. 11, n. 37, abr./jun. 2007b.

_____. Direito marítimo internacional: da responsabilidade internacional pelos danos causados ao meio ambiente marinho. *Verba Juris*, v. 7, n. 7, p. 257-288, jan./dez., 2008.

_____. *Curso de direito marítimo: teoria geral*. 4 ed. Barueri: Manole, 2013. 1 v.

NAÇÕES UNIDAS. *International convention on civil liability for oil pollution damage*. 1969. Disponível em: <<http://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20973/volume-973-I-14097-English.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. *International convention on the establishment of an international fund for compensation for oil pollution damage*. 1971. Disponível em: <http://www.iopcfunds.org/uploads/tx_iopcpublishations/Text_of_Conventions_e.pdf>. Acesso em: 26 jan 2017.

_____. *Convenção das nações unidas sobre o direito do mar*. 1982. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Table/Convenção-das-Nações-Unidas-sobre-o-Direito-do-Mar-1982>>. Acesso em: 26 out. 2017.

_____. Liability and compensation for ship-source oil pollution: an overview of the international legal framework for oil pollution damage from tankers. *Studies in Transport law and policy*, n. 1, 2012.

PAIM, Maria Augusta. *O petróleo no mar: o regime das plataformas marítimas petrolíferas no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

SEGURANÇA e medicina do trabalho: grandes acidentes: Exxon Valdez. 31 ago. 2011. Disponível em: <<http://tecseg-do-trabalho.blogspot.com.br/2011/08/grandes-acidentes-exxon-valdez.html>>. Acesso em: 26 jan. 2017.

SHAW, Malcolm N. *International law*. 7. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

VANDERBURG, Willem H. *Our war on ourselves: rethinking science, technology, and economic growth*. Toronto: University of Toronto Press, c2011.

WENE, Justine. *The development of international conventions relating to marine pollution: an appraisal using the TASCOI method of organizational practice in reference to Torrey Canyon*. Lund: University of Lund, 2002.

Simple Social

Os limites da reforma proposta – análise do Projeto de Lei nº 25/2007

LEONEL CESARINO PESSÔA

Resumo: O projeto de Lei Complementar nº 25/2007, da Câmara dos Deputados, propõe alterações no regime do Simples Nacional de forma a permitir a adesão das organizações da sociedade civil. Ele sofreu várias alterações durante sua tramitação no Senado Federal. Este artigo tem por objetivo analisar comparativamente as versões do projeto aprovadas na Câmara e no Senado, tendo em vista o horizonte mais amplo dos principais problemas para o cumprimento das obrigações tributárias enfrentados pelas organizações da sociedade civil.

Palavras-chave: Organizações da sociedade civil. Simples Nacional. Custos de conformidade à tributação. Contribuição Previdenciária Patronal. Custos de transação.

Introdução

Muito se tem discutido sobre como aperfeiçoar o arcabouço tributário das organizações da sociedade civil, as OSCs.¹ Uma tentativa recente foi feita pelo projeto de Lei Complementar (PLP) nº 25/2007, da Câmara dos Deputados, que propõe alterações no regime do Simples Nacional. Com a nova redação, essa Lei passaria a permitir expressamente a possibilidade de as OSCs fazerem a opção pelo regime simplificado.

Atualmente, quando prestam serviço ou vendem mercadoria, as OSCs não podem beneficiar-se do tratamento diferenciado a que têm

Recebido em 23/8/16
Aprovado em 24/10/16

¹Um diagnóstico recente dos problemas do arcabouço regulatório das organizações da sociedade civil (que inclui os problemas tributários) pode ser encontrado em Dora e Pannunzio (2013).

direito as empresas que aderem ao Simples Nacional, pois o art. 8º da Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) nº 94/2011 determina que pessoas jurídicas com códigos CNAE próprios de OSCs não podem aderir ao Simples.

Essa Resolução cria, portanto, uma situação paradoxal. Embora atuem em prol do interesse público, quando prestam serviço ou vendem mercadoria, as organizações têm tratamento tributário mais severo do que o que é assegurado às microempresas.

O projeto aprovado na Câmara foi enviado ao Senado Federal, onde recebeu o nº 125/2015. O substitutivo aprovado no Senado, por sua vez, foi enviado novamente à Câmara onde será submetido ao plenário.²

O presente artigo tem por objetivo analisar as duas versões do projeto de Lei Complementar, tendo em vista o horizonte mais amplo do debate que tem sido travado sobre os problemas tributários enfrentados pelas organizações da sociedade civil. Ele é dividido em seis partes, além desta introdução. A primeira delas apresenta, com base em diagnóstico recente, os principais problemas na tributação das organizações da sociedade civil. A segunda introduz os regimes diferenciados criados para as microempresas e empresas de pequeno porte. Em seguida, são analisados os textos do projeto (aprovados na Câmara e no Senado) que pretendem incluir as OSCs entre as pessoas jurídicas a serem beneficiadas pelo tratamento diferenciado. Três aspectos dife-

rentes são analisados, respectivamente, na terceira, quarta e quinta partes do artigo. A sexta parte apresenta as conclusões.

1. Problemas tributários das organizações da sociedade civil

Alguns traços do sistema tributário brasileiro prejudicam muito as atividades das organizações da sociedade civil (OSCs).³ Pessoa e Trezza (2015) fizeram um diagnóstico recente desses problemas. A partir de entrevistas com 26 organizações com diferentes receitas, número de funcionários, localização geográfica, idade e área de atuação foram identificados dois problemas principais para o cumprimento das obrigações tributárias pelas OSCs.

O primeiro deles são os custos de conformidade à tributação, os quais não são problemas exclusivos das OSCs, mas caracterizam o sistema tributário brasileiro como um todo. Para as organizações, eles são ainda mais graves, pois elas dependem das certificações, a serem obtidas nas três esferas legislativas, para poder usufruir da imunidade ou isenção.

A pluralidade de certificações e o trâmite excessivamente lento e burocrático dos procedimentos para sua obtenção e renovação criam dificuldades que afligem todas as organizações.

O segundo problema atinge especificamente as OSCs para as quais o texto constitucional não assegura imunidade, isto é, aquelas que não atuam nas áreas de educação, saúde e assistência social. O alto custo da contribuição previdenciária patronal (CPP) afeta significativamente o desempenho de suas atividades e

²Na Câmara, o texto foi apresentado pelo Deputado João Arruda na forma de uma subemenda substitutiva global ao projeto de Lei Complementar que altera o regime do Simples Nacional. Ele foi aprovado, em primeiro turno, na Câmara, no dia 2 de setembro de 2015. O texto aprovado no Senado foi apresentado no parecer da Senadora Marta Suplicy – designada relatora na Comissão de Assuntos Econômicos – ao Projeto de Lei Complementar da Câmara nº 125 de 2015 – e aprovado na Comissão em 8 de dezembro de 2015.

³Sobre a influência do ambiente jurídico para o desenvolvimento das atividades das organizações da sociedade civil, ver, por exemplo, Salamon e Toepler (2000).

um amplo conjunto de organizações identificou esse como seu principal problema.

Dada a dificuldade de contratar formalmente funcionários, muitas organizações procuram maneiras de contornar esse problema. Como mostrou a pesquisa, três alternativas mais frequentemente usadas são: “(1) contratar pessoas jurídicas via MEI – Microempreendedor Individual; (2) pagar a pessoa como prestador de serviço autônomo; (3) contratar via cooperativa, associando-se o prestador de serviços a ela”. Ocorre que, como essas soluções não são rigorosamente legais, ao recorrer a elas, as organizações ficam sujeitas a demandas trabalhistas e à fiscalização (PESSÔA; TREZZA, 2015, p. 63).

2. Os regimes do Simples Federal e Nacional

No Brasil, nas últimas décadas, houve uma grande redução de custos de conformidade à tributação para as microempresas e empresas de pequeno porte com a criação dos regimes tributários diferenciados e favorecidos do Simples Federal, Simples Nacional e do MEI – Microempreendedor Individual.

Em 6 de dezembro de 1996, foi promulgada a Lei nº 9.317, que disciplina o tratamento tributário diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte. Seu art. 3º dispunha que, caso o faturamento da pessoa jurídica não ultrapassasse determinado valor anual, ela seria classificada como microempresa ou empresa de pequeno porte. Nessa situação, a empresa poderia optar por sua inscrição no SIMPLES – Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

Conforme o § 1º desse artigo, a inscrição no SIMPLES implicaria o pagamento mensal unificado dos seguintes impostos e contribuições: a) Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ); b) Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP); c) Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL); d) Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS); e) Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).

O artigo 5º, por sua vez, estipulava que o valor a ser pago mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte, inscritas no SIMPLES, seria determinado pela aplicação de determinado percentual sobre a receita bruta mensal auferida. Esse montante passaria a ser pago em única guia.

Em 14 de dezembro de 2006, a Lei Complementar nº 123 revogou o Simples Federal e introduziu o Simples Nacional (Regime Especial

Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional), que incluiu, além dos tributos do regime anterior, o ISS, o ICMS e, com algumas exceções, a Contribuição Previdenciária Patronal.⁴

A Lei Complementar nº 128 alterou a Lei Complementar nº 123 e introduziu ainda a figura do Microempreendedor Individual (MEI). Ela considera MEI o “empresário individual a que se refere o *art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil*, que tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais), optante pelo Simples Nacional e que não esteja impedido de optar pela sistemática prevista neste artigo” (BRASIL, 2008, grifo nosso). Nesse regime, o Microempreendedor Individual recolhe um valor fixo mensal pelos vários tributos, incluído entre eles a Contribuição Previdenciária Patronal.

Com a criação desses regimes diferenciados, as vantagens para as microempresas e empresas de pequeno porte foram de duas ordens. Elas passaram a pagar menos tributo e os custos de conformidade também diminuíram. Em primeiro lugar, os tributos passaram a ser pagos em guia única, mas a adesão ao Simples implicou também a redução de outras obrigações acessórias como a apresentação da DCTF e obrigações acessórias ligadas ao ICMS.

O Regime do Simples Federal não incluía a Contribuição Previdenciária Patronal (CPP) entre os tributos objeto de pagamento unificado. O regime do Simples Nacional incluiu esse tributo, mas de forma seletiva. A CPP foi incluída no caso de a opção ser feita pela maioria das microempresas e empresas de pequeno porte prestadoras de serviço, mas não foi incluída no caso de a empresa optante ser prestadora de alguns serviços como limpeza e segurança.

Como se mencionou, resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional, hoje em vigor, impede que as OSCs possam se beneficiar do tratamento favorecido assegurado às Microempresas e empresas de pequeno porte. O projeto de Lei Complementar nº 25/2007 pretendeu corrigir essa situação de desigualdade facultando às OSCs a adesão ao regime tributário especial criado para as Microempresas.

No Senado, esse projeto recebeu alterações significativas no parecer da Senadora Marta Suplicy – designada relatora na Comissão de

⁴Dispõe o art. 13 da Lei Complementar nº 123: “O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições: VI – Contribuição Patronal Previdenciária – CPP para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que trata o *art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991*, exceto no caso da microempresa e da empresa de pequeno porte que se dedique às atividades de prestação de serviços referidas no § 5º-C do art. 18 desta Lei Complementar” (BRASIL, 2006, grifo nosso).

Assuntos Econômicos do Projeto de Lei Complementar da Câmara nº 125 de 2015. Ele foi aprovado na Comissão e em Plenário, e, em 30 de junho de 2016, remetido novamente à Câmara.

Três aspectos dos projetos serão objeto de análise: a forma como foi feita a equiparação entre Microempresa e Organizações da Sociedade Civil; a expressão “receita não imune” utilizada pelo legislador do projeto na Câmara e substituída por “os demais tributos isentos ou imunes” no Senado; e as disposições que trataram da contribuição previdenciária patronal nos dois projetos.

3. A equiparação das OSCs à Microempresa e à Empresa de Pequeno Porte

Em primeiro lugar, trata-se de analisar a pretendida equiparação entre Microempresa e OSC. Como o objetivo dos dois projetos foi estender o regime tributário favorecido da Lei do Simples às OSCs, o caminho natural seria que, em razão de sua natureza jurídica distinta, elas constassem na Lei do Simples (ao lado das microempresas e empresas de pequeno porte) como beneficiárias pelo tratamento diferenciado. Assim, o regime jurídico simplificado para essas entidades poderia ser estabelecido de forma autônoma (eventualmente até em anexo próprio) e disciplinado de forma que fossem levadas em consideração todas as suas particularidades.

Não foi essa, no entanto, a alternativa seguida pelo projeto de lei, tanto na versão aprovada na Câmara, quanto naquela aprovada no Senado. Ao contrário, no projeto aprovado na Câmara, o legislador acrescentou ao artigo 3º da Lei nº 123/2006 um § 17º com o seguinte teor: “Para fins de enquadramento no Simples Nacional, previsto no Capítulo IV desta Lei, considera-se microempresa e empresa de pequeno porte as organizações da sociedade civil – OSC, conforme o art. 2º, inciso I, da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014” (BRASIL, 2016b), redação que foi mantida no substitutivo elaborado pela Senadora Marta Suplicy.

Todavia, por que não alterar o *caput* dos artigos 1º e 3º e não incluir as OSCs ao lado das microempresas e empresas de pequeno porte desde logo, sem precisar recorrer ao instituto da equiparação?

Creio que é possível compreender a apreensão e a intenção do legislador. A Constituição Federal, no seu art. 146, III, “d”, estabelece ser de competência da Lei Complementar a definição do tratamento diferenciado para a microempresa e empresa de pequeno porte, não fazendo qualquer menção, nesse dispositivo, às OSCs. Trata-se de analisar se esse artigo e seu parágrafo único criam algum tipo de obstáculo ao legis-

lador. Em primeiro lugar, é preciso separar aquilo que não é dificuldade. Ainda que o dispositivo constitucional não tenha mencionado expressamente as OSCs, nada impediria que essa ou outra Lei dispusesse sobre o tratamento diferenciado para elas, não sendo necessária, quanto a esse ponto, autorização constitucional expressa para a concessão de isenções.

Porém, o regime único de arrecadação estabelecido pelo parágrafo único desse dispositivo constitucional inclui impostos de competência da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Como a competência tributária inclui a competência de isentar, reduzir alíquotas e assim por diante, poderia se argumentar que, a menos que a Constituição autorizasse expressamente, Lei Federal – mesmo que Complementar – não poderia dispor sobre o ICMS e o ISS eventualmente devidos pelas OSCs, pois são impostos de competência dos Estados e Municípios respectivamente. E que, diante do texto atual da Constituição de 1988, não seria possível simplesmente alterar-se o *caput* dos arts. 1º e 3º da Lei do Simples para incluir as OSCs.

Daí, possivelmente, o recurso à técnica da “equiparação”. Mas, se é disso que se trata, teria sido natural que o legislador tivesse utilizado o verbo “equipara-se” ou outro análogo, em vez de “consideram-se microempresa e empresa de pequeno porte [...]” (BRASIL, 2016b). São muitas as situações de “equiparação” no direito brasileiro, inclusive do direito tributário. O art. 150 do RIR – Regulamento do Imposto de Renda –, por exemplo, equipara à pessoa jurídica “III – as pessoas físicas que promoverem a incorporação de prédios em condomínio ou loteamento de terrenos”. O art. 51 do CTN estabelece como contribuinte do IPI “I – o importador ou quem a ele a lei equiparar” e “II – o industrial ou quem a ele a lei equiparar”.

Possivelmente, o legislador, ao utilizar o termo “consideram-se”, mais forte que o “equiparam-se”, tenha pretendido acentuar que, ainda que apenas “para fins de enquadramento no simples nacional”, as duas figuras são subsumidas a *facti species* “microempresa e empresa de pequeno porte” prevista no parágrafo único do art. 146. Essa ênfase, a meu ver, não é necessária, pois é justamente essa subsunção de um fato à *facti species* inicialmente estabelecida para outro que está no fundamento da figura da equiparação.

Portanto, para permitir que as OSCs, quando prestam serviço ou vendem mercadoria, também usufruam dos benefícios do Simples com relação aos tributos que incidem sobre essas operações, o Projeto optou por um caminho mais curto. Em vez de nova lei ou de alterações maiores nos dispositivos na Lei do Simples – que eventualmente implicassem alterações da Constituição –, recorreu-se à equiparação por meio do termo “consideram-se”.

4. Manutenção de imunidade e isenção

O segundo ponto a ser analisado também diz respeito à autonomia de tratamento para as OSCs, mas tendo em vista as isenções já existentes.

O § 17 a ser acrescentado ao art. 3º da Lei Complementar 123, na redação estabelecida na Câmara dos Deputados, dispunha: “Para fins de enquadramento no Simples Nacional [...], consideram-se microempresa e empresa de pequeno porte as Organizações da Sociedade Civil [...] relativamente às receitas não imunes, observados os limites desta Lei Complementar, na forma do § 27 do art. 18” (BRASIL, 2016b).

Assim, ao fazer a “equiparação”, o § 17 do art. 3 estabeleceu uma distinção entre dois tipos de receita. As OSCs seriam consideradas microempresa e empresa de pequeno porte com relação a uma delas. No entanto, para descrever o tipo de receita com relação ao qual haveria equiparação, o legislador não foi feliz e utilizou o termo receitas “não imunes”, separando-as do que seriam, nos seus termos, as receitas “imunes”.

Em outro dispositivo introduzido pelo projeto aprovado na Câmara, o legislador já havia excluído alguns tipos de receita do conceito de receita bruta. A redação do § 27 que seria dado ao art. 18 da Lei do Simples pelo projeto aprovado da Câmara era a seguinte: “Para os fins do disposto no § 17 do art. 3 desta Lei Complementar não serão computadas como receita bruta: I – contribuições, anuidades, mensalidades associadas fixadas por lei, assembleia, ou estatuto, recebidas de associados, instituidores ou mantenedores; II – doações de pessoas físicas ou jurídicas, ainda que com encargos; III – doações e patrocínios efetuados a projetos de entidade com apoio em leis

federais de incentivos; IV – transferência de recursos da administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios efetuada com base em parcerias por meio de termos de fomento, de colaboração, de parceria, contrato de gestão ou outros instrumentos congêneres”.

As exclusões do § 27 do art. 18, não esgotavam, no entanto, todas as receitas das OSCs que não deveriam ser objeto de tributação. Como esse parágrafo não havia excluído da receita bruta as receitas isentas e como o § 17 do art. 3 do projeto aprovado na Câmara sujeita à tributação pelo Simples as receitas “não imunes”, poder-se-ia interpretar que, no novo regime, as receitas isentas (mas “não imunes”) poderiam ser objeto de tributação. O aplicador do direito teria que resolver uma antinomia entre uma lei posterior, e em certa medida especial, e uma lei anterior, mas também, em certa medida, especial.

Um exemplo prático nesse sentido seriam as atuais isenções para a tributação do lucro, via IRPJ e CSLL. O Projeto de Lei nº 25/2007 aprovado na Câmara não estabeleceu nenhuma diferença de tratamento para as OSCs em relação às microempresas e empresas de pequeno porte com relação a esses dois tributos. Qualquer que seja o “anexo” aplicável às OSCs, nos termos do Projeto aprovado na Câmara, a renda está sujeita à mesma alíquota existente para as microempresas.

Entretanto, não faria sentido algum que as OSCs, ao aderirem ao Simples, passassem a pagar IRPJ e CSLL, se são isentas dos tributos quando não optam pelo regime simplificado. O Simples tem por objetivo simplificar e reduzir, e não pode aumentar a carga tributária. Não se argumente que, ainda que ocorra aumento com relação a um dos tributos, haveria diminuição da tributação no cômputo geral, pois é perfeitamente possível construir o regi-

me diferenciado para as OSCs mantendo-se a atual isenção relativa a esse tributo.

Porém, esse ponto foi alterado no projeto aprovado no Senado, que substituiu o parecer aprovado na Câmara. O § 17 do art. 3 passou a ter a seguinte redação: “§ 17. Para fins de enquadramento no Simples Nacional, previsto no Capítulo IV desta Lei, considera-se microempresa e empresa de pequeno porte as organizações da sociedade civil – OSC, conforme o art. 2º, inciso I, da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, relativamente às receitas não imunes ou isentas, observados os limites desta Lei Complementar, na forma do § 27 do art. 18” (BRASIL, 2016b).

A rigor, a legislação anterior não dispunha sobre isenção ou imunidade de receitas.⁵ De qualquer forma, nesse ponto, a redação aprovada no Senado é melhor que a aprovada na Câmara e alguns problemas que poderia surgir na aplicação dessas normas foram resolvidos.

5. A Contribuição Previdenciária Patronal

O terceiro aspecto a ser analisado diz respeito à contribuição previdenciária patronal (CPP), a chamada “cota patronal do INSS”. Como já mencionado, esse é o tributo que mais dificulta o desenvolvimento das atividades das OSCs, principalmente das que atuam nas áreas não contempladas pela imunidade constitucional. Trata-se de analisar, em seguida, a disciplina que os projetos aprovados na Câmara e no Senado deram para referido tributo.

O Projeto aprovado na Câmara reduziu os anexos da Lei do Simples de seis para quatro, redução essa que foi mantida no projeto aprovado no Senado. De acordo com o projeto aprovado na Câmara, a adesão ao Simples pelos dois grupos de pessoa jurídica seria feita sem que a CPP estivesse incluída entre os tributos objeto do tratamento diferenciado. Tanto no caso do grupo de atividades previsto no § 5º, “i”, do art. 18 (anexo IV do projeto aprovado na Câmara e anexo VI da Lei atualmente em vigor) – que inclui atividades como medicina, inclusive laboratorial e enfermagem, medicina veterinária, odontologia, psicologia, psicanálise e assim por diante –, quanto no caso do grupo de atividades previsto no § 5º, “c” do mesmo artigo, que inclui atividades como construção de imóveis e obras de engenharia em geral e serviço de vigilância, limpeza ou conservação, a CPP deveria ser paga à parte.

Esses dois grupos de atividade já constam da lei em vigor, ainda que, no primeiro caso, a CPP esteja regulada de maneira diferente da propos-

⁵ Ver, por exemplo, Schoueri (2011, p. 377) e Amaro (2008, p. 150).

ta. O anteprojeto aprovado na Câmara, no entanto, inclui no grupo de atividades previsto no § 5º, “i” (portanto, sujeitas ao anexo IV, no qual não há inclusão da cota patronal) o item XII com a seguinte redação: “XII – outras atividades do setor de serviços que tenham por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, desde que não sujeitas à tributação na forma do Anexo III desta Lei Complementar” (BRASIL, 2014).

Parte dos serviços prestados pelas OSCs está entre os descritos nesse item XII. Assim, de acordo com o anteprojeto aprovado na Câmara, mesmo que atividades como administração de imóveis de terceiros, laboratórios de clínicas, tomografia, diagnóstico por imagem, agência de viagens, lotéricas, contadores, advogados e fisioterapeutas tenham a CPP incluída entre os tributos objeto do tratamento simplificado, as atividades descritas no item XII, em princípio, não incluiriam tal tributo. A razão de as atividades descritas nesse inciso estarem sujeitas à tributação na forma do anexo IV e não do anexo III é um ponto específico que mereceria atenção e justificação do legislador.

De qualquer forma, o § 5º, “j”, do artigo 18, excetuava essa regra geral estabelecida para as atividades descritas no item XII e remetia, em algumas situações, as atividades nele descritas para tributação na forma do anexo III (que inclui a CPP). Nos termos do anteprojeto aprovado na Câmara, “§ 5º-L As atividades de prestação de serviços a que se refere o § 5º-I serão tributadas na forma do Anexo III desta Lei Complementar caso a razão entre a folha de salários e a receita bruta da pessoa jurídica seja maior do que 22,5% (vinte e dois inteiros e cinquenta centésimos por cento)” (BRASIL, 2015).

Assim, de acordo com o projeto aprovado na Câmara, para se beneficiar da inclusão da CPP entre os tributos sujeitos ao tratamento diferenciado, a microempresa nunca poderia permitir que a relação entre folha e receita superasse os 22,5%. Suponha-se uma empresa que tenha folha de salários no valor de R\$ 22.500,00. Caso a sua receita não superasse R\$ 100 mil, ela estaria ainda no limite que permite a opção pela inclusão da CPP entre os tributos objeto do Simples. No entanto, se sua receita superasse esse valor, o valor do gasto com a folha de pagamentos teria que ser aumentado de forma que a proporção de 22,5% se mantivesse.

A lógica desse critério que faz todo o sentido no âmbito da microempresa. Se o objetivo geral da Lei que confere tratamento diferenciado é assegurar a criação de empregos, a empresa que fatura mais precisaria criar mais empregos para manter-se no regime.

Porém, transposto para as OSCs, esse critério poderia não fazer tanto sentido. Se o critério para determinar quanto deveria ser pago a título de CPP pelas organizações que aderissem ao regime fosse uma razão entre folha de salários e receita bruta que não poderia ultrapassar os 22,5%, todas elas teriam facilidade em aderir ao regime que incluísse a CPP porque, nos termos do § 27 que seria introduzido no art. 18 da Lei do Simples, a grande maioria dos recursos que as organizações recebem não seria considerada receita. Com efeito, dispunha esse parágrafo: “§ 27 – Para fins do disposto no § 17 do art. 3º desta Lei Complementar não serão computadas como receita bruta: I – contribuições, anuidades ou mensalidades associadas fixadas por lei, assembleia ou estatuto, recebidas de associados, instituidores ou mantenedores; II – doações de pessoas físicas ou jurídicas, ainda que com encargos; III – doações e patrocínios efetuados a projetos de entidade com apoio em leis federais de incentivos; IV – transferência de recursos da administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, efetuada com base em parcerias por meio de termos de fomento, de colaboração, de parceria, contrato de gestão ou outros instrumentos congêneres” (BRASIL, 2015).

Como o montante a ser pago a título de CPP seria obtido a partir de uma alíquota a incidir sobre a receita e como, na grande maioria dos casos, as entradas em dinheiro nas organizações da sociedade civil não são consideradas receita, o valor a ser pago a título de CPP seria equivalente a zero para todas as organizações, qualquer que fosse o número de funcionários 10, 100 ou 1000. Estar-se-ia concedendo uma espécie de isenção por via transversa. Receamos que, como não é claro que foi essa a intenção do legislador – em nenhum momento, por exemplo, na exposição de motivos, se falou em algo assim – a falta de clareza com relação

a esse ponto pudesse gerar dúvidas posteriores e insegurança.

O projeto de lei aprovado no Senado tratou da CPP de forma totalmente diferente. Nos termos do referido projeto, o § 5º do art. 18 da Lei do Simples passará a ter a seguinte redação: “Art. 18 § 5º – As atividades realizadas por Organizações da Sociedade Civil, na forma do art. 3º, § 1º, serão tributadas conforme os Anexos I, II e V desta Lei Complementar, de acordo com a atividade desempenhada, hipóteses em que não estará incluída no Simples Nacional: I – a contribuição prevista no inciso VI do *caput* do art. 13 desta Lei Complementar, devendo ela ser recolhida segundo a legislação prevista para os demais contribuintes ou responsáveis; II – os demais tributos isentos ou imunes, conforme regulamentação do CGSN” (BRASIL, 2016a).

Portanto, o projeto aprovado no Senado exclui a CPP dos tributos que estariam inclusos no tratamento diferenciado caso as organizações optassem pela adesão ao Simples.

Conclusão

No diagnóstico elaborado sobre os principais problemas para o cumprimento das obrigações tributárias pelas OSCs, dois deles foram apontados como mais importantes: peso que a CPP tem para as organizações que não gozam de imunidade constitucional e os altos custos de conformidade à tributação a que estão sujeitas as organizações, em especial, as certificações.

O projeto que altera a lei do Simples, tanto na versão aprovada na Câmara quanto na aprovada no Senado, diminuam, em alguma medida, os custos de conformidade à tributação das organizações que prestam serviço ou vendem mercadoria. Ainda que não tratem do principal

desses custos, que são as certificações, e mesmo que muitos dos problemas que existem para as microempresas que aderem ao Simples – como a limitação à geração de créditos ao tributo efetivamente pago – continuariam a existir para as OSCs, a possibilidade de elas aderirem ao regime simplificado corrige uma situação de desigualdade (elas não poderem aderir ao regime) que não se justificava e permite a redução dos custos de conformidade em alguma medida, ainda que pequena.

Três pontos específicos desse projeto foram analisados por meio da comparação entre as versões aprovadas na Câmara e no Senado. Com relação ao primeiro, não se acredita que equiparação realizada pelo emprego da expressão “consideram-se” possa causar problemas. Em segundo lugar, o projeto aprovado no Senado – ao disciplinar que serão objeto de tributação as receitas das OSCs não imunes e não isentas – corrige o projeto aprovado na Câmara e resolve possível controvérsia que poderia surgir no caso da adesão das OSCs ao Simples com respeito aos tributos para os quais vigora isenção. Por último, foi analisado o tratamento dispensado pelo projeto, nas suas duas versões, à CPP e a inclusão desse tributo entre aqueles que seriam objeto de tratamento diferenciado.

Assim, o peso excessivo da CPP para as OSC foi identificado como um dos dois principais problemas para que elas cumpram suas obrigações tributárias, mas a versão final do projeto, aprovada no Senado, não estabelece nada de novo com relação a esse ponto. A redação do projeto aprovada na Câmara poderia gerar controvérsias. Afinal, como não era clara a intenção do legislador; se na prática prevalecesse uma interpretação que implicasse a desoneração total das OSCs com relação à CPP, seguramente só se chegaria a esse desfecho depois de muitas atuações e controvérsias interpretativas.

No entanto, se por um lado o projeto aprovado no Senado é claro e não cria controvérsia alguma com respeito à CPP, por outro lado, ao não permitir sua inclusão entre os tributos a merecer tratamento diferenciado, acaba por não oferecer solução para um dos problemas que mais afligem as OSCs, a incidência da CPP sobre sua folha de salários.

Sobre o autor

Leonel Cesarino Pessoa é doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; pesquisador visitante na New School for Social Research, Nova Iorque, Estados Unidos, e na Università Commerciale Luigi Bocconi, Milão, Itália; professor do Programa de Mestrado Profissional da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito), São Paulo, SP, Brasil.

E-mail: leonel.pessoa@fgv.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁶

BRAZILIAN NATIONAL SIMPLIFIED TAXATION SYSTEM: THE LIMITS OF THE PROPOSED REFORM

ABSTRACT: The Complementary Law Project n. 25/2007, from the House of Representatives, proposed changes in the Brazilian National Simplified Taxation System in order to allow the adhesion of Civil Society Organizations. It has undergone several changes in the Senate. The article aims to compare the project versions approved in the House of Representatives and the Senate in view of the wider horizon of the main taxation problems faced by civil society organizations in Brazil.

KEYWORDS: CIVIL SOCIETY ORGANIZATIONS. BRAZILIAN NATIONAL SIMPLIFIED TAXATION SYSTEM. COMPLIANCE COSTS OF TAXATION. PAYROLL TAXATION. TRANSACTION COSTS.

Como citar este artigo

(ABNT)

PESSÔA, Leonel Cesarino. Simples social: os limites da reforma proposta – análise do Projeto de Lei nº 25/2007. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 213, p. 159-171, jan./mar. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p159>.

(APA)

Pessôa, L. C. (2017). Simples social: os limites da reforma proposta – análise do Projeto de Lei nº 25/2007. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(213), 159-171. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p159

Referências

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. *Diário Oficial da União*, 15 dez. 2006.

_____. Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008. *Diário Oficial da União*, 22 dez. 2008.

_____. Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014. *Diário Oficial da União*, 8 ago. 2014.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara: complementar n. 125*, de 2015. 9 set. 2015.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara: complementar n. 125*, de 2015. 28 jun. 2016a.

_____. Lei Complementar nº 155, de 27 de outubro de 2016. *Diário Oficial da União*, 28 out. 2016b.

⁶Sem revisão do editor.

DORA, Denise; PANNUNZIO, Eduardo. Em busca da ousadia: comentários sobre o anteprojeto de lei apresentado pelo grupo de trabalho 'marco regulatório das organizações da sociedade civil'. *Direito GV: research paper series*, n. 76, ago. 2013.

PESSÔA, Leonel Cesarino, TREZZA, Valéria M. A tributação das organizações da sociedade civil: condições de possibilidade para um simples social. *Pensando o direito*, n. 53, 2015. Disponível em: <http://www.participa.br/articles/public/0011/4339/Leonel_53_finalizada_web.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2017.

SALAMON Lester M.; TOEPLER, Stefan. The influence of the legal environment on the development of the nonprofit sector. *Center for civil society studies: working paper series*, n. 17, 2000.

SCHOUERI, Luis Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011.

Considerações sobre a proteção do direito à imagem na internet

CHIARA SPADACCINI DE TEFFÉ

Resumo: Verifica-se que os direitos da personalidade vêm sendo constantemente expostos na internet, tanto por seus titulares quanto por terceiros. O grande avanço tecnológico permitiu o desenvolvimento de diversos mecanismos para a captação, a manipulação e a divulgação da imagem da pessoa humana, o que facilitou a ameaça de lesão ou mesmo a efetiva violação do direito à imagem e tornou necessário ampliar os estudos relativos tanto ao conteúdo do direito à imagem quanto aos meios para a sua proteção na internet. No presente artigo, concluiu-se que, em regra, a utilização não autorizada da imagem alheia deveria ser proibida independentemente de eventual lesão à honra, salvo se as peculiaridades e as circunstâncias do caso legitimassem tal uso. O direito à imagem encontra-se envolvido em diversos conflitos de interesses, que em geral se relacionam também a liberdades fundamentais, de modo que a solução do caso concreto dependerá de uma adequada ponderação dos direitos envolvidos. Caso o uso da imagem na internet não seja devidamente justificado, ficará configurado o dever de compensar o dano moral sofrido pela vítima, sendo dispensável provar o prejuízo do lesado e o lucro do ofensor.

Palavras-chave: Direitos da personalidade. Direito à imagem. Compensação. Dano moral. Internet.

Introdução

No ano de 2006, a modelo Daniella Cicarelli e seu namorado, Renato Malzoni, tiveram as suas imagens captadas em momentos íntimos, durante período de lazer, em praia na Espanha. Sem saber que estava sendo filmado, o casal protagonizou cenas ousadas, que acabaram sendo publicadas em um site de visibilidade internacional, o YouTube. Diante

Recebido em 31/10/16
Aprovado em 7/11/16

da situação, em setembro de 2006, o casal ajuizou uma ação na Comarca de São Paulo com o fim de proibir a transmissão das imagens. Nascia, assim, o *leading case* brasileiro relativo à problemática da exposição não autorizada de imagens em sites de compartilhamento de conteúdo na Internet. Dez anos após esse marcante episódio, os intérpretes do direito ainda encontram muitas dificuldades para proteger os direitos da personalidade no ambiente virtual. Em um cenário em que as redes sociais virtuais e os aplicativos de interação *online* promoveram uma nova dinâmica para os relacionamentos humanos, a imagem vem sendo constantemente exposta tanto por seu titular quanto por terceiros. O intenso uso de celulares conectados à rede móvel de internet possibilita que cada indivíduo tenha meios para vigiar, registrar e divulgar imagens de pessoas e de eventos, em tempo real. Nada mais escapa às lentes e, para piorar, toda essa informação pode acabar sendo inserida sem nenhum controle na internet. É, portanto, essencial que sejam desenvolvidos estudos acerca dos danos causados à pessoa pela utilização indevida ou abusiva de sua imagem, assim como acerca da compensação pelo dano moral sofrido, visto que a responsabilidade civil deve servir como instrumento de tutela dos interesses da pessoa humana, oferecendo mecanismos hábeis para protegê-la na internet.

À medida que a tecnologia evolui, novas ferramentas são desenvolvidas e, conseqüentemente, surgem novas formas de causar danos a terceiros, sendo possível destacar, entre as diversas situações: a divulgação não autorizada de imagens íntimas e/ou de cenas de nudez em aplicativos e sites de compartilhamento de conteúdo; a criação de perfis falsos em redes sociais virtuais; a indexação por provedores de pesquisa de conteúdo em desacordo com as características atuais do indivíduo; a criação de página com mensagens ofensivas a determinada pessoa ou com atribuição de características em desacordo com a atual personalidade do retratado; e a exposição abusiva da imagem de uma determinada pessoa em notícia jornalística ou em quadro de humor. Areladas ao uso indevido de imagem encontram-se também práticas de intimidação e de agressão a terceiros na internet, como o *cyberbullying* e a chamada pornografia de vingança.

Em razão da complexidade das situações lesivas, cada caso deverá ser analisado concretamente, sendo consideradas as especificidades do fato e as pessoas envolvidas, bem como o estágio atual de desenvolvimento dos mecanismos tecnológicos que permitem a filtragem e/ou a remoção de conteúdos na internet, de forma que a decisão proferida possa ser efetivamente cumprida e garanta a reparação integral dos danos sofridos. Com base nas referidas considerações, busca-se desenvolver breve estudo relativo à proteção do direito à imagem na internet. Para tanto,

o artigo inicia-se tratando dos contornos atuais do direito à imagem, especialmente de seu conceito, da relevância de perquirir o consentimento do titular do bem e das possibilidades de utilização da imagem mesmo sem autorização prévia. Na segunda parte, será realizada análise sobre a compensação pelo dano à imagem, nos casos em que restar configurado dano moral à vítima. Por fim, tratar-se-á da proteção do Marco Civil da Internet para as imagens que contêm cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado. O estudo foi realizado com base nas premissas do direito civil-constitucional, que preconiza que as normas devem ser lidas permanentemente à luz da Constituição da República, sendo priorizadas as situações existenciais da pessoa humana.

1. O direito à imagem na legalidade constitucional

O direito à imagem confere à pessoa a faculdade de usar a própria imagem, dispor dela e reproduzi-la, podendo haver caráter comercial ou não na utilização. Além disso, o referido direito possibilita que seu titular obste a reprodução indevida ou injustificada de sua imagem, guardando relação com a proteção desse bem. Entende-se que o direito à imagem protege principalmente interesses existenciais da pessoa, sendo compreendido como um direito da personalidade por se encontrar intrinsecamente ligado ao indivíduo na condição de ser, refletindo a expressão de sua existência. Nesse sentido, compreende-se que tal direito pertenceria à integridade psicofísica do indivíduo, uma vez que está ligado tanto ao aspecto físico, ao corpo do ser humano, quanto ao moral e psíquico.¹

Inicialmente, o conceito de imagem era analisado de forma restrita, com base em aspectos meramente visuais. A imagem era entendida como toda representação gráfica, fotográfica, esculpida ou cinematográfica de uma pessoa. Posteriormente, em razão do grande avanço tecnológico, que impactou diretamente o tratamento, a captação e a divulgação da imagem, houve um gradual desenvolvimento dos con-

¹“A integridade da pessoa tem uma unidade problemática, pois único é o bem ou interesse protegido. Tanto o perfil físico quanto aquele psíquico constituem componentes indivisíveis da estrutura humana [...]: a tutela de um desses perfis se traduz naquela da pessoa no seu todo, e a disciplina na qual consiste esta tutela é, de regra, útil também para cada um de seus aspectos” (PERLINGIERI, 2008, p. 776). No mesmo sentido, Maria Celina Bodin de Moraes ensina que a integridade seria composta de duas categorias indissociáveis do ser, o corpo e a mente, de modo que, também no campo jurídico, ela deveria ser tratada de acordo com a perspectiva da integridade psicofísica. Na esfera civil, a integridade psicofísica teria o objetivo de garantir diversos direitos da personalidade, como a vida, o corpo, o nome, a honra, a imagem, a intimidade e a identidade pessoal, não havendo a necessidade de estabelecer uma estrutura rígida classificatória (BODIN DE MORAES, 2014).

tornos do direito à imagem e a ampliação dos bens por ele protegidos. Compreendeu-se que a pessoa humana também construiria sua imagem por meio de sua índole, características pessoais, comportamentos e atitudes na vida cotidiana, o que a caracterizaria singularmente e a individualizaria em relação às demais pessoas. Ao longo de sua existência, o ser humano desenvolve características e qualidades que são incorporadas à sua personalidade, o que o torna individualizado e reconhecido no meio em que transita.

Quando se protegem apenas a fisionomia e o retrato do indivíduo, o conteúdo do direito à imagem torna-se por demais reduzido, deixando descobertas diversas situações em que a imagem pode vir a ser violada sem que ocorra necessariamente lesão à expressão gráfica.² Dessa forma, parece razoável que

² Há lesão à imagem quando ela é veiculada de maneira deformada ou equivocada, não sendo condizente com a identidade que o sujeito construiu socialmente. Observa-se que a falsa representação das características do indivíduo, incompatível com a imagem-atributo que ele construiu acerca de si mesmo, nem sempre conterà conteúdo negativo capaz de manchar sua reputação. Imagine que uma determinada pessoa adote ostensivamente uma conduta contrária ao tabagismo, trabalhando inclusive em programas de conscientização sobre os males causados pelo fumo. Caso ela seja surpreendida com a publicação de matéria jornalística que a retrate, equivocadamente, como um fumante compulsivo, estará caracterizada a lesão à sua imagem-atributo. O ato de fumar não implica desonra para a pessoa; porém, no caso em tela, a matéria jornalística contraria a conduta adotada pelo sujeito, retratando-o de forma equivocada (SOUZA, 2003). Em julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, determinado homem pleiteou danos morais em razão de certa empresa ter utilizado sua imagem, sem autorização, em página do Facebook denominada “Lexus Amazing”, para a promoção do veículo automotor denominado “Lexus”. Entretanto, por ironia do destino, o autor era conhecido por apoiar o uso de bicicletas como meio de transporte, definindo-se como “cicloativista”. Assim entendeu o magistrado: “Na hipótese vertente, restou incontroversa a ausência de autorização do autor para veiculação de sua imagem, inexistindo dúvida de que sua utilização foi feita de forma indevida pela ré, o que implica violação ao direito de imagem, a ensejar a reparação dos prejuízos extrapatrimoniais causados. Acresça-se que a imagem trazida às fls. 22 foi utilizada para divulgação de um automóvel, ‘Lexus’, enquanto que o autor é conhecido nas redes sociais por criticar o uso de automóveis e incentivar o uso da bicicleta

sejam reconhecidos dois perfis para o direito à imagem, os quais se encontram protegidos pela Constituição Federal de 1988: a imagem-retrato, expressão externa da pessoa humana, que representa a fisionomia e a forma plástica do sujeito (art. 5º, X); e a imagem-atributo, que representa “o conjunto de características decorrentes do comportamento do indivíduo, de modo a compor a sua representação no meio social”³, ou seja, as características por meio das quais a personalidade do indivíduo seria captada pela coletividade, no sentido do conceito social de que desfruta (art. 5º, V)⁴. Assim como o ser humano tem a garantia legal de se opor à reprodução, à publicação ou à exposição de sua forma exterior, igualmente deve ter a garantia de que as características que o identificam não poderão ser utilizadas de forma distorcida ou modificada material ou intelectualmente.⁵

A expressa positivação do direito à imagem na Constituição Federal de 1988 concedeu um novo fôlego a esse bem, garantindo sua devida interpretação e autonomia em relação aos demais direitos da personalidade, o que aca-

como meio de transporte, definindo-se como “cicloativista” (SÃO PAULO, 2015).

³ Bodin de Moraes (2010, p. 136).

⁴ Uma das críticas enfrentadas pela imagem-atributo é a de que esse conceito se confundiria com o de honra objetiva. Todavia, é pacífico o entendimento de que a honra objetiva se encontra ligada à consideração que terceiros têm em relação a determinada pessoa. A honra objetiva estaria, portanto, vinculada à reputação e às qualidades atribuídas a um indivíduo. Nesse sentido, verifica-se que eventual ofensa à imagem-atributo não atingirá, necessariamente, a honra objetiva, visto que a falsa representação das características do indivíduo nem sempre conterà conteúdo negativo.

⁵ Carlos Affonso Souza ensina que o reconhecimento da imagem-atributo se encontra em plena harmonia com a ampliação das hipóteses de proteção à pessoa humana, fenômeno que representa uma mudança do paradigma patrimonialista, presente no Código Civil de 1916, para a adoção de uma dogmática civilista que coloca em preeminência o aspecto existencial. O autor destaca que “[...] o campo principal de aplicação da tutela relativa à imagem-atributo reside na veiculação de informações pelos meios de comunicação, sendo assegurado quando de sua violação o respectivo direito de resposta da pessoa ofendida” (SOUZA, 2003, p. 44).

bou aumentando os questionamentos relativos à redação do artigo 20 do Código Civil⁶. Salvo no caso de uso comercial, a mencionada norma condiciona a possibilidade de o titular da imagem proibir a sua veiculação às hipóteses em que o fato também lesionar a sua honra, o que, todavia, nem sempre se verifica e acaba por impedir a tutela de um bem relativo à personalidade humana. A imagem, uma vez consagrada como direito fundamental, não deveria ter a sua divulgação proibida apenas quando a publicação atingisse também a honra, a boa fama ou a respeitabilidade do indivíduo. Em regra, a utilização não autorizada da imagem de uma pessoa deveria ser proibida, salvo se as peculiaridades e as circunstâncias do caso legitimassem o uso do bem, ocasião em que seria necessário avaliar alguns parâmetros e limites desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência.

Se o uso da imagem não for devidamente justificado, ficará configurado o dever de compensar a vítima, sendo dispensáveis as provas do prejuízo do lesado e do lucro do ofensor para a caracterização do dano moral. Sentindo-se lesado, o titular do bem poderá coibir a utilização indevida ou abusiva por meio da via judicial, requerendo tanto a tutela inibitória quanto a ressarcitória. Esse entendimento alinha-se com o enunciado 587 da VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que dispõe que o dano à imagem restará configurado quando presente a utilização indevida desse bem jurídico, independentemente da concomitante lesão a outro direito da personalidade, sendo dispensável a prova do prejuízo do lesado ou do lucro do ofensor para a caracterização do referido dano, por se tratar de modalidade de dano *in re ipsa*. O referido enunciado não impõe restrição absoluta à utilização de imagem alheia, pois se proíbe apenas a utilização indevida da imagem, como já assentado pela jurisprudência pátria, devendo conceber-se por indevida a utilização injustificada, abusiva, lesiva ou desproporcional (SANSEVERINO; SILVA, 2015).

Na doutrina contemporânea, é possível encontrar diversos parâmetros para analisar se no caso concreto houve uma utilização indevida e/ou abusiva de determinada imagem, capaz de gerar danos a seu titular, bem como para orientar o intérprete nas hipóteses de colisão entre o direito à imagem e o direito à liberdade de expressão (BARROSO, 2004; BODIN DE MORAIS, 2013; SCHREIBER, 2011, p. 109-110). Em síntese, recomenda-se que o intérprete verifique: (i) a veracidade do fato

⁶ Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais (BRASIL, 2002).

exposto; (ii) a forma e a linguagem como o fato foi noticiado; (iii) se houve justo motivo para a exposição da imagem; (iv) se a exposição foi proporcional à expectativa de privacidade do retratado, ou seja, se a exposição se deu de acordo com o grau de consciência do retratado em relação à possibilidade de captação de sua imagem no contexto de que foi extraída; (v) se o local onde ocorreu o fato era público; (vi) se a pessoa retratada era notória ou pública; (vii) se havia interesse público na divulgação da informação; (viii) o grau de preservação do contexto originário no qual a imagem foi colhida; (ix) o grau de identificação do retratado na imagem ou no material escrito; (x) se houve a intenção de ofender ou abuso do direito de informar; e (xi) as características de sua utilização, se comercial, jornalística ou biográfica.

A Internet permite que pessoas de lugares diferentes e com graus diversos de educação possam ter acesso ao mesmo conteúdo, bem como propicia o incremento de mecanismos que facilitam a participação popular na própria elaboração dos conteúdos divulgados, ampliando o rol de atores envolvidos na construção da rede. Entretanto, ainda que a Internet seja o espaço por excelência da liberdade, nem toda informação será digna de proteção jurídica, podendo circular de forma ampla e livre; por vezes, será necessário avaliar, entre outros fatores, o interesse público e a utilidade socialmente apreciável de sua divulgação.

No final do século XX, a doutrina começou a verificar a reprodução pelas novas gerações de um crescente desejo de ser visto e percebido para além da comunidade em que se encontravam, ocorrendo a exposição constante de si e de terceiros (SIBILIA, 2013). Tanto os detalhes mais interessantes quanto os mais inócuos vêm sendo exibidos diariamente em ferramentas que possuem características tanto da Web 2.0 (a Web participativa)⁷ quanto da Web 3.0 (a Web semântica) (BERNERS-LEE; HENDLER; LASSILA, 2001; MARKOF, 2006)⁸ e que podem ser

⁷Na Web 2.0, ocorreu o intenso desenvolvimento de *blogs*, *chats*, redes sociais e mídias sociais colaborativas. No início dos anos 2000, a internet popularizou-se em todo o mundo, vindo a abranger diversos atores. Tim O'Reilly afirma que a Web 2.0 seria a Web como plataforma, abrangendo todos os dispositivos conectados (O'REILLY, 2005a). A Web 2.0 diria respeito a uma segunda geração de serviços e aplicativos da rede e a recursos, tecnologias e conceitos que permitiriam um maior grau de interatividade, participação e colaboração na utilização da internet. O'Reilly afirma: "Web 2.0 is the network as platform, spanning all connected devices; Web 2.0 applications are those that make the most of the intrinsic advantages of that platform: delivering software as a continually-updated service that gets better the more people use it, consuming and remixing data from multiple sources, including individual users, while providing their own data and services in a form that allows remixing by others, creating network effects through an 'architecture of participation' and going beyond the page metaphor of Web 1.0 to deliver rich user experiences" (O'REILLY, 2005b).

⁸Na Web 3.0, a tecnologia atua no sentido de organizar o conteúdo, visando à interação inteligente e personalizada do usuário com o material disponibilizado na rede. Os provedores buscam entregar informações personalizadas, deduzir o que o internauta deseja e desenvolver mecanismos para expandir as suas capacidades de intuição. Na Web

acessadas facilmente por meio de aplicativos voltados para a rede móvel de internet, por exemplo: (a) as redes sociais virtuais, como o Facebook, o Instagram e o Snapchat; (b) os sites que armazenam e permitem o compartilhamento de fotos e vídeos, como o YouTube⁹; e (c) os aplicativos para o envio de texto e imagem, como o WhatsApp.

Observa-se que, no caso de exposição voluntária da própria imagem, especialmente em local público ou de forma pública na internet, uma eventual compensação financeira para seu titular, em razão da conduta de terceiro, poderá restar prejudicada. No Recurso Especial 595.600 (BRASIL, 2004), os ministros entenderam que a exposição voluntária poderia excluir a proteção à imagem, como no caso de quem pratica *to-pless* em cenário público, correndo o risco da divulgação dessa imagem pela imprensa. Nessa hipótese, entendeu-se que a referida conduta pre-excluiria a indenização por dano moral, mesmo havendo a publicação da imagem sem a autorização de seu titular. Obviamente, não se pode negar a proteção do direito à imagem à pessoa humana; todavia, conforme os elementos do caso concreto, a tutela do direito poderá ocorrer de forma mais restrita. Questiona-se: seria adequado aplicar para aquele que se expõe em local público, seja em ambiente real, seja virtual,

semântica, é dado significado à informação, o que permite que computadores e pessoas trabalhem melhor em cooperação.

⁹Em 2012, Nissim Ourfali ficou nacionalmente conhecido quando seu pai colocou no YouTube um vídeo em que o rapaz cantava uma paródia da música “What Makes You Beautiful”, contando a sua história de vida até os 13 anos. No vídeo, há efeitos especiais, montagens e participações da família. A intenção da família era apenas disponibilizar a gravação para alguns familiares que não haviam comparecido ao Bar Mitzvah (cerimônia que marca o aniversário de 13 anos de homens judeus); porém, como a página estava pública, o vídeo divulgado tornou-se viral na internet, alcançando mais de 3 milhões de visualizações. Em razão da produção de sátiras e paródias do vídeo, a família do adolescente considerou que seus direitos personalíssimos haviam sido lesados e ingressou com uma ação, requerendo que o Google excluísse quaisquer vídeos que apresentassem o nome, a voz e/ou a imagem do jovem e estivessem disponíveis no YouTube, no Orkut e no Blogger. Todavia, a empresa alegou ser impossível atender à solicitação por ser extremamente genérica e não indicar precisamente os URLs em que os conteúdos danosos estariam presentes. Em 2012, o juízo de primeiro grau indeferiu o pedido de antecipação de tutela. No julgamento de mérito, em julho de 2014, o juiz negou o pedido da família de Nissim, alegando ser impossível remover um conteúdo da rede sem a indicação direta de sua hospedagem. Ressaltou que o vídeo havia sido copiado e transformado em uma infinidade de outros produtos, bem como divulgado em diversos meios, o que tornaria impossível o seu controle. Além da dificuldade técnica, afirmou-se que a exclusão de quaisquer materiais constituiria “forte censura” e “ofensa gigantesca ao princípio da liberdade de informação”. Observou também que, caso a ação fosse julgada procedente, inúmeros outros vídeos e mídias seriam removidos sem que tivessem qualquer vínculo real com o autor. O juiz considerou ainda que o pai do garoto teria agido de forma imprudente, por não ter tido cautela no momento da divulgação do vídeo original, uma vez que a empresa ré oferecia a opção de compartilhamento privado, o que teria evitado o constrangimento público do rapaz (LUCHETE, 2014). Entretanto, em 15 de março de 2016, o Tribunal de Justiça de São Paulo determinou que o Google Brasil deveria excluir da internet os vídeos em que o garoto Nissim Ourfali canta sobre sua família, seus programas favoritos e seu gosto em viajar para a Praia da Baleia. Para a 9ª Câmara de Direito Privado, provedores de conteúdo são obrigados a apagar conteúdos prejudiciais à imagem de menores de idade, mesmo que a parte não indique o endereço das páginas (URLs) (VASCONCELLOS; LUCHETE, 2016).

a mesma dimensão de proteção oferecida às pessoas notórias? Como deveria ser realizada a tutela dos bens da personalidade daquele que voluntariamente promove a exposição de sua imagem de forma contínua na internet? Os problemas mencionados mostram-se bastante polêmicos e atuais, em razão das novas interações do ser humano com a tecnologia, sendo necessário o aprofundamento dos estudos relativos aos direitos da personalidade e às formas de tutela da pessoa humana.

1.1. O consentimento para o uso da imagem

Na legalidade constitucional, torna-se necessário valorizar a vontade do titular do direito, que deverá, em regra, expressar o seu consentimento de forma livre, informada, específica e, preferencialmente, antes da utilização do bem por terceiro. Por causa do grande avanço científico e tecnológico, tornou-se mais relevante questionar o consentimento do titular do bem, tendo em vista a dificuldade encontrada pelos indivíduos para gozarem de pleno controle sobre a utilização de seus dados pessoais e atributos. Nesse sentido, defende-se que a interpretação do consentimento deve, em regra, ocorrer de forma restritiva, não podendo o intérprete estender a autorização concedida para o uso da imagem para outros meios além daqueles pactuados, para momento posterior, para fim diverso ou, ainda, para pessoa distinta daquela que recebeu a autorização. O consentimento é dado pela pessoa em um determinado contexto, de forma que, caso ele seja alterado, será necessário reavaliar a utilização da imagem ou mesmo questionar novamente o titular do bem. Observa-se a necessidade de agir com cautela ao se admitir um consentimento tácito para a difusão da imagem, pois, ainda que não pareça razoável a exigência de autorização em todas as hipóte-

ses, a divulgação de uma determinada imagem que exponha, por exemplo, conteúdo sensível de seu titular terá o potencial de causar graves danos a ele, devendo o intérprete ponderar, no caso concreto, os interesses em conflito.¹⁰

Em pesquisa doutrinária, verificou-se que há poucos estudos dedicados ao consentimento para o uso de imagem. Por outro lado, há densos trabalhos acerca do consentimento para a utilização e o tratamento de dados pessoais, sendo possível traçar um paralelo entre esses estudos. Entende-se que o consentimento representa um instrumento de manifestação individual no campo dos direitos da personalidade; ele representa uma liberdade de escolha de que a pessoa dispõe, sendo um meio para a construção e a delimitação de sua esfera privada.¹¹ Nesse sentido, o consentimento deveria ser enquadrado como um ato unilateral, cujo

¹⁰ Em voto, o Ministro Raul Araújo enfatizou a importância do consentimento expresso para a utilização da imagem humana em quadro televisivo: “[...] não obstante o direito de informação da empresa de comunicação e o perceptível caráter de interesse público do quadro retratado no programa televisivo, está clara a ofensa ao direito à imagem do recorrido, pela utilização econômica desta, sem a proteção dos recursos de editoração de voz e de imagem para ocultar a pessoa, evitando-se a perfeita identificação do entrevistado, à revelia de autorização expressa deste, o que constitui ato ilícito indenizável. 3. A obrigação de reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não sendo devido exigir-se a prova da existência de prejuízo ou dano. O dano é a própria utilização indevida da imagem” (BRASIL, 2012a).

¹¹ “O consentimento alerta igualmente para o papel de destaque do direito privado na elaboração de uma disciplina dos dados pessoais. O recurso à autonomia privada, característica natural desta matéria, ocorre no mesmo momento que o consentimento, como meio para a determinação da esfera privada, vem a se constituir em um instrumento para o livre desenvolvimento da personalidade” (DONEDA, 2006, p. 376).

¹² Danilo Doneda (2006, p. 379) afirma que a especificidade para o tratamento de dados pessoais pediria uma funcionalização de sua própria natureza jurídica, não parecendo adequada a caracterização de uma natureza negocial a esse consentimento, visto que tal opção reforçaria o sinalagma entre o consentimento para o tratamento dos dados pessoais e uma determinada vantagem obtida por aquele que consente, o que afirmaria a sua índole contratual e acarretaria a utilização de esquemas proprietários para o trato dos dados pessoais.

efeito seria o de “[...] autorizar um determinado tratamento para os dados pessoais, sem estar diretamente vinculado a uma estrutura contratual” (DONEDA, 2006, p. 377-378). Seu fundamento residiria na possibilidade de autodeterminação em relação aos dados pessoais, devendo tal autodeterminação ser o elemento principal a ser levado em conta quando se estabelecessem a natureza jurídica e os efeitos desse consentimento (DONEDA, 2006, p. 377-378).

Observa-se que a informação é um fator determinante para a expressão de um consentimento livre e consciente, de forma que se deve destacar a importância do princípio da finalidade para restringir utilizações genéricas de bens da personalidade. O consentimento deverá ser dado para um certo tratamento, para um determinado agente e sob determinadas condições.¹³ Em âmbito europeu, no Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, que versa sobre a proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, afirma-se que o consentimento do titular dos dados deverá ser dado mediante um ato positivo e claro que indique uma manifestação de vontade livre, específica, informada e inequívoca de que o titular dos dados consente com o tratamento dos dados que lhe digam respeito, como uma declaração escrita, inclusive em formato eletrônico, ou uma declaração oral.¹⁴

Quanto à revogação do consentimento para o tratamento de dados pessoais, defende-se a possibilidade de uma revogação incondicional desse tipo de consentimento, com base na própria proteção da perso-

¹³ Diante da ausência de uma lei específica para a proteção de dados pessoais, no Brasil foi positivada no Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014), uma série de direitos essenciais para o usuário da rede, a partir da perspectiva do controle e da autodeterminação informativa. Foram observados também os princípios consagrados pela doutrina para a proteção dos dados pessoais, tais como a finalidade da coleta dos dados, a pertinência e a utilização não abusiva. Tal preocupação coaduna-se com a atual evolução do cenário tecnológico, em que se discute a utilização do *Big Data*, conjunto de soluções tecnológicas capaz de lidar com dados digitais em volume, variedade e velocidade até então inéditos. No artigo 7º desta Lei, encontra-se disposto que ao usuário são assegurados direitos, como o não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei (VII), e o consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais (IX). Portanto, o consentimento nessa lei é qualificado como livre, expresso e informado.

¹⁴ “O consentimento pode ser dado validando uma opção ao visitar um *sítio web* na Internet, selecionando os parâmetros técnicos para os serviços da sociedade da informação ou mediante outra declaração ou conduta que indique claramente nesse contexto que aceita o tratamento proposto dos seus dados pessoais. O silêncio, as opções pré-validadas ou a omissão não deverão, por conseguinte, constituir um consentimento. O consentimento deverá abranger todas as atividades de tratamento realizadas com a mesma finalidade. Nos casos em que o tratamento sirva fins múltiplos, deverá ser dado um consentimento para todos esses fins. Se o consentimento tiver de ser dado no seguimento de um pedido apresentado por via eletrônica, esse pedido tem de ser claro e conciso e não pode perturbar desnecessariamente a utilização do serviço para o qual é fornecido” (CONSELHO EUROPEU, 2016).

nalidade, sendo conferido ao sujeito o poder de livremente determinar a construção de sua esfera privada e o desenvolvimento de sua personalidade (DONEDA, 2006, p. 380-381). Essa visão relaciona-se com a natureza do consentimento como ato jurídico unilateral. Entretanto, não é razoável que quem recebeu a autorização para o tratamento de dados tenha de sofrer um risco ilimitado. Em caso de abuso do titular do bem, caberá a devida reparação, que será analisada no caso concreto, podendo o intérprete guiar-se por mecanismos como o *venire contra factum proprium*.

A título de curiosidade, recorda-se que, no novo Código Civil e Comercial argentino, o artigo 55¹⁵ afirma que o consentimento para a disposição dos direitos personalíssimos será admitido se não for contrário à lei, à moral ou aos bons costumes. Além disso, o referido consentimento não será presumido e será de interpretação restritiva e livremente revogável. A referida disposição encontra-se plenamente de acordo com a tutela que privilegia as situações existenciais da pessoa humana, uma vez que oferece destacada importância à sua vontade em relação a um atributo personalíssimo.

1.2. Exceções para a utilização da imagem independentemente da autorização de seu titular

Em razão de o Código Civil brasileiro, no artigo 20, oferecer poucas exceções para a utilização da imagem independentemente da autorização de seu titular, permitindo-a apenas se necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a doutrina e a jurisprudência costumam destacar algumas hipóteses em que seria possível mitigar a norma que impõe, como regra, a autorização do titular da imagem.¹⁶

Em primeiro lugar, questiona-se se o local onde ocorreu o fato era público, acessível ao público em geral ou de uso coletivo, como praças, praias, shoppings, ruas, restaurantes, festas e jogos de futebol. Em prin-

¹⁵ Artículo 55. Disposición de derechos personalísimos. El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable.

¹⁶ Na obra atualizada de Orlando Gomes, o rol de exceções do Código Civil para a utilização da imagem humana foi ampliado, estando disposto: “O retrato de uma pessoa não pode ser exposto, ou reproduzido, sem o consentimento dela, salvo se assim o justificarem a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de política ou de justiça, finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos ou de fatos de interesse público, ou que em público haja decorrido” (GOMES, 2008, p. 141). Todavia, o autor ressalta que seria proibida a reprodução ou a exposição quando o fato atentasse contra a honra, a boa fama e a respeitabilidade da pessoa retratada, hipóteses em que o ofendido poderia requerer a proibição do ato e pleitear indenização pelo dano.

cípio, eventos ocorridos nesses locais poderão ser noticiados, sendo lícitas a captação e a divulgação de imagens, mesmo sem o consentimento dos retratados, desde que tal divulgação não cause qualquer tipo de constrangimento, encontre-se contextualizada e não foque especificamente em uma determinada pessoa. Em segundo lugar, verifica-se se a pessoa retratada pode ser considerada pública ou notória, como artistas, atletas, modelos ou políticos, visto que, segundo alguns autores, essas pessoas teriam os seus direitos de imagem e de privacidade protegidos em intensidade mais branda, ou seja, as hipóteses de violação aos referidos direitos seriam mais restritas, tendo em vista que, em decorrência da notoriedade que adquiriram, sabidamente, elas estariam mais expostas à curiosidade da coletividade e ao foco da mídia.

Analisa-se também a finalidade da utilização, se científica, didática, cultural ou comercial, bem como se o uso ocorreu por exigências políticas ou de justiça. A proteção da imagem costuma ser mais intensa nos casos em que a utilização, sem autorização, tem fim comercial. Nesse sentido, a súmula 403 do Superior Tribunal de Justiça dispõe: “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”. Vale recordar que, nos últimos anos, a jurisprudência vem conferindo um espaço maior de liberdade para o humor, com base na tutela da liberdade de expressão. Em julgado, o STF optou, em princípio, por permitir a manifestação dos mais variados discursos humorísticos por entender que eles estariam protegidos pelo art. 220 da Constituição¹⁷. Na internet, os melhores exem-

¹⁷ “Programas humorísticos, charges e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos compõem as atividades de ‘imprensa’, sinônimo perfeito de ‘informação jornalística’ (§1º do art. 220).

plos são os chamados “memes”¹⁸, comumente colocados em redes sociais, e os vídeos de humor postados nos mais diversos canais na rede.

Por fim, um forte argumento para respaldar a utilização da imagem sem o consentimento de seu titular é o interesse público no fato exposto. Gustavo Binbenbom realiza importantes observações a respeito das incongruências encontradas na doutrina que preconiza a supremacia do interesse público sobre o privado, além de adotar uma concepção diferenciada de interesse público, que rejeita a prevalência apriorística de qualquer categoria de interesses sobre outra. Para o autor, o conceito de interesse público seria juridicamente indeterminado e apenas ganharia concretude com base na disposição constitucional dos direitos fundamentais em um sistema que contemplasse restrições ao seu exercício em prol de outros direitos, bem como de metas e aspirações coletivas de caráter metaindividual, igualmente presentes na Constituição. Ao Estado Legislador e ao Estado Administrador incumbiria atuar como intérpretes e concretizadores de tal sistema, realizando as ponderações entre os interesses conflitantes, guiados pelo postulado da proporcionalidade, visto que o melhor interesse público somente poderia ser obtido a partir de um procedimento racional que envolvesse tanto a disciplina constitucional dos interesses individuais e coletivos específicos quanto um juízo de ponderação que permitis-

Nessa medida, gozam da plenitude de liberdade que é assegurada pela Constituição à imprensa. [...] o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado. Respondendo, penal e civilmente, pelos abusos que cometer, e sujeitando-se ao direito de resposta [...]” (BRASIL, 2011). Ver Souza (2015).

¹⁸ Imagem, vídeo ou frase bem-humorada que se espalha na internet rapidamente.

se a realização de todos eles na maior extensão possível, sendo a proporcionalidade o instrumento desse raciocínio ponderativo (BINENBOJM, 2005, p. 29-30).¹⁹

Uma vez que a Constituição Federal de 1988 se encontra orientada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, torna-se necessário estabelecer, em alguma medida, proteção ao interesse do indivíduo quando ameaçado diante dos interesses gerais promovidos pelo Estado. Dessa forma, não parece possível extrair da norma constitucional o princípio da supremacia do interesse público, tendo em vista a ampla proteção oferecida aos interesses particulares. O conteúdo constitucional negaria também a suposta colisão entre os interesses públicos e privados, visto que os dois se encontrariam enraizados na Lei Maior, havendo uma “conexão estrutural” entre eles e não uma efetiva contradição (BINENBOJM, 2005, p. 15). Haveria, portanto, uma indissociabilidade entre os interesses público e privado. A indissociabilidade do interesse privado não apenas cuidaria da existência de um ordenamento pautado por garantias e direitos individuais ao qual o Estado deve se submeter, mas também traduziria a ideia de que a realização de interesses particulares, quando em confronto com interesses públicos, não constituiria desvio de finalidade para a Administração, pois aqueles também seriam fins públicos (BINENBOJM, 2005, p. 15-16). Assim, a proteção de um interesse privado consagrado constitucionalmente poderia vir a representar a realização de um interesse público. A satisfação de um representaria igualmente o sucesso do outro (BINENBOJM, 2005, p. 16).

Além disso, o princípio da supremacia do interesse público seria incompatível com os postulados normativos da proporcionalidade e da concordância prática (que viabiliza o exercício da ponderação, ao afirmar a coordenação entre os bens jurídicos e negar-lhes uma posição antípoda quando se apresentam constitucionalmente protegidos), os quais andam atrelados na busca de uma exata medida para a realização máxima dos bens jurídicos contrapostos. Afirma Binenbojm que seria impossível conciliar no ordenamento um dito princípio que ignorasse

¹⁹“Veja-se que não se nega, de forma alguma, o conceito de interesse público, mas tão somente a existência de um princípio da supremacia do interesse público. Explica-se: se o interesse público, por ser um conceito jurídico indeterminado, só é aferível após juízos de ponderação entre direitos individuais e metas ou interesses coletivos, feitos à luz de circunstâncias concretas, qual o sentido em falar-se num princípio jurídico que apenas afirme que, no final, ao cabo do processo ponderativo, se chegará a uma solução (isto é, ao interesse público concreto) que sempre prevalecerá? Em outras palavras: qualquer que seja o conteúdo desse ‘interesse público’ obtido em concreto, ele sempre prevalecerá. Ora, isso não é um princípio jurídico. Um princípio que se presta a afirmar que o que há de prevalecer sempre prevalecerá não é um princípio, mas uma tautologia. Daí propor-se que é o postulado da proporcionalidade que, na verdade, explica como se define o que é o interesse público, em cada caso. O problema teórico verdadeiro não é a prevalência, mas o conteúdo que deve prevalecer” (BINENBOJM, 2008, p. 37).

as nuances do caso concreto e estabelecesse, de forma antecipada, que a melhor solução seria aquela que afirmasse a preponderância do interesse público, visto que isso caminharía de encontro com o princípio da proporcionalidade. O princípio da supremacia do interesse público, além de afastar o processo de ponderação, também prejudicaria o dever de fundamentação a que se sujeitam os Poderes do Estado (BINENBOJM, 2005, p. 16-17). Portanto, a preservação – na maior medida possível – dos direitos individuais constituiria porção do próprio interesse público, uma vez que seriam objetivos gerais da sociedade tanto viabilizar o funcionamento da Administração Pública, mediante a instituição de prerrogativas materiais e processuais, quanto preservar e promover extensamente os direitos dos particulares. O referido entendimento, por consequência, nega a aplicação de qualquer regra absoluta que confira prevalência *a priori* aos papéis institucionais do Estado sobre os interesses individuais privados (BINENBOJM, 2005, p. 30).

Relacionando a questão do interesse público com a tutela da imagem da pessoa humana, que possui caráter eminentemente individual, nota-se que, embora exista a presunção de que haveria interesse público na divulgação de fatos verdadeiros, poderá o retratado demonstrar que, naquela hipótese, existe um interesse privado respaldado constitucionalmente que deverá se sobrepor ao interesse público residente na liberdade de expressão e de informação. Após uma criteriosa ponderação de interesses, mostrando-se razoável e proporcional o pleito do titular do bem, deverá o interesse privado preponderar naquele caso concreto, sendo a imagem indisponibilizada, excluída, melhor contextualizada ou, ainda, tratada de forma a não identificar a pessoa em questão. Uma vez que o princípio da dignidade da pessoa humana fundamenta o Estado brasileiro, mostra-se inadequado atribuir uma permanente superioridade ao interesse público que conduza a uma opção estática sempre em favor dele, devendo em cada caso ocorrer uma criteriosa ponderação de interesses.

Muito se questiona o fato de o Código Civil não ter mencionado como exceções à regra do artigo 20 determinadas situações que evidenciam a colisão entre o direito à liberdade de informação²⁰ e o direito à imagem, como a possibilidade de a imprensa poder veicular a

²⁰ De acordo com Luís Roberto Barroso (2004), uma interpretação literal do artigo 20 do Código Civil poderia levar a um confronto direto com a Constituição Federal de 1988, uma vez que as liberdades de expressão e de informação teriam sido esvaziadas pelo referido artigo, em razão da precedência abstrata concedida a outros direitos fundamentais sobre as liberdades em questão. Percebe-se que o referido autor adota uma postura que coloca em posição de preferência as liberdades de informação e de expressão, ou seja, que confere uma prioridade *prima facie* às liberdades comunicativas nas hipóteses de colisão com outros princípios constitucionais, inclusive aqueles que consagram direitos da personalidade.

imagem de alguém visando a informar a população de determinado ocorrido, a possibilidade da notoriedade do titular representar motivo autorizador da utilização de sua imagem e a possibilidade de captar a imagem de alguém, em determinados casos, se ele estiver em local público (TEPEDINO; BARBOZA; BODIN DE MORAES, 2014, p. 50-60). Entende-se que essas condições poderiam, de acordo com o caso concreto, ampliar as possibilidades de utilização da imagem, mesmo sem o consentimento expresso de seu titular, caso tal uso não se configurasse abusivo.²¹

De fato, a aplicação literal do artigo 20 acaba trazendo uma limitação desproporcional à liberdade de expressão, o que torna a norma, por vezes, inadequada para reger os conflitos de interesses na sociedade atual. Em diversas situações, faz-se necessário realizar a ponderação entre o direito fundamental à imagem e outros direitos constitucionalmente tutelados, sendo que, no texto constitucional, não parece que o legislador tenha realizado uma ponderação *a priori* em favor de algum direito e sim direcionado a interpretação e a aplicação da norma à condição que garanta a maior tutela à dignidade da pessoa humana. Dessa forma, não parece adequado o estabelecimento de qualquer hierarquia prévia, geral e permanente entre os direitos fundamentais, devendo o balanceamento de interesses ser realizado no caso concreto, sendo observados suas características, as pessoas envolvidas e os bens jurídicos contrapostos.

2. A compensação pelo dano à imagem

A tutela integral dos direitos da personalidade impõe que o intérprete utilize um amplo rol de mecanismos para proteger a pessoa humana, sendo os principais a tutela inibitória e a tutela reparatória, que deverão ser aplicadas de acordo com as especificidades do caso e sem nenhuma preferência hierárquica. Além do ressarcimento do dano, mostra-se relevante a tutela preventiva do ilícito, que tem como objetivos impedir a prática do ilícito e inibir a repetição ou a continuação de sua prática. No âmbito da internet, a referida tutela apresenta grande importância, pois,

²¹ O novo Código Civil e Comercial argentino, em seu artigo 53, dispôs que, para captar ou reproduzir a imagem ou a voz de uma pessoa, é necessário o seu consentimento, com exceção dos seguintes casos: (i) que a pessoa participe em atos públicos; (ii) que exista um interesse científico, cultural ou educacional prioritário e sejam tomadas as precauções suficientes para evitar um dano desnecessário; e (iii) que se trate de exercício regular do direito de informar sobre acontecimentos de interesse geral. Da leitura, verifica-se que esse Código apresenta um rol de exceções mais atualizado e adequado às atuais demandas da sociedade. Seu último inciso representa uma inovação naquele ordenamento, mas anota-se que, para que o direito de informar permita a livre publicação, ele deverá ser exercido de forma regular, de acordo com a lei e não abusivamente.

uma vez inserido conteúdo lesivo, será necessário realizar uma ação rápida e enérgica, que retire ou indisponibilize tal conteúdo antes que a medida se torne completamente ineficiente. Uma vez presente o dano, caberá à tutela reparatória garantir a compensação da vítima e dissuadir terceiros da prática da conduta lesiva.

A injusta violação do direito à imagem, em qualquer de suas dimensões, se retrato ou atributo, gera por consequência o dever de compensar o dano moral sofrido pela vítima. Se for comprovado algum prejuízo material ou financeiro decorrente da utilização da imagem, será necessário indenizar também os danos patrimoniais. A compensação do dano moral pode ser compreendida como um instrumento de concretização da proteção à dignidade da pessoa humana, especialmente de seus direitos personalíssimos. Assim, sempre que um ou mais substratos da dignidade forem lesados, como a liberdade, a igualdade, a solidariedade ou a integridade, restará configurado o dano moral à pessoa (BODIN DE MORAES, 2009, p. 131). O dano moral tem como causa a injusta violação de uma situação jurídica subjetiva existencial protegida pelo ordenamento jurídico por meio da cláusula geral de tutela da pessoa humana, que tem a sua fonte no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 (BODIN DE MORAES, 2009, p. 132). Portanto, para a configuração do dano moral, não é necessário provar que a vítima sofreu algo negativo, como dor, vexame ou humilhação, ainda que tais sensações possam ocorrer como consequência do dano.

Desde a Constituição Federal de 1988, ficando configurada a violação à imagem, é pacífico que se pode compensar por meio de pecúnia o dano moral sofrido e que a compensação pelo dano moral decorrente de agravo à imagem pode ser cumulada com a indenização pelo dano patrimonial²², devendo passar pelo arbítrio judicial tanto a aferição dos danos quanto a quantificação das reparações. Recorde-se que, mesmo antes da presente Carta, no Supremo Tribunal Federal já havia precedente protegendo o direito à própria imagem nos casos de utilização de fotografia, sem a devida autorização da pessoa retratada, em anúncio com fins lucrativos²³. Sob a égide da vigente Constituição, é expressi-

²² “A nova Carta da República conferiu ao dano moral status constitucional ao assegurar, nos dispositivos sob referência, a sua indenização quando decorrente de agravo à honra e à imagem ou de violação à intimidade e à vida privada. A indenização por dano moral é admitida de maneira acumulada com o dano material, uma vez que têm pressupostos próprios, passando pelo arbítrio judicial tanto na sua aferição quanto na sua quantificação” (BRASIL, 1999). A Súmula 37 do STJ dispõe: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato” (BRASIL, 1992).

²³ “[...] utilização de fotografia em anúncio com fim lucrativo sem autorização da pessoa correspondente implica indenização pelo uso indevido de imagem” (BRASIL, 1981); “[...] o uso de fotografia não autorizada em propaganda comercial significa locupletamento ilícito, o que embasa a indenização” (BRASIL, 1982).

vo o entendimento consagrado no Recurso Extraordinário 215.984, em que a atriz Cássia Kis questionou o uso de fotografia sua em publicação sem a sua autorização. Nesse caso, concluiu-se que, para a reparação do dano moral, não se exigiria a ocorrência de ofensa à reputação do indivíduo. O relator ponderou que, em regra, a publicação da fotografia de alguém, com intuito comercial ou não, causaria desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho dessas sensações; desde que restassem configuradas, haveria o dano moral, que deveria ser reparado conforme o art. 5º, X, da Constituição de 1988 (BRASIL, 2002).

No Superior Tribunal de Justiça, desde a década de 90, vem sendo desenvolvido um rico acervo de julgados acerca da responsabilidade civil pelo dano à imagem. Pode-se afirmar que a Corte é responsável por dar a palavra final em diversos casos relevantes sobre o tema, fornecendo ao intérprete novos critérios para o seu raciocínio jurídico-criador. Ao longo do tempo, o Tribunal reconheceu a autonomia do direito à imagem, o dano moral *in re ipsa* pela violação ou uso indevido do referido bem²⁴ e a necessidade de requerer a autoriza-

ção expressa do titular da imagem para poder explorá-la com objetivos comerciais. O destaque do STJ no enriquecimento teórico do direito à imagem tende a crescer, visto que, cada vez mais, esse atributo da personalidade vem sendo exposto e utilizado, tanto por seu titular quanto por terceiros, no ambiente físico e na internet.²⁵

izo nem a consequência do uso, se ofensivo ou não. Uma vez que o dano moral, tido como lesão à personalidade, à honra da pessoa, mostrar-se-ia às vezes de difícil constatação, por atingir parte muito íntima do indivíduo, o sistema jurídico teria chegado à conclusão de que o uso indevido da imagem, por si só, geraria o direito de indenização, sendo dispensável a prova do prejuízo para a caracterização do dano moral. No Recurso Especial 113.963, julgado em 2005, o Min. Aldir Passarinho Junior afirmou que constituiria violação ao direito de imagem, que não se confundiria com o de arena, a publicação, carente de autorização dos sucessores do *de cujus*, de fotografia de jogador em álbum de figurinhas alusivo à campanha do tricampeonato mundial de futebol, sendo devida, por consequência, a respectiva indenização, ainda que elogiosa a publicação. No Recurso Especial 1.432.324, julgado em 2015, o Ministro relator, Paulo de Tarso Sanseverino, ressaltou que haveria jurisprudência firme do STJ no sentido de que os danos extrapatrimoniais por violação ao direito de imagem decorreriam diretamente do seu próprio uso indevido, sendo prescindível a comprovação da existência de outros prejuízos por se tratar de modalidade de dano *in re ipsa*. No Recurso Especial 1.297.660, julgado em 2015, analisou-se pretensão ressarcitória que buscava compensação por danos extrapatrimoniais deduzida por adolescente que teve sua fotografia veiculada em matéria jornalística, em que se notificou a prática de roubo em casa lotérica, a despeito da expressa vedação inserta no parágrafo único do artigo 143 do Estatuto da Criança e Adolescente (Lei nº 8.069/90). O Min. Marco Buzzi entendeu que, considerando-se a especial proteção concedida à imagem e à identidade das crianças e dos adolescentes, a violação da norma e a caracterização do ato como ilícito encontrar-se-iam intrinsecamente relacionadas à própria configuração do dano, visto que, uma vez infringido o conteúdo da norma protetiva, a imagem da criança ou do adolescente seria vulnerada, o que violaria seu direito ao resguardo e à preservação da imagem e da identidade. Para o Ministro relator, essa seria uma situação típica do chamado dano extrapatrimonial presumido (*in re ipsa*), caso em que a prova do abalo psicológico ou de efetiva lesão à honra seria completamente despicenda.

²⁵ Observa-se que, em 2013, no Recurso Extraordinário com agravo 739.382, o STF concluiu por maioria: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal revolver a matéria fática para verificar a ocorrência de dano à imagem ou à honra, a não ser em situações excepcionais, nas quais se verifique esvaziamento do direito à imagem e, portanto, ofensa constitucional direta”. Dessa forma, a questão relativa à responsabilidade civil por danos morais em razão de ofensa à imagem seria destituída de repercussão geral.

²⁴No ano de 1994, em voto proferido no Recurso Especial 46.420-0/SP, o Ministro Ruy Rosado Aguiar afirmou: “Alegou-se a inexistência de prejuízo, indispensável para o reconhecimento da responsabilidade civil das demandas. Ocorre que o prejuízo está na própria violação, na utilização do bem que integra o patrimônio jurídico personalíssimo do titular. Só aí já está o dano moral”. No Recurso Especial 138.883, julgado em 1998, o Min. Carlos Alberto Menezes Direito entendeu que, cuidando-se de direito à imagem, o ressarcimento impor-se-ia pela só constatação de ter havido a utilização do bem sem a devida autorização. O dano estaria na utilização indevida para fins lucrativos, não cabendo a demonstração do prejuízo material ou moral. O dano, nesse caso, seria a própria utilização para que a parte auferisse lucro com a imagem não autorizada de outra pessoa. Nos Embargos de Divergência em Recurso Especial 230.268, julgado em 2002, o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira afirmou que, em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorreria do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não precisando ser verificada a prova da existência de preju-

Diante da análise realizada, defende-se que a divulgação da imagem não deveria ser proibida apenas quando atingisse também a honra, a boa fama ou a respeitabilidade do indivíduo. Em regra, a utilização não autorizada da imagem alheia deveria ser proibida, independentemente de eventual lesão à honra, salvo se as peculiaridades e as circunstâncias do caso concreto legitimassem o uso, o que seria aferido por meio de parâmetros, por exemplo: se a utilização era necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública; se o uso ocorreu por finalidades científicas, didáticas ou culturais; se a pessoa retratada era notória; se o fato ocorreu em público; se havia interesse público que respaldasse a utilização da imagem; ou, ainda, se havia interesse jornalístico. Portanto, em algumas hipóteses, o contexto da utilização e a ponderação de interesses poderão pesar em desfavor do titular da imagem. Entretanto, se o uso da imagem não for devidamente justificado, restará configurado o dever de compensar a vítima, sendo dispensável provar o prejuízo do lesado e o lucro do ofensor para a caracterização do dano moral, por se tratar de modalidade de dano *in re ipsa*. O referido entendimento deve ser aplicado também nos casos em que o dano à imagem ocorrer na internet, tendo em vista a rápida propagação de conteúdos danosos nesse ambiente e a vulnerabilidade da pessoa humana ante as informações que circulam a seu respeito nas novas ferramentas tecnológicas.

Em razão da complexidade das situações lesivas, cada caso deverá ser analisado concretamente, levando-se em consideração as especificidades do fato, as pessoas e os interesses envolvidos e o estágio atual de desenvolvimento dos instrumentos tecnológicos. Além das formas de prevenção, é essencial que o intérprete realize o estudo dos meios de compensação pelo dano moral, em razão da utilização indevida de imagem na rede. Entende-se que a reparação pode ocorrer por compensação financeira e/ou por meio não pecuniário²⁶. O arbitramento do valor relativo à compensação deverá ser realizado com base em critérios

²⁶ Alguns doutrinadores defendem a importância de aplicar a reparação não pecuniária cumulativamente com a compensação pecuniária, quando se tratar de lesão a bem não patrimonial, visto que tal reparação seria capaz de atuar diretamente na própria atividade lesiva do agente (SCHREIBER, 2012). Partindo-se do pressuposto de que a reparação apenas de cunho pecuniário, em determinados casos, seria insuficiente e desconsideraria os elementos subjetivos e as circunstâncias particulares de cada caso concreto, afirma-se que a compensação não pecuniária deveria representar parte da reparação oferecida para a vítima do evento danoso. Busca-se trazer efetividade ao princípio da reparação integral, por meio da abertura de um leque maior de possibilidades de reparação. Essa espécie de compensação poderia ocorrer de diversas formas nos casos de lesão à imagem: por exemplo, por meio de retratação pública, de retratação privada e da veiculação de notícia sobre o caso concreto narrando a decisão judicial proferida e a condenação imposta ao ofensor. Essas formas de reparação são dotadas inclusive de caráter pedagógico, pois visam a desestimular a prática de condutas lesivas, sem alterar o *quantum* da indenização.

como a extensão do dano, a capacidade econômica do ofensor e as condições pessoais da vítima, devendo ser avaliada também a natureza dos bens lesados. O critério da extensão do dano apresenta grande importância, tendo em vista a facilidade com que conteúdos lesivos podem ser transmitidos e armazenados por terceiros, em nível global, e a dificuldade de retirar efetivamente da rede todo o conteúdo questionado. A dinâmica da internet tende a ampliar consideravelmente a extensão do dano e em um reduzidíssimo espaço de tempo, de forma que, para que se tutele integralmente a pessoa humana e se garantam as funções preventiva e compensatória da responsabilidade civil, as referidas considerações deverão ser observadas no momento da quantificação do dano moral. Parece adequado que o intérprete analise também, no caso concreto, quais direitos da personalidade foram violados, realizando a identificação dos danos e a individualização dos bens, de modo a dimensionar adequadamente a proporção do dano à integridade do lesado. Na internet, é comum que o fato lesivo cause danos a mais de um direito da personalidade, sendo relevante, até mesmo para a melhor compreensão do caso concreto, que o magistrado identifique e qualifique os bens lesados para, só então, arbitrar o dano moral.

Em relação ao “caso Cicarelli”, abordado no início do artigo, ainda que se considere o comportamento do casal inapropriado, a divulgação da imagem não poderia ser utilizada como meio de punição pela conduta praticada. Uma vez divulgada na Internet, a imagem assume uma extraordinária repercussão, podendo marcar negativamente e por tempo indeterminado a trajetória de uma pessoa, o que deve ser ponderado pelo intérprete no caso concreto. Ainda que o local fosse público e contasse com a presença de outras pessoas, os gestos do casal “[...] não pareceram chamar a atenção dos circunstantes ou representar conduta em desacordo com as normas informais que regem a convivência dos frequentadores daquele local. Amplificado pelo foco profissional da câmera-algoz, porém, o que era uma ligeira indiscrição adquire contornos quase épicos” (LEWICKI, 2006). Provavelmente, naquele momento, o casal tinha uma expectativa de privacidade maior do que aquela que lhe foi dada, tendo em vista a ampla divulgação do vídeo em veículos de notícias e em sites de compartilhamento de imagens. Além disso, o fato em questão não apresentava qualquer interesse público que respaldasse a sua divulgação. Nesse sentido, Anderson Schreiber salienta que a expectativa do retratado deve assumir papel central, de maneira que se incentivem a lealdade recíproca e a mútua confiança nas relações. O autor dispõe: “A captação e divulgação de qualquer manifestação pessoal do sujeito sem o seu consentimento devem ser admitidas apenas em caráter excepcional, quando justificadas por outros interesses merece-

dores de tutela à luz do ordenamento jurídico” (SCHREIBER, 2011, p. 146). Dessa forma, no presente caso, seria plausível um eventual pedido indenizatório em face de quem diretamente inseriu o conteúdo na internet e também de quem utilizou o mesmo de forma indevida ou abusiva, como em programas televisivos com o fim de explorar a história e conseguir maior audiência.

3. A proteção do Marco Civil da Internet às imagens contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado

O Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) apresenta três princípios essenciais para a disciplina do uso da internet no Brasil: a liberdade de expressão, a privacidade e a neutralidade da rede. Estabelece, portanto, os dois direitos fundamentais que frequentemente entram em colisão como condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet. Entre os temas abordados, foi regulada expressamente a responsabilidade civil do provedor de aplicações de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, entre os artigos 19 e 21 da Lei. Uma vez caracterizados o modelo de negócio, o alto ganho financeiro e o potencial lesivo da relação, não se pode admitir que os grandes intermediários recebam uma completa imunidade, não sendo jamais responsabilizados pelos eventuais danos que possam gerar direta ou indiretamente à pessoa humana. Nesse sentido, a Lei estabeleceu como regra em seu artigo 19 que, após ordem judicial específica, o provedor de aplicações de internet²⁷

terá o dever de retirar o conteúdo apontado como danoso.²⁸ Ainda que o sistema adotado não caminhe ao encontro da jurisprudência anteriormente estabelecida pelo STJ²⁹, parece que o legislador agiu corretamente ao adotar como regra a notificação judicial. A sociedade brasileira vem se mostrando cada vez mais plural e diversificada, de forma que se faz ne-

Em uma interpretação inicial, o provedor de aplicações de internet pode ser compreendido como a pessoa física ou jurídica que fornece um conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet. O provedor de aplicações de internet aparenta englobar espécies de provedores, como de conteúdo e de hospedagem.

²⁸ O artigo 19 do Marco Civil da Internet dispõe que, com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. Esse regime de isenção de responsabilidade inicial do provedor tem como fontes o artigo 230 do *Communications Decency Act* norte-americano e o princípio da inimputabilidade da rede. Da leitura, é possível afirmar que: (i) restou clara a responsabilidade subjetiva por omissão do provedor que não retira o conteúdo ofensivo, após a devida notificação judicial; (ii) a mera notificação extrajudicial, em regra, não ensejará o dever jurídico de retirada do material; (iii) essa opção de responsabilidade coaduna-se com o objetivo de assegurar a liberdade e evitar a censura privada; (iv) o Judiciário foi considerado a instância legítima para definir a eventual ilicitude do conteúdo em questão; e (v) a remoção de conteúdo não depende exclusivamente de ordem judicial, de modo que o provedor poderá, a qualquer momento, optar por retirar o conteúdo, quando poderá eventualmente responder por conduta própria (TEFFÉ, 2015).

²⁹ “A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02. 4. Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada [...]” (BRASIL, 2012b). Nesse sentido, recomenda-se a leitura também dos Recursos Especiais 1.306.066 MT e 1.193.764 SP.

²⁷ Nos termos do art. 5º, inciso VII, do Marco Civil da Internet, aplicações de internet devem ser compreendidas como o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet.

cessário avaliar com bastante cuidado o conteúdo questionado para que não ocorra uma restrição desproporcional da expressão ou do discurso, devendo, portanto, tal avaliação ser realizada por uma figura imparcial e que conheça bem os valores constitucionais.

Como uma das exceções à regra³⁰, foi estabelecido no artigo 21 da Lei que o provedor de aplicações de internet que disponibilizar conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo. A mencionada notificação deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

Em razão da facilidade de disseminação de dados na internet, da possibilidade de determinados conteúdos tornarem-se virais e da comum falta de habilidade técnica do usuário da rede, agiu bem o legislador ao estabelecer a mencionada exceção ao art. 19 do Marco Civil da Internet. Entretanto, questiona-se o que seriam objetivamente os elementos que permitem a identificação específica do material. Bastariam a descrição do conteúdo e sua exemplificação pela vítima, cabendo ao provedor identificar os locais e retirar o con-

túdo questionado, ou o provedor deveria realizar a remoção apenas do conteúdo presente nos URLs indicados pela vítima? No Recurso Especial 1.175.675, relatado pelo Min. Salomão, no ano de 2011, entendeu-se que não seria necessário o ofendido indicar de forma específica os locais em que a informação danosa teria sido inserida, devendo o provedor administrador da rede social, ainda em sede de liminar, retirar informações difamantes a terceiros manifestadas por seus usuários. Todavia, parece que tal entendimento não mais será aplicado, tendo em vista um recente direcionamento da Corte no sentido de exigir a indicação precisa do endereço das páginas nas quais o conteúdo lesivo se encontra exposto ou armazenado.³¹ Em abril de 2016, em julgamento de recurso, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva afirmou: “A jurisprudência do STJ, em harmonia com o art. 19, § 1º, da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet),

³¹ Em recente caso em que se discutiu a responsabilidade civil da extinta rede social Orkut pela comercialização ilegal em suas páginas de produtos protegidos por direitos autorais de empresa de educação jurídica, o Min Luís Felipe Salomão entendeu que, “Quanto à obrigação de fazer – retirada de páginas da rede social indicada –, a parte autora também juntou à inicial outros documentos que contêm, de forma genérica, URLs de comunidades virtuais, sem a indicação precisa do endereço interno das páginas nas quais os atos ilícitos estariam sendo praticados. Nessas circunstâncias, a jurisprudência da Segunda Seção afasta a obrigação do provedor, nos termos do que ficou decidido na Recl 5.072/AC, Rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, DJe 4/6/2014” (BRASIL, 2015). No REsp 1.274.971, o Min. Rel. João Otávio de Noronha entendeu que, no caso de mensagem ofensiva publicada em blog gerenciado pelo Google, caberá à vítima indicar o URL das páginas nas quais se encontram os conteúdos: “Se em algum blog for postada mensagem ofensiva à honra de alguém, o interessado na responsabilização do autor deverá indicar o URL das páginas em que se encontram os conteúdos considerados ofensivos. Não compete ao provedor de hospedagem de blogs localizar o conteúdo dito ofensivo por se tratar de questão subjetiva, cabendo ao ofendido individualizar o que lhe interessa e fornecer o URL. Caso contrário, o provedor não poderá garantir a fidelidade dos dados requeridos pelo ofendido”. Entende-se que, na hipótese, o mais razoável seria a indicação tanto do conteúdo ofensivo quanto dos endereços das páginas em que eles se encontram.

³⁰ A segunda exceção encontra-se prevista no parágrafo 2º do artigo 19, que estipula que a aplicação do disposto nesse artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos dependerá de previsão legal específica.

entende necessária a notificação judicial ao provedor de conteúdo ou de hospedagem para retirada de material apontado como infringente, com a indicação clara e específica da URL” (BRASIL, 2016).

É necessário ressaltar que o artigo 21 do Marco Civil tutela a chamada pornografia de vingança³², mas não somente ela, visto que o legislador, em iniciativa louvável, não fez referência à motivação do agente. Observa-se que a divulgação do conteúdo pode ocorrer tanto por um ex-companheiro inconformado com uma traição ou com o término do relacionamento quanto por outros atores, como *hackers* oportunistas que ameacem divulgar as imagens se não receberem algum tipo de vantagem econômica. Nessas hipóteses, uma vez que a conduta lesiva poderia causar danos irreparáveis, de forma veloz e com extensão incalculável, optou-se por se excepcionar a regra da notificação judicial, visando a tornar

mais célere a retirada do conteúdo (BRANCO, 2014, p. 6-7).³³

Atualmente, com a expansão do uso da internet móvel (IBGE, 2015) e dos aplicativos para envio de texto e imagem pelo celular, o desafio de proteger a pessoa humana na Internet mostra-se ainda maior. Uma vez que arquivos com conteúdos lesivos podem ser guardados em celulares e em outros utensílios tecnológicos de diversas pessoas, a qualquer momento, qualquer usuário poderá reinserir os arquivos na rede, causando danos a terceiros, o que torna a filtragem de conteúdo e a exclusão de informações atividades bastante complexas e árduas. Por tal razão, alguns aplicativos mencionam em seus termos de uso que quem usufruir do serviço deverá compartilhar apenas seu próprio conteúdo e se responsabilizar por aquilo que encaminhar por meio da plataforma. Em regra, os aplicativos informam que poderão remover a conta ou desabilitar o conteúdo inserido, caso o usuário infrinja as regras de uso daquele espaço.

³²Entende-se que a pornografia de vingança (*revenge porn*) ocorre quando alguém divulga em sites, aplicativos ou e-mails imagens (fotos e/ou vídeos) com cenas íntimas, com nudez ou prática de ato sexual registradas ou enviadas em contextos de confiança e sigilo, sem o consentimento de pelo menos uma das pessoas envolvidas, sujeitando-a a situações de exposição, vulnerabilidade e constrangimento. O objetivo é colocar a pessoa em uma situação constrangedora diante de amigos, da família, de colegas de trabalho ou mesmo de um grupo indeterminado de pessoas. Em regra, o intuito do ofensor é vingarse de alguém que feriu seus sentimentos ou terminou um relacionamento. Destaca-se: “Revenge porn’ is a gross violation of a woman’s privacy where private and sexually explicit video and photographic images are published without explicit permission and consent onto various websites for the purposes of extortion, blackmail and/or humiliation. [...] However, the term ‘revenge porn’ is misleading, because what it describes is an act of violence, and should not be conflated with pornographic content. It refers to the motivation of wanting to get back (usually at a woman) or to take revenge for rejecting a marriage proposal, spurning advances, or ending a relationship, for being seen as “loose” or amoral, being seen with someone else or someone outside of the caste or religious community, etc. – outside the male’s control. In many ways these reasons are similar to those for which women are targeted for acid attacks in countries such as India and Pakistan” (MALHOTRA, 2015).

Considerações finais

O grande avanço tecnológico permitiu o desenvolvimento de diversos mecanismos para a captação, a manipulação e a divulgação da imagem da pessoa humana, o que facilitou a ameaça de lesão e a efetiva violação

³³O artigo 21 é claro ao indicar que a responsabilidade civil do provedor de aplicações de internet será subsidiária, o que é, todavia, objeto de críticas por parte da doutrina, que afirma que a responsabilidade ali não seria subsidiária, mas própria e direta, porque derivaria da ausência de atuação do provedor após tomar conhecimento do fato (SCHREIBER, 2015). Outra razão de crítica estaria no fato de que o artigo 21 do Marco Civil da Internet, ao afirmar o caráter subsidiário da responsabilidade, contrariaria tanto preceito comum e histórico no Código Civil, que afirma ser solidária a responsabilidade no caso de ilícitos extracatuais (art. 942 do CC/02 e art. 1.518 do CC/16), quanto a legislação consumerista (GODOY, 2015).

do direito à imagem e tornou necessário ampliar os estudos relativos tanto ao conteúdo do direito à imagem quanto aos meios para a sua proteção na internet. Em razão da complexidade das situações lesivas à imagem-retrato e à imagem-atributo, cada caso deverá ser analisado concretamente, levando-se em consideração suas especificidades, os interesses envolvidos e o estágio atual de desenvolvimento dos instrumentos tecnológicos. Tratando-se da imagem da pessoa humana, defende-se que a sua divulgação não deveria ser proibida apenas quando atingisse também a honra de seu titular. Em regra, a utilização não autorizada da imagem alheia deveria ser proibida, independentemente de eventual lesão à honra ou à boa fama, salvo se as peculiaridades e as circunstâncias do caso concreto legitimassem o uso. Como destacado no estudo, a doutrina e a jurisprudência vêm desenvolvendo limites ao direito à imagem e parâmetros para analisar as situações de conflito.

O direito à imagem encontra-se envolvido em diversas colisões de interesses, de modo que a solução do caso concreto dependerá de uma adequada ponderação dos direitos envolvidos. Caso o uso da imagem na internet não seja devidamente justificado, restará configurado o dever de compensar o dano moral sofrido pela vítima, sendo dispensável provar o prejuízo do lesado e o lucro do ofensor. Quanto ao provedor de aplicações de internet que servir de meio para que um terceiro divulgue imagens contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, na forma do artigo 21 do Marco Civil da Internet, ele deverá retirar o conteúdo apontado como lesivo, após o recebimento de notificação extrajudicial pelo participante ou por seu representante legal. Nos demais casos, o dever de retirada nascerá após ordem judicial, conforme dispõe o artigo 19 do Marco Civil. Entende-se que as novas tecnologias ampliaram extraordinariamente o potencial lesivo de cada indivíduo, de forma que, para que se promova uma adequada tutela dos direitos da personalidade, torna-se necessário elaborar novas abordagens dentro do Direito e realizar uma revisão das práticas sociais adotadas.

Sobre a autora

Chiara Spadaccini de Teffé é doutoranda em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; mestra em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professora substituta de Direito Civil na UFRJ; pesquisadora do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio (ITS); e advogada.

E-mail: chiaradetteffe@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês³⁴

CONSIDERATIONS REGARDING THE PROTECTION OF THE RIGHT TO IMAGE ON THE INTERNET

ABSTRACT: Personality rights have constantly been exposed on the internet by their holders and by others who feel that they can profit from them. The accelerated technological progress has enabled the development of various mechanisms for capturing, handling and disseminating the human image, however this fact facilitated the threat of injury and the violation of the right to image. Thus, it is necessary to expand the studies regarding the content of the right to image and its protection on the internet. In this article, it has been concluded that, in general, the unauthorized use of someone's image should be prohibited, independent of any injury to honor, unless the peculiarities and the circumstances of the case can legitimize such use. The right to image is involved in several conflicts of interest, which usually include fundamental freedoms, so the solution of any case will depend on a proper weighting. If the use of the image on the Internet is not adequately justified, it will be necessary to compensate the victim for any moral damage suffered. In such cases, it is not required to prove any injury to the victim or profit to the offender.

KEYWORDS: PERSONALITY RIGHTS. RIGHT TO IMAGE. COMPENSATION. MORAL DAMAGE. INTERNET.

Como citar este artigo

(ABNT)

TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. Considerações sobre a proteção do direito à imagem na internet. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 213, p. 173-198, jan./mar. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p173>.

(APA)

Teffé, C. A. S. de (2017). Considerações sobre a proteção do direito à imagem na internet. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(213), 173-198. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p173

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação: interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, n. 235, jan./mar. 2004. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>>. Acesso em: 23 fev. 2016.

BERNERS-LEE, Tim; HENDLER, James; LASSILA, Ora. The semantic web: a new form of web content that is meaningful to computers will unleash a revolution of new possibilities. *Scientific American*, 2001. Disponível em: <https://www.sop.inria.fr/acacia/cours/essi2006/Scientific%20American_%20Feature%20Article_%20The%20Semantic%20Web_%20May%202001.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2017.

³⁴ Sem revisão do editor.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 239, p. 1-31, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43855/44713>>. Acesso em: 23 fev. 17.

_____. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 13, p. 1-44, mar./maio 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF>>. Acesso em: 23 fev. 2016.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. Honra, liberdade de expressão e ponderação. *Civilistica.com*, v. 2, n. 2, 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/honra-liberdade-de-expressao-e-ponderacao/>>. Acesso em: 23 fev. 2016.

_____. La tutela della persona umana in Brasile. *Civilistica.com*, v. 3, n. 2, jul./dez. 2014.

BRANCO, Sérgio. O marco civil e a responsabilidade por conteúdos gerados por terceiros. *ComCiência: Revista Eletrônica de Jornalismo Científico*, 10 maio 2014. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/comciencia/handler.php?section=8&edicao=99&id=1207>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 91328/SP. Relator: Min. Djaci Falcão. *Diário da Justiça*, 11 dez. 1981.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso especial n. 95872/RJ. Relator: Min. Rafael Mayer. *Diário da Justiça*, 1º out. 1982.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 37. *Diário da Justiça*, 17 mar. 1992.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 192593/SP. Relator: Min. Ilmar Galvão. *Diário da Justiça*, 13 ago. 1999.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2002a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 215984/SP. Relator: Min. Carlos Velloso. *Diário da Justiça*, 28 jun. 2002b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 595600/SC. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. *Diário da Justiça eletrônico*, 13 set. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade n. 4451/DF. Relator: Min. Ayres Brito. *Diário da Justiça eletrônico*, 1º jul. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 794586/RJ. Relator: Min. Raul Araújo. *Diário da Justiça eletrônico*, 21 mar. 2012a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1308830/RS. Relatora: Min. Nancy Andrighi. *Diário da Justiça eletrônico*, 19 jun. 2012b.

_____. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Diário Oficial da União*, 24 abr. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1512647/RS. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. *Diário da Justiça eletrônico*, 5 ago. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1568935/RJ. Relator: Min. Ricardo Villas Boas Cueva. *Diário da Justiça eletrônico*, 13 abr. 2016.

CONSELHO EUROPEU. Regulamento (UE) 2016/679 do parlamento europeu e do conselho de 27 de abril de 2016. *Jornal Oficial da União Europeia*, 4 maio 2016. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&qid=1486738638305&from=en>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Uma análise crítica da responsabilidade civil dos provedores na Lei n. 12.965/14. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Direito & internet III*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 307-320.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal: 2005/2013*. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponível em: <<http://www.mcti.gov.br/documents/10191/0/pnad-tic-2013.pdf/018763f5-e47a-4eae-bf90-56259070a976>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

LEWICKI, Bruno. Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 7, n. 27, p. 211-219, jul./set. 2006.

LUCHETE, Felipe. Google não é obrigado a excluir vídeos sobre Nissim Ourfali na internet. *Consulta jurídica*, 21 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-21/google-nao-obrigado-excluir-videos-nissim-ourfali>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

MALHOTRA, Namita. End violence: women's rights and safety online. *Association for Progressive Communications*: (APC), jan. 2015. Disponível em: <<https://www.apc.org/en/pubs/good-questions-technology-related-violence>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

MARKOF, John. Entrepreneurs see a web guided by common sense. *The New York Times*, 12 nov. 2006. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2006/11/12/business/12web.html>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

O'REILLY, Tim. What is web 2.0. *O'reilly*, 30 set. 2005a. Disponível em: <<http://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

_____. Web 2.0: compact definition. *O'reilly*, 1ª out. 2005b. Disponível em: <<http://radar.oreilly.com/2005/10/web-20-compact-definition.html>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso; SILVA, Rafael Peteffi da. A responsabilidade civil na VII jornada de direito civil do Conselho da Justiça Federal. *Consultor Jurídico*, 21 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-21/direito-civil-atual-responsabilidade-civil-vii-jornada-direito-civil-cjf>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de justiça. Processo n. 0008132-86.2013.8.26.0003. Relator: Moreira Viegas. *Diário da Justiça eletrônico*, 2 jul. 2015.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. Reparação não pecuniária dos danos morais. In: MARTINS, Guilherme (Coord.). *Temas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

_____. Marco civil da internet: avanço ou retrocesso?: a responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Direito & internet III*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 277-305.

SIBILIA, Paula. *La intimidad como espectáculo*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2013.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Contornos do direito à imagem. *Revista trimestral de direito civil*: RTDC, v. 4, n. 13, p. 33-71, jan./mar. 2003.

_____. Liberdade de expressão humorística, novas tecnologias e o papel dos tribunais. In: MONTEIRO, Carlos Edison do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. (Org.). *Direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. v. 1, p. 15-30.

TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. Responsabilidade civil e liberdade de expressão no marco civil da Internet: a responsabilidade civil dos provedores por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v.16, p. 59-83, 2015a.

TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. A responsabilidade civil do provedor de aplicações de internet pelos danos decorrentes do conteúdo gerado por terceiros, de acordo com o Marco Civil da Internet. *Revista Fórum de Direito Civil*, v. 4, n. 10, set./dez. 2015b.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

VASCONCELLOS, Marcos; LUCHETE, Felipe. Google é obrigado a excluir todos os vídeos de Nissim Ourfali do YouTube. *Consulta jurídica*, 15 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-15/google-obrigado-excluir-videos-nissim-ourfali-youtube>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

Desvio de finalidade do ato administrativo na intervenção municipal

Intervenção nas Santas Casas de Misericórdia

GUSTAVO ASSED FERREIRA

JOÃO OTÁVIO TORELLI PINTO

HÉLIO NAVARRO DE ALBUQUERQUE NETO

Resumo: O Sistema Único de Saúde (SUS) muitas vezes se vale de convênios e contratos com o setor privado (como no caso das Santas Casas de Misericórdia no âmbito municipal), o que pode ocasionar intervenções do Poder Público. Este estudo realiza uma análise da legalidade e desdobramentos jurídicos de tais atos de intervenção. Para cumprir tal objetivo, utiliza-se da análise dogmática jurídica em relação ao arcabouço normativo e jurídico envolvendo o SUS, em especial na análise das subvenções públicas às Santas Casas, bem como da análise normativo-jurídica da intervenção municipal em tais entes, com seus consequentes desdobramentos para os agentes envolvidos. Resultou deste estudo a possibilidade de identificar que os atos de intervenção municipal nas Santas Casas devem ocorrer em situações excepcionais, sob pena de flagrante desvio de finalidade por violação à legislação aplicável ao caso, bem como sob pena de incidência de responsabilizações pessoais ao agente interventor.

Palavras-chave: Santas Casas de Misericórdia. Intervenção municipal. Desvio de finalidade. Responsabilidade do agente interventor.

1. Introdução

Em que pese o direito à saúde no Brasil estar inserido no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição de 1988 (CF)¹, adquirindo

¹ Nesse sentido, ver artigo 6º da CF: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015).”

dimensão que “vai além da biologia – uma dimensão política e social” (SANTOS, 2010, p. 25), o qual deveria, ao menos em tese, ser atendido plenamente pelo Estado², o cenário da saúde pública no Brasil é pautado pela escassez tanto de recursos materiais, quanto de recursos humanos e financeiros. Tanto é assim, que Weichert (2010, p. 132) é claro ao dispor que no atual cenário do SUS “percebe-se que o Estado brasileiro está inadimplente com o cidadão nas ações de saúde, havendo deficiência não só na garantia do acesso universal, como também na realização do atendimento integral.”

Tal cenário de limitados recursos é contextualizado e esmiuçado por Carvalho (2013) ao realizar “uma análise retrospectiva dos últimos dez anos de governo federal e da saúde pública no Brasil”, na qual o autor conclui pelo “descumprimento contumaz da legislação e das diretrizes por que sempre propugnou em relação à saúde.” Todavia, a escassez de recursos públicos por si só não é capaz de afastar, “nem restringir o conteúdo do direito fundamental à saúde” (WEICHERT, 2010, p. 127), razão pela qual não caberia ao Estado eximir-se de prestar tal direito à população nos moldes constitucionais.

Nesse cenário, entidades privadas – hospitais particulares, planos de saúde privados, entidades privadas sem fins lucrativos etc. –, passam a exercer importante função, a fim de evitar o completo colapso do sistema público de saúde, o qual seria incapaz de atender, de forma adequada e satisfatória, a toda a população. Dentre elas, este artigo dá destaque às entidades privadas sem fins lucrativos, em especial às Santas Casas de Misericórdia, em razão do objetivo central desse estudo ser a análise dos atos de intervenção municipal em tais entidades, avaliando-se a legalidade desses atos, bem como as possíveis soluções administrativas e jurídicas a serem adotadas e seus desdobramentos jurídicos.

Para cumprir tal objetivo, utiliza-se a análise normativo-jurídica envolvendo o SUS, em especial a análise das subvenções públicas às Santas Casas de Misericórdia, bem como a análise normativo-jurídica da intervenção municipal em tais entes, com seus consequentes desdobramentos. Mediante a análise dogmática jurídica para cumprir tal objetivo (metodologia adequada para a análise dos fundamentos legais e jurídicos que envolvem a aplicação do instituto da intervenção municipal e seus consequentes desdobramentos jurídicos)³.

²Fala-se em pleno atendimento da saúde pelo Estado, pois, conforme disposto no artigo 23 da CF, compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;”

³O conceito de dogmática jurídica adotado neste trabalho é o apresentado por Rodriguez, Püschel e Machado (2012, p. 21), segundo os quais a dogmática jurídica “é um conjunto raciocínios destinado a organizar sistematicamente, com a utilização de conceitos, institutos e princípios jurídicos, as leis e os casos julgados em um determinado orde-

Assim, por meio de tal estudo, foi possível identificar que a intervenção municipal somente deve ocorrer em hipóteses excepcionais, restritas e justificáveis a ponto de suprimir a autonomia e gestão de entidades privadas, ainda que sem fins lucrativos, como as Santas Casas.

2. Contexto legal envolvendo o sistema de saúde brasileiro

A análise do regramento jurídico envolvendo a saúde no Brasil abordará tal conjuntura normativa de forma sintética, pois isso é necessário para introduzir as normas relativas às Santas Casas de Misericórdia, bem como os repasses de verbas públicas para elas.

2.1. Regramento constitucional

Primeiramente, destaca-se que a proteção à saúde é direito assegurado na CF, com previsão em diversos artigos, como no *caput* do artigo 6º, que dispõe sobre os direitos sociais que devem ser garantidos aos cidadãos brasileiros. São direitos que devem ser efetivados na forma prevista na própria Constituição, o que só ocorre nos artigos seguintes, como o inciso II do artigo 23, que dispõe sobre as competências da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para cuidar da saúde e assistência pública.

Nota-se que a CF estabeleceu como competência comum aos entes da Federação cuidar da saúde e assistência pública, ou seja, conferiu ao próprio Estado o dever de garantir o direito social à saúde, inclusive garantindo a competência legislativa a tais entes (inciso XII do artigo 24 da CF). Tal direito é reforçado no inciso VII do artigo 30, o qual estabelece a competência municipal de “prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;”⁴.

Observa-se, assim, a importância atribuída ao direito à saúde, uma vez que reforçado na CF, consagrando-o com a previsão no artigo 196⁵, que impõe ao Poder Público o dever de assegurar a saúde a todos, qual-

namento jurídico [...] tendo em vista a solução de casos concretos por meio de organismos com natureza jurisdicional.” Dogmática jurídica que não visa tão somente à sistematização de determinado assunto, mas, antes disso, visa “obter soluções adequadas aos problemas sociais.” Buscando dentre as soluções possíveis em abstrato aquela que melhor se adequa ao caso concreto estudado (RODRIGUEZ; PÜSCHEL; MACHADO, 2012, p. 22).

⁴Nesse sentido, ver CF: “Art. 30. Compete aos Municípios: [...] VII – prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;”

⁵Nesse sentido, ver CF: “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

quer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa⁶.

2.2. Breve contextualização da atuação complementar das entidades privadas sem fins lucrativos conjuntamente com o SUS

Não bastasse a previsão constitucional, por si só capaz de consagrar o direito à saúde com dever do Estado, a própria norma regulamentadora do SUS, a Lei nº 8.080/1990⁷, também discorre sobre tal dever, na medida em que “dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.”

Todavia, em que pese ser dever do Estado, a efetivação do direito à saúde ocorre tanto por entes da Administração Pública, quanto por entes privados, como se pode observar da estrutura do SUS, o qual é composto tanto por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais da Administração Pública Direta e Indireta, quanto por entes da iniciativa privada em caráter complementar (SANTOS, 2010, p. 153)⁸, com previsão legal expressa para atuação conjunta ao SUS, conforme estabelecido pelo artigo 23 da Lei nº 8.080/1990, em

⁶Em relação à responsabilidade solidária de todos os entes da federação na assistência à saúde, o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) apresenta posicionamento pacífico, o que pode ser constatado no ARE 799136 /RS.

⁷Nesse sentido, ver a Lei nº 8.080/1990: “Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.”

⁸Nesse sentido, ver a Lei nº 8.080/1990: “Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS). § 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde. § 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.”

especial as entidades privadas sem fins lucrativos, com previsão no inciso III desse artigo e ressaltada por Santos (2010, p. 174-177), ao considerar que a subvenção às entidades privadas sem fins lucrativos ocorre como reflexo do próprio sistema público de saúde em que vige a integralidade e gratuidade da assistência.

Ressalte-se, ademais, que a atuação complementar dos entes privados conjuntamente com o SUS ocorre, essencialmente, nos casos de insuficiência de cobertura da saúde pelo Estado, razão pela qual a própria lei do SUS prevê cooperação por meio da celebração de contrato ou convênio, nos quais há prioridade na celebração destes com as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos⁹. Convênios e contratos que deverão, no âmbito municipal, ser firmados pela direção municipal do SUS (inciso X do artigo 18 da Lei nº 8.080/1990).

Tais convênios são frutos, portanto, de um dever do próprio Estado em “organizar uma rede de ações e serviços públicos de saúde capaz de prevenir agravos à saúde e doenças”, ainda mais “no caso de a prevenção falhar, ou nos casos de adoecimento por motivos humanos, deve oferecer uma rede de serviços capaz de atender o indivíduo com qualidade, humanidade, eficiência e presteza” (AITH, 2010, p. 193).

Outro importante destaque em relação ao sistema de cooperação com entes privados reside no fato de os convênios ou contratos firmados deverem respeitar, sempre e sem qualquer ressalva, o equilíbrio econômico e financeiro, conforme texto expresso de lei (§ 2º

⁹Nesse sentido, ver a Lei nº 8.080/1990: “Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada. *Parágrafo único.* A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público. Art. 25. Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde (SUS).”

do artigo 26 da Lei nº 8.080/1990), o qual deve ser respeitado em virtude de a saúde ser dever do Estado e sua concretização por meio dos entes privados se realizar mediante a subvenção estatal a tais entes, razão pela qual não cabe ao Estado impor tal responsabilidade aos entes privados, onerando-os em relação a um dever que não incumbe àquele primariamente.

Paralelamente à Lei nº 8.080/1990, a fim de regulamentar o repasse de verbas aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, foi editada a Lei nº 8.142/1990, a qual, em seus artigos 2º e 3º, apresenta importante regramento em relação ao repasse e destinação de verbas aos Municípios no importe mínimo de 70% (setenta por cento) para a cobertura das ações e serviços de saúde mediante alocação de recursos do Fundo Nacional de Saúde (FNS)¹⁰, a serem utilizados seja pela Administração Direta ou Indireta, seja por entes privados sem fins lucrativos que venham a celebrar contratos ou convênios com o ente estatal. Nesse sentido, bem ressalta Aith (2010, p. 220) que os valores destinados à saúde, em especial os provenientes dos fundos de saúde, são essenciais “para que os gestores da saúde possam desenvolver de forma contínua, permanente e eficaz as ações e serviços públicos da área.”

Em termos concretos, Medici (2010, p. 250) apresenta importantes dados sobre o financiamento da saúde pública no Brasil. Primeiramente, afirma que 57% dos gastos com a saúde são privados, sendo que a distribuição dos gastos entre os três principais agentes econômicos, governo, famílias e empresas (incluindo as entidades filantrópicas), correspondem a 43%, 30% e 27% respectivamente.

Assim, cumpre não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível, assegurada à generalidade das pessoas pela lei do SUS e pela própria CF e traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade o Poder Público deve velar de maneira responsável. Tal direito não pode ser convertido em promessa constitucional inconsequente, sob pena de

¹⁰ Nesse sentido, ver a Lei nº 8.142/1990: “Art. 2º Os recursos do Fundo Nacional de Saúde (FNS) serão alocados como: [...] IV – cobertura das ações e serviços de saúde a serem implementados pelos Municípios, Estados e Distrito Federal. *Parágrafo único.* Os recursos referidos no inciso IV deste artigo destinar-se-ão a investimentos na rede de serviços, à cobertura assistencial ambulatorial e hospitalar e às demais ações de saúde.” O artigo 3º, por sua vez, estabelece que: “Os recursos referidos no inciso IV do art. 2º desta lei serão repassados de forma regular e automática para os Municípios, Estados e Distrito Federal, de acordo com os critérios previstos no art. 35 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. § 1º Enquanto não for regulamentada a aplicação dos critérios previstos no art. 35 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, será utilizado, para o repasse de recursos, exclusivamente o critério estabelecido no § 1º do mesmo artigo. (Vide Lei nº 8.080, de 1990). § 2º Os recursos referidos neste artigo serão destinados, pelo menos setenta por cento, aos Municípios, afetando-se o restante aos Estados. § 3º Os Municípios poderão estabelecer consórcio para execução de ações e serviços de saúde, remanejando, entre si, parcelas de recursos previstos no inciso IV do art. 2º desta lei.”

o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir de maneira ilegítima o cumprimento de seu imposterável dever por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Nesse contexto, incide sobre o Poder Público a obrigação de tornar efetivas as ações e prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas públicas idôneas, tal como a prestação de serviços hospitalares emergenciais, fornecimento de medicamentos etc., sem que para tanto tenha que se valer do abuso econômico à população e aos agentes privados que atuam em prol do Poder Público como as entidades sem fins lucrativos (Ex.: Santas Casas de Misericórdia).

2.3. Âmbito municipal – as Santas Casas

Por meio dessa análise normativa, percebe-se que, em que pese o dever de atuação do Estado para o fim de atender plenamente o direito à saúde, tal atuação é insuficiente na medida em que o Poder Público não dispõe de estrutura capaz de atender a toda a população nos mais de cinco mil municípios no Brasil¹¹. Tal situação tanto é real que, no § 2º do artigo 2º da Lei nº 8.080/1990, o legislador brasileiro estabeleceu: “O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.”

Percebe-se, desse modo, que o Estado, pelo reconhecimento de sua própria incapacidade de dar pleno atendimento ao direito Constitucional à saúde, transfere tal responsabilidade aos demais agentes sociais, entre elas as pessoas jurídicas de direito privado, como as Santas Casas de Misericórdia, as quais têm sua origem nos primórdios da saúde no Brasil; como bem ressalta Carvalho (2013), a “história dos cuidados com saúde do brasileiro passa, necessariamente, pela filantropia. Mais ainda pelo cunho filantrópico religioso, a caridade” e, paralelamente a essas atividades, tem-se a atuação estatal.

Tanto a origem da assistência da saúde pública está associada às entidades filantrópicas, religiosa e de caridade, que tais entes (Santas Casas e as associações de beneficência de todo gênero) permanecem ainda em nosso sistema de assistência social conjuntamente com a atuação estatal (MOREIRA NETO, 2014, p. 1.666).

Ademais, em que pese a atuação conjunta e paralela de tais instituições ao Poder Público, este “precisa esgotar todas as possibilidades de

¹¹ Segundo o Portal Brasil, desde 2013 o Brasil tem 5.570 municípios, todos com legislação e prefeitos eleitos. (CRESCER..., 2014).

esforços de economia, para só então justificar a não realização do dever de promoção dos direitos sociais em decorrência de limitações financeiras” (WEICHERT, 2010, p. 130) e, de forma alguma, repassar tal ônus aos agentes privados sem que exista qualquer contrapartida para tanto, ainda que tais entes sejam entidades privadas filantrópicas, sem fins lucrativos, como as Santas Casas.

3. Entidades filantrópicas

Passadas as considerações iniciais quanto ao cenário da saúde pública no Brasil, bem como o sistema de atuação estatal em cooperação com entes privados, compete discorrer sobre as características essenciais relacionadas às entidades privadas sem fins lucrativos e filantrópicas, como as Santas Casas de Misericórdia, dada a importância de tais entes na concretização do direito à saúde.

3.1. Natureza jurídica

Em relação à natureza jurídica das Santas Casas de Misericórdia, há que se destacar o fato de tais entes apresentarem características relacionadas, tanto no âmbito público quanto no privado, na medida em que, apesar de serem constituídas como pessoas jurídicas de direito privado (forma de associação), o objetivo societário não é o econômico (forma societária), mas filantrópico, cultural, político, social etc. (COELHO, 2013, p. 42-44). Nesse mesmo sentido, Carvalho Filho (2010, p. 578) explana que tais pessoas jurídicas “embora não integrando o sistema da Administração Indireta, cooperam com o governo, prestam inegável serviço de utilidade pública e se sujeitam a controle direto ou indireto do Poder Público”; o autor também ressalta a possibilidade de

“tranquilamente enquadrá-las na categoria de entidades paraestatais.”

As Santas Casas, assim, por serem constituídas na forma de associação e por apresentarem como objeto principal a atuação filantrópica, dispõem de características ímpares, aplicando-se subsidiariamente a disciplina jurídica das sociedades empresárias contratuais e às cooperativas (COELHO, p. 45), o que as torna entes da sociedade com atuação em parceria com a Administração Pública, pois atuam na “persecução de interesses públicos” (MOREIRA NETO, 2014, p. 943).

Tais formas de cooperação com a Administração Pública, por meio de entes privados, “reunidas sob a denominação genérica de *administração associada extraestatal*, não encontram marcos de sistematização na legislação” e nem mesmo subsídio significativo na doutrina brasileira, até mesmo porque o Decreto-lei nº 200/1967 (responsável por dispor sobre a organização da Administração Federal) “não poderia prever a rápida evolução experimentada pelos fenômenos sociais hoje referidos ao *terceiro setor*” (MOREIRA NETO, 2014, p. 941).

A despeito da inexistência de marco legal capaz de regular todas as modalidades de atuação em cooperação com a Administração pública, devem-se destacar as Leis nºs 9.637/1998¹² e 9.790/1999¹³; mesmo que não disciplinem especificamente as Santas Casas, elas “inauguram novo quadro para a execução

¹² Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998: “Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências.”

¹³ Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999: “Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências.”

de *fomento* institucional”, na medida em que incentivam “a criação de *entes intermédios* pela sociedade para o desempenho de *atividades de colaboração* entre os setores públicos e privados, *convergentes para os mesmos interesses públicos*.” (MOREIRA NETO, 2014, p. 1.832), razão pela qual não podem ser desconsideradas neste estudo.

Nesse sentido, percebe-se a complexidade de tais entes, visto que abarcam tanto questões relativas a entes privados, quanto questões relativas a entes públicos, buscando concretizar um interesse público maior, fato que gera desdobramentos inclusive nas questões financeiras envolvendo o repasse de verbas públicas para a manutenção e continuidade da prestação de determinado serviço público, como é o caso da subvenção pública nas Santas Casas de Misericórdia para o atendimento público da saúde.

3.2. Subvenção pública

Por meio da análise legislativa apresentada no item 2, é possível identificar as principais normas e bases relacionadas aos recursos e sua distribuição à saúde pública, os quais são a base da subvenção pública aos entes privados que atuam em nome da Administração Pública prestando o serviço básico de saúde, como as Santas Casas de Misericórdia. Essa subvenção pública decorre essencialmente do dever do Estado em efetivar o direito à saúde nos três níveis federativos, conforme disposto nos artigos 197 e 198 da CF e nas Leis nºs 8.074/1990 e 8.080/1990, atribuindo aos Municípios a responsabilidade e recursos para a efetiva concretização do direito à saúde (COSTA, 2014, p. 644-645).

Ademais, nessa análise legislativa, não há como deixar de mencionar a Lei Complementar nº 141/2012, responsável por regulamentar o § 3º do artigo 198 da CF, dispondo sobre os

valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde, bem como sobre a forma de rateio dos recursos para transferências à saúde. Ao proceder assim, a LC nº 141/2012, em seu artigo 7º, prevê que os Municípios têm o dever de aplicar, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde o percentual mínimo de 15% sobre a arrecadação dos impostos municipais dispostos no artigo 156 da CF; sobre as receitas de distribuição aos municípios dispostas no artigo 158 da CF; bem como sobre as receitas dispostas na alínea “b” do inciso I do *caput* e o § 3º do artigo 159, também da CF.

Nota-se, pois, que os entes municipais apresentam diversas fontes de receitas, bem como estão obrigados a destinar parcela significativa de tais verbas à concretização dos serviços de saúde, sejam elas originárias ou de repasse, seja por meio de sua atuação direta, seja por meio de sua atuação indireta mediante a subvenção de recursos aos entes privados que atuam mediante contrato ou convênio com o Município.

Especificamente em relação à subvenção mediante contrato com o Poder Público, diversas são as leis e portarias responsáveis por ditar os parâmetros mínimos que tais contratos e convênios devem respeitar, como a Lei nº 13.019/2014, a qual estabelece o regime de mútua cooperação entre administração pública e organizações da sociedade civil; a Portaria nº 3.410/2013 (prorrogada pela Portaria nº 2.251/2015), a qual estabelece as diretrizes para a contratação de hospitais no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS); e a Portaria nº 929/2012, a qual institui o incentivo financeiro 100% SUS destinados às unidades hospitalares que se caracterizem como pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos. Vejamos cada um desses regramentos.

Primeiramente, ao estabelecer o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil em regime de mútua cooperação, a Lei nº 13.019/2014 visa à concretização de finalidades de interesse público, razão pela qual garante maiores benefícios às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, uma vez que apresentam objetivos voltados ao interesse coletivo, conforme se observa no tópico 3.1.

Somada a essa lei, a Portaria nº 3.410/2013 estabelece diretrizes mais concretas na contratação com o Poder Público, ao dispor sobre a responsabilidade das três esferas públicas na gestão da saúde (artigo 4º e seguintes), a responsabilidade dos hospitais contratados (art. 6º e seguintes), o financiamento de tais hospitais (artigo 14 e seguintes) e, por fim, dispor pormenorizadamente sobre a contratualização em si (artigo 21 e seguintes). Essa portaria, em seu artigo 14, estabelece as fontes públicas de custeio e investimento que compõem o orçamento dos hospitais (fontes federal, estaduais, distrital ou municipais), para a aplicação seja em hospitais públicos, seja em privados sem fins lucrativos.

Por fim, a Portaria nº 929/2012 também é importante instrumento normativo nas questões de contratação com o Poder Público na área da saúde, pois institui o Incentivo Financeiro 100% SUS, destinado às unidades hospitalares que se caracterizam como pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos e que destinem 100% de seus serviços de saúde, ambulatoriais e hospitalares, exclusivamente ao SUS, como em casos de Santas Casas de Misericórdia que realizam o atendimento integral da saúde em muitos Municípios.

Esse conjunto de normas compõe todo o sistema de previsão, repasse e subvenção financeira ao sistema de saúde pública no Brasil, em especial o repasse referente à subvenção de entes privados sem fins lucrativos que, por meio da contrato com o Poder Público, prestam os serviços de saúde, muitas vezes de forma exclusiva em determinados municípios, como o caso das Santas Casas de Misericórdia.

4. Intervenção municipal

Não menos importante é a discussão sobre a intervenção municipal nas entidades privadas sem fins lucrativos que exercem a função estatal de prestação de serviços à saúde, porquanto representam, muitas vezes, o único atendimento público à saúde em pequenos municípios e acabam tendo sua atuação dependente do repasse da subvenção pública. Desse modo, antes de percorrer os ditames legais e hipóteses de intervenção municipal, questões gerais envolvendo a autonomia municipal e execução de serviços públicos locais devem ser analisadas de modo a

compreender os limites do gestor público municipal em eventual atuação interventiva.

4.1. Autonomia municipal

A autonomia municipal está intimamente relacionada à autonomia administrativa do ente municipal, na medida em que “compreende a gestão dos serviços locais, isto é, aqueles em que o interesse municipal é maior do que o federal e o estadual” (COSTA, 2014, p. 330). Tal interesse apenas se sobressai em relação ao interesse estadual e federal, mas nunca se sobrepõe a eles, pois tais interesses estão relacionados à própria organização dos serviços públicos locais, como transporte, saneamento, uso das vias públicas etc. – dentre os quais se destaca à saúde, que representa matéria de interesse federal, estadual e municipal, predominando o interesse deste sobre o daqueles.

A predominância do interesse municipal na saúde decorre de simples fato de que todos os problemas relacionados ao direito à saúde têm, em última instância, implicações diretas (positivas ou negativas) na gestão municipal, ente direto na efetivação daquele direito – até porque os demais entes da federação não passam de meras abstrações administrativas para a gestão e a organização de recursos e interesses dentro de um território.

Ressalte-se que, apesar da relativa autonomia municipal na gestão das matérias de interesse local, tais interesses sempre devem respeitar os ditames constitucionais e o restante do ordenamento jurídico aplicável a cada caso, como a Lei nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), planos plurianuais, lei de diretrizes orçamentárias, as quais exercem restrição à gestão e utilização de recursos pelo Município (COSTA, 2014, 349-51). Assim, antes mesmo de abordar as peculiaridades do ato de intervenção, é possível auferir que aos gestores públicos municipais não é permitida a prática de qualquer ato de forma desenfreada, justificando-se unicamente no maior interesse local, porque a Administração Pública deve respeito ao princípio da estrita legalidade¹⁴, diferentemente dos entes privados, que podem praticar atos sem a necessidade de sua estrita previsão, ainda que não contrariem as leis.

Percebe-se, dessa maneira, que a autonomia do Município não se dá de forma plena e irrestrita, já que limitada ao repasse e à correta destina-

¹⁴ Postulado básico do Direito Administrativo brasileiro, conforme se pode constatar em Mello (1989, p. 57-58), o qual aponta o princípio da estrita legalidade como “subordinação completa do administrador à lei.” Ademais, ressalta o autor que “todos os agentes públicos, desde o que lhe ocupe a cúspide até o mais modesto deles, devem ser instrumentos de fiel e dócil realização das finalidades normativas.”

ção das verbas por ele recebidas e arrecadadas. Admitir entendimento diverso não significa cecear a autonomia financeira ou gestão do Município, mas legitimar condutas manifestamente contrárias às leis orçamentárias e à própria Lei de Responsabilidade Fiscal, à qual todos os entes da Administração Pública se submetem, especialmente em se tratando de matéria de grande interesse, como é a saúde pública.

4.2. Requisitos e legalidade do ato interventivo

Quanto aos requisitos legais para legitimação do ato interventor do Município em face das Santas Casas de Misericórdia, observa-se que não há no ordenamento jurídico brasileiro lei específica para tanto, razão pela qual se utilizam, por meio da analogia, dispositivos constitucionais referentes à requisição administrativa e intervenção nos entes federados, bem como se utiliza a CF e a própria lei do SUS na questão concernente à requisição administrativa de bens e serviços.

Assim, o ato de intervenção municipal deve respeitar os estritos termos legais, bem como sua finalidade última, a promoção do interesse público, sob pena de nulidade por ilegalidade do ato. Seu fundamento é a preservação das “várias estruturas organizacionais, que precisam ser ordenadas segundo uma lógica de competência e responsabilidade”, pela qual se deve zelar para que haja harmonia entre as entidades do Estado (COSTA, 2014, p. 266).

A intervenção somente deve ocorrer em casos excepcionais seguindo, por analogia, os ditames previstos no ordenamento constitucional brasileiro, especialmente o quanto disposto na CF, no artigo 5º, inciso XXV, e nos artigos 34, 35 e 36. Além desses artigos, a própria

Lei do SUS (Lei nº 8.080/90, artigo 15, inciso XIII) deve ser utilizada nos casos de intervenção municipal nas Santas Casas.

Observa-se que o regramento normativo relacionado à requisição administrativa também dispõe de algumas legislações esparsas, como o Decreto-Lei nº 4.812/1942, que aborda a requisição para as Forças Armadas; o Decreto-Lei nº 2/1966, que disciplina a requisição para abastecimentos da população; e a Lei Delegada nº 4/1962, que regula a intervenção no domínio econômico na distribuição de produtos necessários ao consumo da população, sendo que em nenhum desses regramentos há qualquer disciplina jurídica relacionada à saúde pública.

Nesse sentido, o inciso XXV do artigo 5º da CF é a base de todo e qualquer ato interventor, porque disciplina a requisição administrativa “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”.

A requisição administrativa deve ser analisada em conjunto com os artigos 34 e seguintes da CF, os quais regulam a intervenção de um ente federado em outro, na qual o chefe do Poder Executivo expedirá decreto interventor, devidamente motivado, nomeando o interventor e limitando os limites da intervenção. Tal decreto deverá ser referendado pelo órgão legislativo daquele ente, no caso do Município, pela Câmara Municipal (COSTA, 2014, p. 175).

Nesse mesmo sentido posiciona-se Carvalho Filho (2010, p. 862) ao entender que, no ato requisitório com caráter expropriatório, como nos casos de intervenção nas Santas Casas de Misericórdia, é “indispensável ato formal de instituição, seja por decreto específico do Chefe do Executivo, seja até mesmo no próprio decreto expropriatório.” O autor

justifica ainda seu posicionamento em dois fundamentos: o fato de a ocupação estender-se por período superior a “uma breve ocupação” e o fato de tal ato resultar na indenização ao agente que teve sua propriedade tolhida.

A requisição administrativa, pois, somente se dá em casos de “imminente perigo público”, ou seja, somente em situações em que há “necessidades coletivas prementes” a serem sanadas (NOHARA, 2013, p. 718); e o ato de intervenção deve respeitar os ditames constitucionais de motivação com referendo da respectiva casa legislativa e indenização ao agente privado. Nem poderia ser de forma diversa, dado que se trata de uma das formas de intervenção do Estado na propriedade privada, o que somente deve ocorrer como fim último do Estado para garantir determinados ditames constitucionais. Qualquer ato interventivo na propriedade privada que não se atenha aos parâmetros constitucionais “estará contaminado de irretrorquível ilegalidade” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 841).

Nohara (2013, p. 718) e Di Pietro (2013, p. 142) observam ainda que, quando envolve bem imóvel, o ato de requisição confunde-se com questões relacionadas à ocupação temporária ou quando envolve bens móveis há semelhança com o instituto da desapropriação – ou seja, ambas são hipóteses de intervenção supressiva do Estado na propriedade privada, na qual há a transferência coercitiva da propriedade de terceiro ao ente estatal.

Desse modo, percebe-se que, nos casos em que a propriedade privada esteja atendendo seus fins últimos (sua função social), não existem fundamentos legais capazes de justificar a intervenção, como no caso da requisição para os fins da saúde pública, a qual deve respeitar a Lei do SUS (Lei nº 8.080/1990), cujo artigo 15, inciso XIII, apresenta regramento relacionado à intervenção do ente administrativo (União,

Estado ou Município) no ente privado: i) “para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias”; ii) justa indenização às pessoas naturais ou jurídicas que tenham seus bens e serviços requisitados¹⁵.

Nohara (2013, p. 718) destaca a requisição no âmbito da saúde pública como um dos desdobramentos do artigo 5º, inciso XXV, da CF, sempre respeitando a justa indenização e iminente perigo ou calamidade pública, utilizando-o como medida última pelo administrador público a fim de evitar qualquer ilegalidade e abuso na intervenção da propriedade privada¹⁶.

Em posicionamento ainda mais restritivo à aplicação do instituto da requisição administrativa, Carvalho Filho (2010, p. 855) entende que não basta a existência de risco à coletividade: ele deve estar necessariamente “prestes a se consumir ou a expandir-se de forma irremediável se alguma medida não for tomada.”

Além disso, no caso de intervenção nas Santas Casas de Misericórdia, por serem entes privados, ainda que sem fins lucrativos, o Município, ao nomear o agente interventor, não pode excluir a participação da mesa diretora da referida instituição nas decisões praticadas pelo interventor sob pena de completo desconhecimento e possível prejuízo futuro

¹⁵Nesse sentido, ver a Lei nº 8.080/1990: “Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições: [...] XIII – para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização;

¹⁶Nesse sentido: “É certo que a requisição de propriedade particular é medida excepcionalíssima, que requer justificação também excepcional para sua tomada” (SÃO PAULO, 2015).

quanto à destinação de seu patrimônio, conforme se pode observar do posicionamento do Ministério Público do Estado de São Paulo, quando da emissão de seu parecer nos autos (SÃO PAULO, 2014b)¹⁷.

Além desses pontos, o ato interventor está submetido a todos os ditames legais e administrativos, não se eximindo o Município do dever de cumprir os compromissos financeiros decorrentes dos contratos celebrados pela entidade que sofreu a intervenção, visto que o desrespeito a tais ditames, possivelmente, ensejará a responsabilidade administrativa do agente interventor, conforme se verá a seguir a respeito das consequências para o agente interventor¹⁸.

Por fim, saliente-se que, mesmo que o ato interventor venha a ser devidamente referendado pelo ente legislativo, caso existam excessos ou ilegalidade na prática do mesmo, nada impede que o Poder Judiciário exerça tal controle, anulando tal ato se for o caso (CARVALHO FILHO, 2010, p. 858).

5. Desvio de finalidade no ato de intervenção

A análise do desvio do ato administrativo de intervenção é necessária, pois se encontra intimamente atrelada aos próprios requisitos de legalidade do ato interventivo, bem como se subsume à realidade de muitas Santas Casas de Misericórdia que sofrem intervenção municipal, sob o fundamento de apuração de atos irregulares na gestão da mesma, e tal ato pode estar maculado de desvio de finalidade¹⁹.

¹⁷Nesse sentido, ver transcrição de parte do parecer (p. 180): “Logo, em se considerando as Santas Casas de Misericórdia entidades privadas com pleno direito de autogestão, às garantias constitucionais da propriedade e ao livre exercício de suas atividades, é certo que ao sofrerem intervenção do Poder Público no tópico da prestação de serviços, têm legitimidade para litigar em juízo pleiteando que um membro de sua Mesa Diretora possa acompanhar as decisões do interventor, sob pena de desconhecimento (e até prejuízo) futuro quanto ao destino de seu patrimônio (o que não significa necessariamente que o membro indicado venha a ter acesso às informações da auditoria quando se tratar de investigação para apurar fraudes)” (SÃO PAULO, 2014b).

¹⁸Sobre esse ponto, ver Homologação de acordo celebrado com o Município. Índícios de improbidade administrativa pela não observância da Lei de Responsabilidade Fiscal. Indisponibilidade do interesse público. Decisão que não exime o Município de cumprir com os compromissos financeiros que lhe competem decorrentes dos contratos celebrados e dos sucessivos períodos de intervenção na Santa Casa local. Questões atinentes ao mérito da ação de cobrança devem ser analisadas amplamente por ocasião da sentença, respeitado o duplo grau. Recurso desprovido, com observação (SÃO PAULO, 2014a).

¹⁹Em relação à realidade interventiva com desvio de finalidade em Santas Casas de Misericórdia, ver notícias: <<http://g1.globo.com/mg/grande-minas/noticia/2016/04/prefeito-de-montes-claros-e-presos-durante-operacao-da-policia-federal.html>>. Acesso em: 3 maio 2016. <<http://g1.globo.com/mg/grande-minas/noticia/2016/04/defesa-pede-que-trf-reconsidere-prisao-de-prefeito-de-montes-claros.html>>. Acesso em: 3 maio 2016. <<http://www.odemocrata.com.br/resposta-oficial-da-santa-casa-de-misericordia-de-sao-roqueao-artigo-desgraca-pouca-e-bobagem-publicado-em-150116/>>. Acesso em: 3 maio 2016.

5.1. Desvio de finalidade

Importante destacar que, embora as discussões envolvendo a teoria dos atos administrativos já se encontrem superadas em termos de centralidade do Direito Administrativo – conforme argumenta Medauar (2009, p. 167-174), ao expor a evolução do ato e processo administrativo –, a questão do desvio de finalidade de tais atos ainda é de suma importância como forma de controle da Administração Pública em face de seus agentes, uma vez que o desvio de finalidade do ato interventivo ocorre, em grande medida, quando interesses particulares passam a nortear os atos de gestão do chefe do poder executivo municipal²⁰, ou seja, há patente desvio de finalidade do ato quando o prefeito municipal deixa de exercer de forma adequada as funções a ele incumbidas em prol do interesse público para alcançar interesses pessoais e escusos, como o atraso no repasse de verbas à saúde pública com o propósito de prejudicar o prestador dos serviços médico hospitalar.

A finalidade do ato administrativo está intimamente atrelada ao princípio da impessoalidade, previsto no art. 37 da CF, ao passo que o gestor público deve pautar seus atos pelo interesse público, sem beneficiar a si próprio ou a outrem em detrimento da coletividade. Isso quer dizer que “a impessoalidade obriga a Administração a organizar-se de forma a propiciar uma atuação imparcial e voltada para a consecução da finalidade pública. É isso que se espera do administrador público” (RAMOS, 2012, p. 131). Se assim não for, inevitavelmente o administrador público estará atuando maculado por interesses que não condizem com finalidade do ato administrativo, desviando-se do dever de legalidade para atingir outros fins alheios à coletividade.

Ainda em relação ao desvio de finalidade do ato administrativo por violação ao princípio da legalidade, há que se destacar que tal violação não pressupõe tão somente a violação à lei propriamente dita, mas abrange a violação “de valores e princípios contidos implícita ou explicitamente no ordenamento jurídico”, como observa Di Pietro (2009) ao abordar a “era dos princípios” e sua aplicação aos atos administrativos²¹. Nesse sentido, Ferreira (2012, p. 445) observa que a “atuação do admi-

²⁰ Quanto aos atos de gestão do chefe do Poder Executivo Municipal, “do ponto de vista administrativo, quer dizer que todos os atos cotidianos que fazem com que a Administração funcione são tomados pelo Prefeito” (COSTA, 2014, p. 413).

²¹ Nesse sentido, vale a transcrição do trecho em que Di Pietro (2009) aborda tal questão: “A presença dos princípios e valores na Constituição permite a afirmação de que no Brasil a submissão da Administração se dá à lei e ao direito. Permite a afirmação de que, hoje, o princípio da legalidade ganhou nova dimensão, levando à distinção entre legalidade em sentido estrito (que equivale à reserva da lei) e à legalidade em sentido amplo (que abrange os atos normativos do Poder Executivo, bem como os princípios e valores previstos na Constituição, de forma implícita ou explícita).”

nistrador público não pode, em momento algum, se desviar do binômio legalidade-supremacia do interesse público, sob pena de vício do ato administrativo na modalidade desvio de finalidade²².

Traçadas essas premissas acerca do desvio de finalidade do ato administrativo, especialmente o ato interventivo para fins deste estudo, cabe agora esmiuçar a situação vivida por muitas Santas Casas, no que diz respeito à falta de repasse de recursos municipais para o custeio do serviço de atendimento público à saúde, no intuito de prejudicar a entidade, mediante seu estrangulamento financeiro.

5.2. Desvio de finalidade decorrente da falta de repasse municipal

Como já mencionado no item 3.2., é certo que a maioria das Santas Casas de Misericórdia, principalmente em Municípios menores do País, acaba por assumir a prestação da maior parte ou a totalidade em alguns casos, do serviço público de saúde. Nesse trabalho de cooperação com o Poder Público, que constitucionalmente tem o dever de assegurar o atendimento de saúde a todos²², é certo que as Santas Casas de Misericórdia dependem de repasses de verbas municipais, em complemento às federais e às estaduais, a fim de realizar atendimentos por meio do SUS.

Não raro, todavia, o Poder Público Municipal exime-se da sua responsabilidade de complementar o repasse de recursos públicos ao prestador do serviço de saúde, muitas vezes, com o fim de prejudicar o particular – no caso, as Santas Casas –, com o fim de criar artificialmente as condições para uma posterior intervenção, ou ainda para benefício próprio, conforme se observa nas notícias referidas em nota de rodapé.

Vale ressaltar, ainda, que nos Municípios menores, nos quais o atendimento público de saúde pode facilmente ser utilizado para fins eleiçoeiros, é possível que a falta de repasses de verbas municipais ocorra por razões pessoais do Chefe do Poder Executivo, com a finalidade de prejudicar a Administração das respectivas Santas Casas. Em suma, com a falta de repasses, o Chefe do Executivo municipal impõe ao particular (no caso, à Santa Casa) o dever de prestar o atendimento público de saúde às suas próprias expensas, criando verdadeiro desequilíbrio na situação financeira da entidade, para depois intervir indevidamente.

Por conseguinte, cabe atentar no vício do ato em razão do seu desvio de finalidade, o qual se dá pela prática de fim diverso daquele estabeleci-

²² Em relação ao dever constitucional do Estado de prestação plena do serviço de saúde, ver art. 196 da CF: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

do em lei, resultando, como consequência, em desvio de poder pelo agente público, mas não só, o agente público ao praticar um ato com o “fim de prejudicar ou ajudar alguém, isto é, não tendo por finalidade o interesse público, mas interesses subalternos, de particulares ou do próprio agente que o emitiu” tal ato deve ser considerado inexistente (VITTA, 2000, p. 269-270). Tal postura é altamente reprovável, pois viola a finalidade do ato administrativo, jogando por terra princípios impostos pela CF²³, como o da impessoalidade e o da moralidade – afinal, “agir de acordo com a moralidade administrativa significa agir de acordo com finalidades públicas legítimas” (MARRARA, 2012, p. 165).

Configurado o desvio de finalidade decorrente da falta de repasse municipal às pessoas de direito privado que cooperam com o serviço de atendimento público de saúde, ou até mesmo a sua intenção, caberá a adoção das medidas a seguir delineadas.

5.3. Medidas a serem adotadas administrativa e judicialmente pelos provedores e pela mesa diretora das Santas Casas

A Administração Pública, em toda sua atividade, está sujeita à fiscalização interna, decorrente do poder de autotutela²⁴, e à fiscalização externa, exercida “por diferentes órgãos e pelos cidadãos” (MOURÃO; COUTO, 2011, p. 42). Neste estudo, enfatiza-se o controle externo da Administração Pública, mediante o apontamento das medidas de caráter pre-

ventivo e repressivo, inclusive para a responsabilização pessoal do agente público, a serem adotadas nos casos de desvio de finalidade do ato interventivo especificamente em relação às Santas Casas de Misericórdia.

5.3.1. Das medidas preventivas

Foi delineado no item 4.2. que a intervenção municipal nas entidades privadas que cooperam com o Poder Público no atendimento público de saúde é medida excepcional, cuja concretização depende do preenchimento de alguns requisitos. É certo que a saúde financeira da entidade é demasiado importante na análise do cabimento do ato interventivo, pois na insubsistência desta, haverá o risco da paralisação do atendimento à população, implicando perigo à preservação da saúde da coletividade.

Na análise do desvio de finalidade do ato interventivo, todavia, devem-se verificar as razões da eventual difícil situação financeira da entidade privada, pois, se decorrente da propositada falta de repasses municipais, estar-se-á diante de uma deficiência financeira arquetizada, que não justifica a intervenção. Nesse cenário, é importante que a entidade privada (no caso, as Santas Casas), adote um modelo de gestão administrativo altamente eficiente e devidamente estruturado, viabilizando, em eventual tentativa de intervenção, a demonstração técnica e contábil de que a situação financeira precária não decorre de má gestão, mas da falta de repasses municipais.

Feito isso, na situação de risco iminente de intervenção, poderá a Santa Casa optar por notificar extrajudicialmente a municipalidade para que proceda à complementação dos repasses federais e estaduais de forma a fazer frente aos custos efetivos da prestação do serviço de saúde pública, para o que será demasi-

²³ Em relação aos princípios constitucionais expressamente impostos ao Estado pela CF, ver o art. 37: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

²⁴ Ver Súmulas nºs 346 e 473 do STF.

adamente importante apresentar um conjunto probatório robusto da deficiência dos repasses. Não havendo qualquer providência da municipalidade, caberá ainda o ajuizamento de ação visando ao reequilíbrio financeiro do contrato firmado entre a entidade e o Poder Público municipal para o atendimento ao público de saúde – medida que demanda, também, um conjunto probatório robusto da insuficiência dos recursos municipais repassados.

Por fim, mas não menos importante, caracterizado o desvio de finalidade do agente público na falta de repasses municipais, “o cidadão pode representar ao Ministério Público, dotado de instrumento de máxima abrangência social, para que implemente a via judiciária” (FAZZIO JÚNIOR, 2012, p. 430), objetivando a regularização dos repasses e a aplicação das penalidades previstas na Lei nº 8.429/92.

Vale reiterar, porém, que todas essas medidas demandam a estruturação de um conjunto probatório robusto de forma a caracterizar o desvio de finalidade na falta do repasse municipal.

5.3.2. Das medidas judiciais repressivas

Na via judicial, em caráter repressivo, o controle do ato interventivo maculado de desvio de finalidade encontra remédio no tripé formado pela ação popular, ação civil pública e mandado de segurança, pois subsome, em última instância, à definição de improbidade administrativa (SENNA, 2012, p. 312).

Naturalmente, o mandado de segurança é a medida repressiva que prontamente se demonstra apta a combater eventual intervenção maculada pelo desvio de finalidade, a fim de preservar o direito líquido e certo de a Provedoria e da Mesa Diretora da Santa Casa se manterem na gestão plena da entidade hospitalar, sem qualquer interferência do Poder

Público. Previsto constitucionalmente²⁵ e disciplinado pela Lei nº 12.016/2009, o mandado de segurança é o remédio judicial mais célere em termos de análise liminar para afastar o ato interventor viciado e violador dos princípios constitucionais que regem a atuação administrativa²⁶; porém, demanda um conjunto probatório pré-constituído e robusto, ao passo que a medida não admite dilação probatória.

Por sua vez, a ação popular, também prevista constitucionalmente²⁷, pode ser ajuizada por qualquer cidadão em pleno gozo da sua cidadania (desde que possua título de eleitor ou documento equivalente) visando a anular o ato interventor viciado de forma a preservar a moralidade administrativa, bem como proteger o patrimônio público em função do desvio da subvenção às entidades privadas sem fins lucrativos, como as Santas Casas²⁸. Todavia, na ação popular, o pedido restringe-se à anulação do ato interventor, assim como no mandado

²⁵ Ver art. 5º, LXIX, da CF.

²⁶ Vale salientar inclusive que “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão dos seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra” (MELLO, 2004, p. 842).

²⁷ Ver art. 5º, LXXIII, da CF.

²⁸ Ver a Lei nº 4.717/2009: “Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.” [...] § 4º Para instruir a inicial, o cidadão poderá requerer às entidades, a que se refere este artigo, as certidões e informações que julgar necessárias, bastando para isso indicar a finalidade das mesmas.

de segurança, com a possibilidade do pedido de ressarcimento, o que não é viável no mandado de segurança.

Por fim, cumpre ressaltar a possibilidade de repressão do ato interventor indevido por meio da ação civil pública, disciplinada pela Lei nº 7.347/1985, cuja legitimidade ativa se encontra taxativamente arrolada no referido mandamento legal²⁹. Trata-se de medida que se apresenta mais abrangente que as anteriores, pois, além da possibilidade de anular o ato interventor viciado e ressarcir os cofres públicos em eventual lesão, pela ação civil pública é possível a aplicação de penalidades, como as dispostas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992).

Nesse sentido, esclarece Fazzio Júnior (2012, p. 430) que, caso se almeje “a aplicação das sanções civis e político-administrativas da Lei nº 8.429/92, o cidadão pode representar ao Ministério Público”, o qual ajuizará a demanda judicial necessária para tanto; por outro lado, caso se almeje apenas “a anulação do ato lesivo ou imoral do oficial público, e o ressarcimento ao erário, tem aberta a via da ação popular”.

5.4. Consequências para o agente interventor

Comprovado o desvio de finalidade do ato interventivo pelo gestor municipal, ou seja, comprovada a irregularidade e ilegalidade na prática de atos pelo prefeito municipal, este poderá ser responsabilizado em três esferas distintas: a penal, a político-administrativa e a cível (COSTA, 2014, p. 956).

Como afirma Costa (2014, p. 956), a responsabilização criminal “resulta do cometimento de crime ou de contravenção, podendo ser crime funcional, especial ou comum.” O autor aduz que os crimes funcionais se classificam em gerais (previstos nos arts. 312 e 327 do Código Penal) e em específicos – os “crimes de responsabilidade, tipificados no art. 1º do Decreto-lei n. 201, de 27.02.1967, ou crimes de abuso de autoridade, previstos na Lei Federal n. 4.898, de 09.12.1965”.

Merecem maior destaque neste estudo os crimes funcionais específicos de responsabilidade previstos no artigo 1º, incisos I e II, do Decreto-lei nº 201/1967, dado que preveem a apropriação e o desvio de bens ou renda públicas, bem como a utilização desses bens e rendas em proveito próprio ou em desacordo com sua finalidade principal, condutas punidas com reclusão de dois a doze anos.

Observa-se, ademais, que, somada à penalidade de reclusão acima, o chefe do Poder Executivo municipal perderá o cargo e ficará inabilitado para o exercício de qualquer cargo ou função pública pelo prazo de

²⁹ Ver art. 5º da Lei nº 7.347/1985.

cinco anos, e tais penalidades serão aplicadas sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular.

Paralelamente ao Decreto-lei nº 201/1967 há a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92)³⁰, a qual dispõe “sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.” A Lei de Improbidade Administrativa, da mesma forma que o Decreto-lei nº 201/1967, apresenta penalidades graves para o agente que cometa qualquer dos atos previstos no artigo 9º, 10 e 11 daquela lei (enriquecimento ilícito, dano ao erário e atentado aos princípios da Administração Pública), como a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio e ressarcimento integral do dano (ressarcimento e restituição), perda da função pública e suspensão dos direitos políticos (de três a dez anos), multa civil, proibição de contratar com a administração pública e dela receber benefícios (de três a dez anos), incentivos ou subvenções, fiscais ou creditícias e suspensão dos direitos políticos. Tais sanções são aplicáveis ao agente político, independentemente das sanções nas esferas cível e criminal, agravando, ainda mais, a situação do agente infrator.

Percebe-se, pois, que as penalidades aplicáveis ao gestor municipal são indiscutivelmente graves, uma vez que envolvem as esferas criminal, administrativa e cível, e implicam restrições na liberdade pessoal e patrimonial do agente infrator.

6. Conclusão

Neste estudo, ficou claro que a concretização do direito à saúde no Brasil não ocorre exclusivamente mediante a atuação direta do Estado, mas por meio de uma rede integrada entre o público e o privado, compondo o SUS. Nesse sistema, a atuação de entes privados, como as Santas Casas de Misericórdia, mostra-se essencial a fim de efetivar o direito constitucional à saúde.

Todavia, em que pese a atuação privada em parceria com o Poder Público, este, em alguns casos, desviando-se da finalidade última de seus atos – a promoção do interesse público –, passa a intervir na gestão

³⁰ Em relação ao termo *improbidade administrativa*, a despeito das diversas variáveis de conceitos relacionadas às questões éticas de conduta, Neves e Oliveira (2014, p. 34) conceituam-na como “ato ilícito, praticado por agente público ou terceiro, geralmente de forma dolosa, contra as entidades públicas e privadas, gestoras de recursos públicos, capaz de acarretar enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação aos princípios que regem a Administração Pública.”

e execução dos serviços de saúde prestados pelos entes privados para além daquilo de direito, superando a fiscalização e controle de uso das verbas públicas repassadas a tais entes.

Em razão de tal cenário, muitas vezes a atuação das Santas Casas de Misericórdia encontra barreiras na gestão dos administradores municipais (prefeitos) que sobrepõem interesses privados aos interesses públicos, em patente desvio de finalidade do ato de prestação do serviço de saúde, o que repercute na esfera de responsabilizações administrativas do agente público, bem como encontra grande suporte de medidas processuais a serem adotadas, uma vez que se deve dar em hipóteses excepcionais, restritas e justificáveis ao ponto de suprimir a autonomia e gestão de entidades privadas, ainda que sem fins lucrativos.

Sobre os autores

Gustavo Assed Ferreira é doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, SC, Brasil; livre docente em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; professor associado do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP), Ribeirão Preto, SP, Brasil.
E-mail: gustavo.assed@usp.br

João Otávio Torelli Pinto é graduado pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP), Ribeirão Preto, SP, Brasil; mestrando em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP), Ribeirão Preto, SP, Brasil; revisor da Revista de Estudos Jurídicos da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP), Franca, SP, Brasil.
E-mail: jotpinto@gmail.com

Hélio Navarro de Albuquerque Neto é graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP), Ribeirão Preto, SP, Brasil; sócio diretor de Navarro de Albuquerque Sociedade de Advogados, Ribeirão Preto, SP, Brasil.
E-mail: navarro@navarrodealbuquerque.com.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês³¹

MISUSE OF PURPOSE OF ADMINISTRATIVE ACT IN MUNICIPAL INTERVENTION: INTERVENTION IN THE HOLY HOUSES OF MERCY

ABSTRACT: The Unified Health System – SUS often relies on agreements and contracts with the private sector (Ex.: Holy Mercies houses at the municipal level), which can lead to interventions by the Government. This study makes an analysis of legality and legal consequences of such acts of intervention. To accomplish this goal, it was made use of

³¹ Sem revisão do editor.

legal dogmatic analysis in relation to the regulatory and legal framework involving the SUS, especially in the analysis of public subsidies Hospitals, as well as regulatory / legal analysis of municipal intervention in such entities, with its consequent developments for those involved. As a result of this study we observed that the acts of municipal intervention in Hospitals must occur in exceptional situations, under penalty of flagrant misuse of purpose for violating the law applicable to the case, and under penalty of incidence of personal accountabilities to intervenor agent.

KEYWORDS: HOLY HOUSES OF MERCY. MUNICIPAL INTERVENTION. MISUSE OF PURPOSE. RESPONSIBILITY INTERVENOR AGENT.

Como citar este artigo

(ABNT)

FERREIRA, Gustavo Assed; PINTO, João Ótávio Torelli; ALBUQUERQUE NETO, Hélio Navarro de. Desvio de finalidade do ato administrativo na intervenção municipal: intervenção nas santas casas de misericórdia. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 213, p. 199-220, jan./mar. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p199>.

(APA)

Ferreira, G. A., Pinto, J. O. T., & Albuquerque, H. N. de, Neto (2017). Desvio de finalidade do ato administrativo na intervenção municipal: intervenção nas santas casas de misericórdia. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(213), 199-220. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p199

Referências

AITH, Fernando. O direito sanitário no Brasil. In: SANTOS, Lenir (Org.). *Direito da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2010, p. 183-238.

BRASIL. *Constituição da república federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário com agravo n. 799136/RS. Relator: Min. Dias Toffoli. *Diário da Justiça*, 21 ago. 2014.

CARVALHO, Gilson. A saúde pública no Brasil. *Estudos Avançados*, v. 27, n. 78, p. 7-26, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142013000200002>. Acesso em: 20 fev. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 2 v.

COSTA, Nelson Nery. *Direito municipal brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CRESCER o número de municípios no Brasil. *Portal Brasil*, 30 set. 2014. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2013/06/crece-numero-de-municipios-no-brasil-em-2013>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. *Fórum Administrativo: Direito Público*, v. 9, n. 100, jun. 2009.

_____. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2012.

FERREIRA, Gustavo Assed. A legitimidade do Estado e a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 441-451.

MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: proibidade, razoabilidade e cooperação. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 159-179.

MEDAUAR, Odete. Administração pública: do ato ao processo. *Fórum Administrativo: Direito Público*, v. 9, n. 100, jun. 2009.

MEDICI, André. Direito à saúde e o financiamento do SUS. In: SANTOS, Lenir (Org.). *Direito da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2010. p. 243-278.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Legalidade, motivo e motivação do ato administrativo. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*, n. 59, p. 51-59, maio/jul. 1989.

_____. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOURÃO, Licurgo; COUTO, Daniel Uchôa Costa. A fiscalização dos processos licitatórios na administração pública. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 78, n. 1, p. 39-58, jan./mar. 2011.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *Manual de improbidade administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: São Paulo: Forense; Método, 2014.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Notas sobre o princípio da impessoalidade e sua Aplicação no Direito Brasileiro. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 119-132.

RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flávia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Org.). *Dogmática é conflito: a racionalidade jurídica entre sistema e problema*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Lenir. *Direito da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2010.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo n. 2042963-38.2013.8.26.0000. Relator: Luciana Bresciani. *Diário da Justiça eletrônico*, 14 fev. 2014a.

_____. Tribunal de Justiça. Processo n. 2054117-53.2013.8.26.0000. Relator: Fermino Magnani Filho. *Diário da Justiça eletrônico*, 3 out. 2014b.

_____. Tribunal de Justiça. Processo n. 2054117-53.2013.8.26.0000. Relator: Vicente De Abreu Amadei. *Diário da Justiça eletrônico*, 18 abr. 2015.

SENNÁ, Gustavo. Tutela repressiva da improbidade administrativa: princípios informadores e microsistema. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; OLIVEIRA, Alexandre Albagli; GHIGNONE, Luciano Taques (Org.). *Improbidade administrativa*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 299-325.

VITTA, Heraldo Garcia. Ato administrativo: invalidações: classificação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 221, p. 257-272, jul./set. 2000.

WEICHERT, Marlon Alberto. Direito à saúde, sistema único de saúde e a integralidade da assistência. In: SANTOS, Lenir (Org.). *Direito da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2010. p. 101-142.

Satisfação de crédito em face do Estado em crise

RODRIGO MARTINIANO AYRES LINS

Resumo: Diante de uma situação de crise, deve-se avaliar se é possível inadimplir precatórios para que se possam solver despesas mais caras ao Estado. Todavia, a inadimplência autoriza ao Poder Judiciário executar o sequestro das verbas públicas e não se fixou na Constituição Federal de 1988 (CF) qualquer parâmetro para sua ocorrência. O artigo pretende debater a exata medida de intervenção do Poder Judiciário, que não deve prescindir da ponderação dos interesses que vierem a se apresentar em patamares diversos. Para tanto, colheram-se dados da Secretaria do Orçamento Federal, além de pesquisa encomendada pelo Conselho da Justiça Federal sobre o tema, bem como se analisou o Texto Constitucional, a Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 115/2010 e da Lei de Responsabilidade Fiscal, para definir em que medida realmente é possível o sequestro da receita do Estado para a satisfação de créditos inscritos em precatório.

Palavras-chave: Orçamento público. Precatório. Sequestro de verba pública. Estado em crise.

Introdução

A satisfação de direitos perante o Estado sempre foi penosa ao longo da história, seja pela mera vontade do governante, seja por inúmeras outras razões de natureza política. A existência de precatório e de regras específicas para a requisição de seu pagamento representam conquistas sociais, embora ainda esbarrem em inúmeras dificuldades no campo fático.

“O precatório só existe e só é importante porque a administração pública, em geral, só paga seus débitos judiciais por força do precatório, em virtude do controle administrativo que deve recair sobre as importâncias entradas e saídas, e como forma de moralizar o serviço público”

Recebido em 25/10/16
Aprovado em 19/12/16

(CARVALHO, 1982, p. 19). Não é mesmo de se esperar o pagamento espontâneo de dívidas (notadamente de administrações anteriores) por parte de quem depende de voto e publicidade de suas ações; daí porque, em princípio, a mecânica do pagamento de precatórios deve decorrer de norma constitucional clara e taxativa.

O artigo, entretanto, propõe-se a perquirir razões jurídicas e políticas de o Estado eventualmente furtar-se em justa medida ao pagamento dos precatórios, sobretudo diante da crise que assola o Brasil e das amarrações orçamentárias de despesas de cumprimento vinculado. Não se pretende advogar um “calote”; a ideia é expor argumentos que redundem numa possível harmonização de interesses constitucionais que se encontrem em desequilíbrio.

Justifica-se a discussão pelo fato de o Poder Judiciário ter ao seu dispor o § 6º do art. 100 da CF, que em princípio lhe confere o direito de sequestro de verba pública do ente federativo inadimplente em caso de “não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito”. Daí as questões: e se não houver recursos financeiros suficientes? É possível o sacrifício da receita destinada a atender ao interesse público para que se efetue o pagamento de precatório? A Lei Orçamentária, aprovada pelo Parlamento, pode ser transgredida para a satisfação do direito individual reconhecido por sentença transitada em julgado?

Para tentar dirimir essas dúvidas, o artigo inicia-se com uma exposição breve sobre o orçamento público, sua história, relevância, fins, além dos vínculos específicos a despesas previstas no próprio Texto Constitucional, a exemplo dos gastos mínimos com educação e saúde. Em seguida, apresenta a dinâmica dos precatórios no Brasil, com seu histórico até a promulgação da Emenda Constitucional nº 62/2009, que trouxe inovações contundentes na sua forma de pagamento, além da própria possibilidade do sequestro de recursos públicos em caso de não reserva pelo ente devedor de verba orçamentária suficiente à liquidação das obrigações para com o Poder Judiciário.

A última seção foi destinada à defesa de argumentos jurídicos que buscam promover uma interpretação razoável diante de possível conflito fático entre a necessidade de pagar um precatório e a satisfação de despesas vinculadas ao atendimento de interesses públicos. Para tanto, apresentaram-se dados colhidos da Secretaria do Orçamento Federal, que contextualizou a vinculação de receitas a despesas públicas, indicando baixa taxa de discricionariedade na alocação de recursos. Ademais, fez-se referência a dados colhidos junto ao Conselho da Justiça Federal acerca da quitação de precatórios, que lhe trouxeram conclusões sobre os motivos pelos quais há inadimplência. Tentou-se demonstrar que a atitude do Judiciário de sequestro de verba pública deve passar por uma prévia e cau-

telosa ponderação, utilizando-se não só de fundamentos legais, mas também de políticos para que se chegue a um resultado final harmônico em relação aos preceitos constitucionais.

1. A receita pública e a vinculação de despesas no orçamento

1.1. O orçamento público

O modelo constitucional brasileiro acolheu a técnica da distribuição das funções estatais entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que atuam com independência e em coordenação, para o necessário equilíbrio na dosimetria do poder. A despeito da existência formal da divisão das funções entre os poderes, um interfere sobre o outro em justa medida, para que se evite a rejeitável concentração e se expurguem excessos que porventura venham a ser cometidos.

No século XVIII, com a notória ascendência da burguesia, o ambiente político mostrou-se favorável à absorção das teses liberais que enfrentavam a concentração de poder. A tirania dos monarcas era rejeitada pelo povo, insatisfeito com privilégios exacerbados em detrimento daqueles que não viviam do ócio.

Segundo a doutrina liberal da época, o Estado concentrador de poder seria o fantasma do indivíduo, na medida em que confrontava sua liberdade. Diante da antítese entre a “liberdade do indivíduo” e o “absolutismo do monarca”, fundamentou-se a criação do que veio a se chamar de “Estado de Direito”. A burguesia, até então classe dominada, apoderou-se da teoria liberal para despertar a consciência política do povo contra a decadente monarquia absoluta, submersa em privilégios que não condiziam com a realidade social. Os abusos cometidos no Estado absolutista permitiu

a sua superação por um Estado de cunho constitucional, amparado na tripartição de funções em órgãos distintos e independentes entre si (BONAVIDES, 1961).

Nessa ordem liberal, surgiu no início do século XIX, na Inglaterra, o orçamento público com características formais, visando ao efetivo exercício de controle sobre as contas públicas (BURKHEAD, 1971)¹. A ideia de haver um “orçamento” definido estabeleceu-se inicialmente pela necessidade de controle daquele que iria executá-lo. Os cidadãos já não mais se contentavam com um modelo em que o Rei não estivesse vinculado à prévia aprovação de receitas e despesas, além do dever de prestar contas.

No século XX, agregou-se ao objetivo de controle sob as receitas e despesas do Estado o ideário de função orientadora das tarefas que ele precisaria executar – seu plano de atuação, por exemplo, na saúde, educação, transporte, agricultura etc. (SILVA, 1973). A lei orçamentária mostrava-se como a principal ferramenta que levaria o governo a promover ações, qualquer que fosse sua orientação ideológica (PEREIRA, 1999). É, portanto, verdadeiro instrumento político, proposto pelo Poder Executivo e demais entes com autonomia administrativo-financeira, e admitido à ampla discussão e voto pelo Poder Legislativo, além do controle externo, depois de aprovado, pela via dos tribunais de contas e do próprio Parlamento, o que bem corporifica a necessária técnica dos *checks and balances* e alcança, em princípio, os fins democráticos.

¹José Afonso da Silva (1973) menciona que o orçamento público remonta à Magna Carta de 1215, quando da exigência dos barões ingleses de que o Rei lhes submetesse os tributos a serem cobrados dos súditos. Em 1689 também se tem a autorização de despesas pelo Parlamento inglês, entre os vários outros acontecimentos históricos que culminaram com a peça formal do orçamento na Inglaterra nos idos de 1822.

O orçamento representa, neste século XXI, não só uma ferramenta de controle sobre o Estado, mas um importante programa vinculado de políticas sujeito a rigorosa administração financeira e aos princípios que regem os entes públicos, entre os quais o da eficiência.

1.2. A despesa pública e as amarrações constitucionais

A seção II do Capítulo II do Título VI da CF disciplina as diretrizes do orçamento público brasileiro e estabelece, inclusive, o ciclo orçamentário, definido por COPE (1963) como os passos segundo os quais os orçamentos são preparados, votados, executados, seus resultados avaliados e as contas respectivas julgadas.

É certo, contudo, que há gastos cogentes a serem realizados, além da definição de certos limites a eles, tudo pelo bem da boa gestão e emprego dos recursos públicos. A partir de 1988, com a CF, houve sensível diminuição no grau de discricionariedade no uso dos recursos públicos, exatamente considerando as vinculações de despesas e as transferências obrigatórias, além das despesas com pessoal, benefícios previdenciários, dentre tantas outras.

A Secretaria de Orçamento Federal, vinculada ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, definiu a existência de receitas desvinculadas dentro do total da arrecadação como critério para medir o grau de discricionariedade no emprego de recursos. A partir dos dados recolhidos, a Secretaria constatou que “houve significativo decréscimo no montante das receitas desvinculadas, principalmente no período compreendido entre os anos de 1988 e 1994.” E exemplifica: “Em 1988, os recursos da União de livre alocação representavam 55,5% do total das receitas do Tesouro, enquanto que, em 1993, a participa-

ção caiu para 22,9%.” No exercício de 2002, por sua vez, verificou que “apenas 19,4% dos recursos da União eram isentos de vinculação, e a previsão para 2003 é que este percentual seja de 19,7%.” A situação não é diversa nos dias de hoje, uma vez que não houve alterações no destino desses recursos no bojo da CF (VINCULAÇÕES..., 2003).

É fácil perceber o quanto é comprometido o orçamento brasileiro por força das disposições constitucionais. Tendo por parâmetro os gastos da União, observa-se que para a saúde devem ser destinados pelo menos 15% da receita corrente líquida (art. 198, § 2º, II, da CF); a educação consome no mínimo 18%² desses recursos, afora os gastos com previdência e com o serviço público, que normalmente beiram os limites legais³. Além dessas vinculações constitucionais, há uma série de investimentos que são vinculados por força legal, inclusive os de cunho social, a exemplo do Bolsa Família. É no bojo desse orçamento que se deve reservar verba destinada a solver precatórios, por força do que estabelece o § 5º do art. 100 da CF, sob pena de, em não o fazendo, o ente sujeitar-se a sequestro de sua receita.

2. O regime de pagamento de precatórios no Brasil

2.1. O precatório

Entre as obrigações da administração pública encontra-se a necessidade de pagamen-

²Para os Estados e o Distrito Federal o montante eleva-se para 25%.

³Os tetos para a realização de despesas com pessoal, na forma como referido no art. 169 da CF foram definitivamente estabelecidas no art. 19 da Lei Complementar nº 101/2000 da seguinte forma, tendo por referência a receita corrente líquida: União – 50%; Estados – 60% e Municípios – 60%.

to das despesas oriundas dos precatórios que lhe são endereçados. Segundo Oliveira (2005), o precatório corporifica um ato administrativo⁴ de comunicação interna entre o Estado-Juiz e o Poder Executivo, pelo qual se dá a notícia de condenação judicial no afã de que a verba respectiva possa ser incluída em orçamento e destinada à quitação da dívida. Para Franco (2002, p. 129-130), muito mais que uma comunicação, o precatório é “uma ordem dirigida ao membro do Poder Executivo responsável pelo pagamento, determinando que seja a verba nele discriminada incluída no orçamento do exercício seguinte, para depósito até o final desse exercício, de modo a satisfazer o crédito do exequente”.

Embora o precatório em si não ostente a condição de ato jurisdicional, é certo que, para a ocorrência de seu efetivo pagamento, quando não há espontaneidade do Executivo para fazer incluir na lei orçamentária recursos financeiros a tanto, o Poder Judiciário poderá fazê-lo por constrição direta sobre as verbas públicas (sequestro), a bem de satisfazer direito reconhecido e sacramentado sob os auspícios da coisa julgada, embora devam existir limites, conforme será mais bem dirimido noutra seção.

2.2. Evolução histórica e a mecânica do sequestro para pagamento dos precatórios

As Constituições do Império (1824) e da Primeira República (1891) nada trouxeram acerca da possibilidade de requisição de pagamentos pelo Poder Judiciário até porque este, à época, era deferente aos atos do Executivo⁵. O credor do Estado só conseguiria ser satisfeito por livre e espontânea vontade da própria administração pública (CUNHA, 1999).

⁴É ato administrativo por não deter qualquer carga decisória. É ato vinculado, decorrente da própria mecânica de cumprimento dos deveres constitucionais.

⁵“O Poder Judicial não era instituído em função de uma oposição entre os direitos individuais e o poder político, como o seria num pacto liberal. O Poder judicial era uma divisão funcional do poder soberano do Império. Essa divisão funcional significava que havia um domínio de atribuições próprias e um conjunto de órgãos delegados para exercê-las. Porém, além dos limites da divisão, o Poder Judicial era identificado ao poder imperial em seus fundamentos e objetivos. Era pois da sua condição de representantes, ou delegados, do poder imperial que os magistrados recebiam a sua investidura para a mediação dos conflitos entre os indivíduos.” (KOERNER, 1998, p. 39). Não havia, pois, separação de poderes, havia a distribuição de funções ao interesse da administração central. E não se inseriu no Brasil o Poder Moderador na forma como idealizada por Benjamin Constant, mas sim como mecanismo de controle dos demais poderes. Os juízes, embora “independentes”, apenas seriam a “boca da lei”, sob pena de estarem a usurpar as funções do Legislativo e se submeterem ao crivo do Poder Moderador, que detinha a competência para determinar remoção forçada ou suspensão daqueles. O acesso do indivíduo ao Judiciário para suscitar interesse individual frente ao coletivo só era exercitado graciosamente, cabendo ao agente do governo reconsiderar o ato com base na mera discricionariedade (KOERNER, 1998, p. 41).

A Constituição de 1934 foi a primeira a dar *status* constitucional ao precatório⁶, mas tão só o fez em relação à Fazenda Pública Federal, omitindo-se em relação aos Estados e Municípios. No parágrafo único do seu art. 182, previu-se que os créditos cuja destinação seria o pagamento dos precatórios deveriam ser consignados pelo Poder Executivo ao Poder Judiciário. Porém, ao Presidente da Corte caberia expedir as ordens de pagamentos limitadas aos valores que estivessem creditados no cofre público para tanto. Ao Poder Executivo federal caberia, pois, direcionar a seu critério as importâncias que se reservariam ao cumprimento dessas obrigações, o que resultava, segundo José Augusto Delgado (2003), em controle direto sobre o quantitativo da dívida reconhecida pelo Poder Judiciário, além de um alongamento excessivo para a sua liquidação.

Esse mesmo parágrafo único do art. 182 também previu a possibilidade de *sequestro* dos valores pelo Judiciário, mas apenas “a requerimento do credor que alegar preterição da sua precedência” e ouvido o Procurador-Geral da República. A inexistência de destinação de crédito orçamentário suficiente para fazer vezes ao pagamento dos precatórios não seria motivo para o sequestro, portanto.

A Carta Constitucional de 1937 tão só modificou o termo “precatório” para “precatória”⁷, mantendo basicamente toda a mecânica já prevista na Constituição de 1934, inclusive para o sequestro.

A Constituição de 1946, por sua vez, trouxe alterações relevantes, merecendo destaque a previsão de pagamento de precatórios também pelas Fazendas estaduais e municipais, e as respectivas requisições pelos Presidentes dos Tribunais de segunda instância⁸, seja do à época TFR (Tribunal Federal de Recursos), para as causas de interesse da união, seja dos Tribunais de Justiça estaduais, em relação aos demais litígios⁹. Manteve-se a possibilidade de sequestro apenas para a hipótese de preterição da ordem preferencial de pagamento ao credor e não houve dispositivo que tenha previsto reserva obrigatória de recursos para o custeio dessas despesas, de modo que ainda ficava sob a boa vontade política a destinação de verba suficiente para cumprir essas obrigações.

A Constituição de 1967 inovou ao prever expressamente, no § 1º de seu art. 117, a obrigatoriedade de inclusão na lei orçamentária de verba destinada ao pagamento dos débitos decorrentes dos precatórios judiciais; porém, pela leitura do § 2º do mesmo dispositivo, vê-se que não

⁶ Cf. art. 182 da Constituição de 1934.

⁷ Cf. art. 95 da Carta Constitucional de 1937.

⁸ Nas Constituições anteriores, as requisições de pagamento davam-se tão só por requisições oriundas do Supremo Tribunal Federal.

⁹ Cf. art. 204 da Constituição de 1946.

necessariamente a previsão legal contemplaria recursos suficientes à quitação da dívida, uma vez que indica que o presidente do tribunal respectivo deveria determinar o pagamento “segundo as possibilidades do depósito”. Também manteve a dinâmica do sequestro na mesma medida de como foi prevista na Constituição que lhe antecedeu.

A CF representa um marco na evolução do pagamento dos precatórios, merecendo, em consequência, uma seção específica para tratá-la.

2.3. O regime da Constituição de 1988 e de suas reiteradas emendas

A CF disciplinou a fórmula de pagamento de precatórios em seu art. 100 e não trouxe, em seu texto original, novidade relevante em relação à que lhe antecedeu. De diferente, instituiu tão só uma preferência de pagamento aos créditos de natureza alimentícia¹⁰. Mantiveram-se as ordens de pagamento, os depósitos e o sequestro para o caso de preterimento do direito de precedência que tivesse o credor.

Talvez o maior impacto tenha sido não o da Constituição, mas sim o de seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), cujo art. 33 estabeleceu a possibilidade de parcelamento em oito anos da dívida do Estado, em prestações anuais, idênticas e sucessivas, a partir de 1º de julho de 1989, fato inédito na história constitucional do Brasil. O objetivo, sem dúvida, era permitir o escalonamento da dívida dentro de um padrão razoável e possível de ser adimplido pelas Fazendas.

¹⁰ O Supremo Tribunal Federal (STF) chegou a ser instado acerca da possibilidade do pagamento desses créditos se darem independentemente da inscrição do precatório. Entretanto, a Corte entendeu que a nova regra constitucional não o dispensava; apenas teria estabelecido uma preferência de pagamento (BRASIL, 1993; 1999).

A Emenda Constitucional nº 20/1998 fez incluir o § 3º no art. 100 da CF, instituindo regime diferenciado para o pagamento de obrigações que viessem a ser definidas em lei como de pequeno valor.

A Emenda Constitucional nº 30/2000 trouxe uma série de inovações com a nova redação dada aos parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 100 da CF, além do acréscimo dos parágrafos 1º-A, 4º e 5º, merecendo destaque as seguintes: (i) a especificação de quais débitos teriam natureza alimentar; (ii) as dotações orçamentárias e os créditos abertos deveriam ser consignados diretamente ao Poder Judiciário; (iii) a tipificação como crime de responsabilidade da conduta do Presidente do Tribunal que viesse a retardar ou frustrar o pagamento dos precatórios; (iv) estabelecimento de novo prazo no ADCT para liquidação das obrigações com precatórios pendentes até a data da publicação da emenda, de até dez anos, com uma série de ressalvas e exceções.

Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 37/2002 vedou a expedição de precatório complementar ou suplementar de valor pago, bem como o fracionamento, a repartição ou a quebra do valor executado, a fim de evitar que o pagamento se fizesse em parte por precatório, em parte por requisição de pequeno valor. Além disso, fez incluir os arts. 86 e 87 no ADCT, que estabeleceram, em resumo, condições novas sobre o parcelamento de precatórios e critérios de definição dos débitos de pequeno valor.

A Emenda Constitucional nº 62/2009 promoveu novas alterações no art. 100 da CF, além da inclusão do art. 97 no ADCT, o qual acabou por estabelecer novo regime especial de pagamento de precatórios para os Estados, Distrito Federal e Municípios em mora com suas obrigações até a data da sua publicação. Foram previstas duas formas para o adimple-

mento da dívida nesse regime especial, à escolha do Chefe do Executivo: (i) depósito mensal em conta especial de percentual¹¹ sobre a receita corrente líquida do ente devedor, sem predeterminação de prazo, uma vez que os pagamentos deveriam ocorrer enquanto o saldo devedor excedesse a importância anual a eles destinada ou (ii) liquidação da dívida pelo prazo de até quinze anos, mediante depósito anual em conta específica do saldo total dos precatórios devidos¹², diminuído das amortizações e dividido pelo número de anos restantes no regime especial de pagamento. Permitiu-se também a existência de cessão de crédito, compensação com a dívida ativa, leilão de precatórios, acordos e pagamento com ordem crescente de valores.

Assim como o fez o originário, o Constituinte reformador passou sistematicamente a prever fórmulas para a liquidação dos precatórios, o que, a bem da verdade, acabava por retardar de sobremaneira a sua ocorrência, em prejuízo do respeito à coisa julgada e ao próprio princípio do acesso à justiça. Todavia, a generalização é sempre perigosa, de modo que seria necessário analisar caso a caso e diferenciar os entes federativos que tinham por objetivo tão só retardar injustificadamente o cumprimento de suas obrigações daqueles que porventura estivessem com orçamentos em déficit, sobretudo diante da necessidade de custeio dos gastos correntes essenciais ao Estado, dentre os quais se encontram as despesas com saúde, educação e serviço público.

Também inovando, a EC nº 62/2009 estabeleceu como caso de sequestro da verba pública,

além da preterição da ordem de pagamento ao credor, a ausência de reserva orçamentária de valor que seja necessário à satisfação do débito. Assim, permitiu-se que o próprio Judiciário atropelasse eventuais razões políticas que deram ensejo à destinação insuficiente de verba para a liquidação de precatórios.

Contra essa Emenda foram propostas quatro ADIs (BRASIL, 2013a; 2013b; 2014a; 2014b), cujo resultado foi o seguinte: declarou-se a inconstitucionalidade dos §§ 9º e 10 do artigo 100; deu-se interpretação conforme ao referido dispositivo, para adotar os mesmos critérios de fixação de juros moratórios para devedores públicos e privados, nos limites da natureza de cada relação jurídica analisada; declarou-se inconstitucional, em parte e por arrastamento, o art. 1º-E, da Lei nº 9.494/1997, com a redação dada pelo art. 5º da Lei 11.960/2009; declarou-se ainda a inconstitucionalidade do § 15 do artigo 100 e do artigo 97 do ADCT, bem como a expressão “na data de expedição do precatório”, contida no § 2º; e das expressões “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança” e “independentemente de sua natureza”, constantes do § 12 do art. 100 da CF.

Quanto ao § 15 e ao art. 97 (ADCT), o STF entendeu que – ao se criar um regime especial para o pagamento de precatório para Estados, Municípios e Distrito Federal, consistente na reserva de percentual da receita corrente líquida ou na concessão do prazo de até quinze anos para a liquidação dos respectivos saldos pendentes, ainda que sob a administração da Presidência do Tribunal –, acabou por se conceder nova moratória para quitação dessas obrigações da Fazenda Pública, em franca contrariedade à cláusula constitucional do Estado de Direito (CF, art. 1º, *caput*), ao princípio da separação de Poderes (CF, art. 2º), ao postulado da isonomia (CF, art. 5º), às

¹¹ Cf. art. 97, §2º, I, da CF.

¹² Acrescido do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança e de juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança para fins de compensação da mora, excluída a incidência de juros compensatórios.

garantias do acesso à justiça e efetividade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV), além de afrontar o direito adquirido e a coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI).

Atendendo à questão de ordem, entretanto, o STF resolveu modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, para, entre outros pontos, conceder sobrevida ao regime especial de pagamento de precatórios instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009 por cinco exercícios financeiros, a contar de primeiro de janeiro de 2016, mantendo, inclusive, o vínculo de percentuais mínimos da receita corrente líquida que devem ser destinados ao cumprimento de tais obrigações (art. 97, § 10, do ADCT), sobretudo para não inviabilizar a administração dos recursos que já haviam sido alocados para o cumprimento da regra do art. 97 do ADCT. Indiretamente, o Judiciário acabou por admitir a moratória da dívida, ainda que por um prazo mais curto. Entretanto, os problemas estão longe de ser sanados, diante das mais variadas razões de ordem política e financeira.

3. Política, judiciário e o elo entre o cumprimento das obrigações orçamentárias e o dever de pagamento dos precatórios

3.1. Crise e razões políticas para descumprir a ordem de pagamento de precatório

O Conselho da Justiça Federal (CJF) publicou uma pesquisa desenvolvida pelo Departamento de Direito Privado da Universidade Federal Fluminense, em parceria com o Centro de Estudos Judiciários, com o objetivo da coleta e análise de dados sobre as razões políticas que levavam ao descumprimento das ordens judiciais nas execuções contra a fazenda Pública federal, no período de 1995 a 1999. Do resultado, verifica-se que, do total de valores requisitados pelo Poder Judiciário, apenas 47,28% foram efetivamente pagos no referido período e especificamente quanto às razões que levaram ao inadimplemento, concluiu-se que se davam por: (i) segundo os dados coletados da imprensa (confirmados parcialmente por informações obtidas no Centro de Processamento de Dados do Tribunal Regional Federal da 2ª Região): a) suspeita de fraude e b) erro nos valores; (ii) segundo a responsabilidade pela efetividade da jurisdição: a) falta de previsão orçamentária, b) falta de fluxo financeiro e c) erro judiciário (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2001).

Pelo que se pode perceber, com os resultados a que chegou o CJF, os devedores públicos deixam de pagar suas obrigações por motivos de

ordem variada e, entre eles, indubitavelmente está a carência de recursos financeiros. Como se viu na seção anterior, a receita pública já é bastante comprometida com uma série de obrigações constitucionais e legais que determinam a vinculação de receitas, sob pena, inclusive, da prática de crime de responsabilidade e intervenção no ente federativo.

Desse modo, é razoável admitir a presença de razões políticas que podem ensejar o inadimplemento involuntário das obrigações para com o Poder Judiciário e seus jurisdicionados. Deve-se observar que se divulgam pela mídia inúmeras notícias dando conta da crise econômica em que o Brasil está submerso, o que impacta diretamente na receita pública, em todos os níveis da Administração estatal: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. As receitas encolheram ou estagnaram-se, e as vítimas mais atingidas são os Municípios, que têm sua sobrevivência normalmente subordinada a transferências de recursos dos Estados ou da União.

Nesse contexto, há a necessidade de contingenciar as despesas públicas, para que se tenha um equilíbrio fiscal capaz de fazer cumprir as obrigações constitucionais, legais e contratuais, além dos compromissos políticos de campanha. E, entre essas despesas, está o pagamento de precatórios, a bem da satisfação de direito conquistado judicialmente e por sentença transitada em julgado, desde que ocorra dentro da capacidade orçamentária de cada ente, já que os recursos públicos não são ilimitados.

Como é necessário contrapesar todas as despesas públicas, desde que respeitados os limites mínimos de aplicação de recursos, é preciso verificar o *quantum* da receita que poderá ser destacado do orçamento para a entrega ao Poder Judiciário.

A CF, em seu art. 100, § 5º, estabelece o dever de as entidades de Direito Público fazerem inserir no orçamento verba “necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado”; e o § 6º determina que tais créditos sejam entregues diretamente ao Poder Judiciário e que a não reserva orçamentária desse “valor necessário” à satisfação do seu débito poderá implicar o sequestro da quantia respectiva.

A leitura isolada desses dispositivos pode levar o intérprete a concluir que todo o crédito incluído decorrente de precatório deve gerar o respectivo e imediato débito para o ente público, independentemente de seu valor, uma vez que a não alocação dos recursos em montante “necessário” autoriza o Judiciário a sequestrar diretamente a receita pública.

Se aplicar gramaticalmente aquele enunciado constitucional, o presidente do tribunal deixará de analisar o orçamento e as razões políticas reais que demandariam uma limitação ao pagamento dos pre-

catórios, diante da necessidade de empregar o princípio do equilíbrio orçamentário¹³. É bem verdade que há atrasos injustificáveis na quitação de tais dívidas; daí a consideração de Odete Medauar (2012, p. 187) de que se teria instalado no Brasil um “verdadeiro calote estatal, com o poder público adiando ao máximo o pagamento dos débitos originários de decisões judiciais (décadas, muitas vezes)”, o que representaria um “grande desprestígio ao Poder Judiciário e um atentado à coisa julgada”, além de repercutir no acesso ao Judiciário e contrariar as expectativas sociais sobre ele, sobretudo diante do espaço simbólico que preenche na sociedade. Não se almeja uma “defesa do calote”, mas tão somente o necessário equilíbrio nas despesas do Estado, cujas obrigações visam ao atendimento do interesse público, algumas delas para concretizar inafastáveis direitos fundamentais. Afinal, o orçamento espelha o compromisso com o atendimento das demandas públicas e, sobretudo, aquelas requeridas pela própria sociedade, seja diretamente (orçamento participativo), seja por meio de seus representantes políticos.

Não se poderia analisar a Emenda Constitucional nº 62/2009 em recortes, como o fez o STF. O Constituinte derivado previu a possibilidade de pagamento da dívida em quinze anos ou a reserva de percentual do orçamento mensal para tanto, em conjunto com a autorização para o próprio Judiciário sequestrar verbas públicas para o caso de inadimplemento da obrigação. A perspectiva, sem dúvida, era a de contingenciar melhor esses gastos e, para aqueles recalcitrantes ao cumprimento das novas regras estabelecidas, admitiu-se o sequestro dos recursos públicos.

¹³ Acerca dos princípios orçamentários e sua validade, ver Giacomini (2012).

Todavia, o STF declarou a inconstitucionalidade da mencionada forma de pagamento, mas sem também o fazer em relação à nova hipótese de sequestro que foi concedida ao Poder Judiciário, o que se mostra totalmente incompatível com os fins visados pelo legislador, mormente diante da possibilidade de quebra contundente de todo o planejamento orçamentário previsto na lei respectiva. Há, pois, a necessidade de se ponderarem os bens constitucionais em nítida colisão.

3.2. A ponderação inescapável e a Proposta de Emenda Constitucional nº 74/2015

O art. 100 da CF é claro ao estabelecer a obrigação dos entes federados de honrar o pagamento dos precatórios. E, para dar efetividade a essa norma, estabeleceu a necessidade de dotação orçamentária específica para tanto, que, se não for suficiente, sujeita os cofres públicos ao sequestro da respectiva quantia¹⁴.

Deve-se observar, entretanto, que há necessidade de um cenário específico para a ocorrência da medida *extrema* do sequestro das verbas públicas. O Constituinte estabeleceu essa regra como verdadeira garantia do cumprimento das decisões judiciais transitadas em julgado, mas para o caso de descumprimento imotivado da alocação de recursos orçamentários. Evidente que o presidente do tribunal não poderia utilizar-se de tal medida constritiva na hipótese de carência de recursos financeiros para o pagamento do estoque de precatórios, sobretudo se considerar a necessidade de manter o equilíbrio fiscal diante de uma crise notória, em razão da qual até o custeio das despesas essenciais à administração pública estão sendo comprometidas, a exemplo daquelas destina-

¹⁴ Vide §§ 5º e 6º do art. 100 da CF, com a redação dada pela EC nº 62/2009.

das à saúde, à educação e à folha de pagamento, fato cotidianamente noticiado, tanto no âmbito dos Estados, como também dos municípios.

Como diria Humberto Ávila (2007, p. 34), o “Poder Judiciário e a Ciência do Direito constroem significados, mas enfrentam limites cuja desconsideração cria um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado”. A realidade dos entes federativos, especialmente dos municípios, é severa: os recursos estão parcos e há grande dificuldade em administrar o pouco que se tem naquilo que é elementar ao povo, exatamente para concretizar os direitos fundamentais mais caros da CF.

Ao simplesmente realizar o sequestro, sem qualquer análise da situação financeira do ente federativo, o presidente do tribunal estará não só ferindo sua autonomia, como também o expondo à sorte de uma intervenção, já que não conseguirá cumprir o mínimo exigido da receita na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde, conforme estabelece, por exemplo, o art. 35, III, da CF¹⁵.

Pelo que se pode perceber, na medida em que o Poder Judiciário pretende o cumprimento gramatical da regra prevista no art. 100 da CF, em dissociação com uma análise conjunta dos demais princípios insertos no Texto Constitucional, poderá expor os entes federativos ao descumprimento de outras regras de maior peso, se realizada uma ponderação.

Como explica Garapon (2001), o direito não mais entrega ao magistrado a função de “boca da lei”, visto que não se está diante apenas de um conjunto de regras, mas de um emaranhado de princípios que demanda o “espírito público desinteressado” do juiz para aplicação escorreita da norma. Se a justiça deve ser o último recurso contra a implosão da democracia, não deve servir para violar exatamente a concretização do planejamento político traçado pela via do orçamento.

Em caso como esses, em que existe nítido conflito de preceitos constitucionais, há a necessidade de harmonizá-los, para diminuir o possível prejuízo (ALEXY, 2008). O Poder Judiciário deve bem ponderar a aplicação não só da regra do art. 100 da CF, em contexto isolado, mas dentro de todo o contexto constitucional, inserto numa lógica inerente ao caso concreto. Ou seja, deve o presidente do tribunal requisitante sopesar a situação financeira de cada ente federativo a quem se solicitou o pagamento, para que possa bem decidir sobre o *quantum* que poderá ser destinado à quitação de precatórios, sem sacrifício das obrigações constitucionais, legais e até contratuais assumidas.

¹⁵ Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando: III – não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Sobre o tema, leciona Jorge Reis Novais (2010, p. 721):

colisão é sempre entre as modalidades, parcelas ou dimensões particulares de interesses ou bens de alguma forma constitucionalmente protegidos e que o grau ou a intensidade da ameaça de não realização que sobre eles impende é variável em função das circunstâncias de cada caso, cabe indagar da relevância constitucional do que está efectivamente em jogo, tendo em conta as valorações já directa ou indirectamente realizadas pela Constituição; assim, há que se perceber se o interesse de liberdade em causa se refere ao *núcleo* ou à *auréola* do respectivo direito fundamental, se está mais ou menos próximo do valor da dignidade da pessoa humana enquanto princípio constitucional vital que dá sentido estrutural unificante ao sistema dos direitos fundamentais e ao conjunto constitucional de valores, entendido, não como ordem hierarquizada e escalonada, mas como conjunto de valores que se relacionam e limitam reciprocamente em termos só a determinar no caso concreto mediante valoração e ponderação de bens.

É necessária a análise pontual, caso a caso, para que se possa extrair a norma que será aplicada à situação concreta. O estabelecimento de *standards* jurídicos não é conveniente à situação que ora se apresenta, pois cada ente federativo pode apresentar peculiaridades que redundem em maior ou menor capacidade de pagamento dos precatórios que lhe forem requisitados. E não deveria ser necessário *judicializar* essa questão de ordem política, se no próprio processo administrativo que se destina ao pagamento o presidente do tribunal pode ter acesso a informações capazes de subsidiar uma melhor dosimetria do que deve ser destacado do orçamento.

Embora Ronald Dworkin (2002) entenda que o juiz deva efetivar direitos individuais em detrimento dos coletivos, além de atribuir ao resultado de suas decisões um grau absoluto de certeza¹⁶, defende também a necessidade de conhecimento profundo do caso concreto a fim de atingir uma solução adequada, que deverá necessariamente considerar os dados éticos e políticos. E não há dúvida de que o presidente do tribunal, para melhor decidir, deverá atentar para a situação política e financeira de cada devedor sob ameaça de ver sequestradas suas verbas públicas, para que não se contrariem mandamentos nucleares do nosso sistema constitucional. Se assim o fizer, sem esvaziar o cumprimento do direito individual, poderá melhor equacionar as demandas coletivas, a bem da saúde fiscal do Estado.

Partindo dessas premissas, é inadmissível que o custeio dos precatórios possa vir a prevalecer sobre o pagamento das despesas com saúde,

¹⁶ Com o que não concordamos.

educação, contratos em vigência e folha de pagamento, sob pena de se concretizar o caos político-constitucional. Ademais, por força do princípio da supremacia da Constituição, as suas normas que especialmente expressam direitos fundamentais devem prevalecer sobre as outras.

Desse modo, basta que o Poder Judiciário bem pondere os interesses coletivos que estão em jogo em cada um dos entes federativos que podem vir a ser atingidos com os sequestros. E não se deve pretender uma exoneração no cumprimento das obrigações; apenas se devem harmonizar os princípios constitucionais colidentes, para que haja a satisfação da dívida dentro das possibilidades de cada um dos entes federativos.

Para Filgueiras (2012), tanto o constitucionalismo liberal quanto a teoria da democracia deliberativa não conseguiram encontrar solução “para a passagem da política para a justiça, e vice-versa”. Segundo ele, só a aplicação do “princípio normativo do interesse público” pode solver essa “zona cinzenta”, porquanto seria capaz de promover o elo entre o que é justo e aquilo que se entende por legítimo.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2014) leciona que o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos, só poderá tutelar os interesses privados quando estes não se chocarem com aqueles. Segundo afirma, o interesse público é princípio geral do Direito e verdadeiro “pressuposto lógico do convívio social.”

José dos Santos Carvalho Filho (2006, p. 24-25) também defende que no *Welfare State*, no qual se encontra em essência o nosso modelo constitucional, “as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público.” Para ele, “o indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sociais”.

É também verdade, como adverte Di Pietro (2010), que o Direito Administrativo se desenvolveu tendo por base ideias opostas: de um lado, a *proteção dos direitos individuais* diante do Estado e, de outro, a necessidade de *satisfação de interesses públicos*. Contudo, conclui que o Estado deve assegurar a *supremacia do interesse público sobre o particular*, exatamente diante do cunho social cravado pela CF. Na equação que se valha do princípio da proporcionalidade, o peso maior deveria ser dado ao interesse público, embora de deva reconhecer que ele representa conceito indeterminado. Observa, todavia, que é pela atividade interpretativa do caso concreto que se pode acabar com essa indeterminação, com o encontro de uma solução justa. Não se substitui o interesse público pelo privado: eles devem ser ponderados e, na medida do possível, devem coexistir em harmonia, uma vez que não devem em princípio colidir ao ponto de um deles ser fulminado.

Entretanto, decisões não podem lastrear-se unicamente no “interesse público”, o que conduziria ao risco de se abolirem direitos individuais, cenário típico de Estados de exceção. O que deve haver é uma preferência no atendimento daquele e não sua intocável supremacia. O intérprete deve buscar a harmonia entre esses interesses, de modo a não esvaziar por completo o direito individual.

Diante das inconcórdias da sociedade, é necessária uma atuação criativa daqueles que estão a enxergar as novas demandas em conflito ou os problemas sem resposta, para tentar resolvê-los. E a criatividade aqui exposta não deve ser confundida com *ativismo*; afinal, “em todo ato de interpretação há certo grau de criatividade” (CAPPELLETTI, 1999, p. 24).

Nessa situação sob análise, não resta dúvida de que o interesse público denota a necessidade de o orçamento ser prioritariamente direcionado ao atendimento da atividade-fim do Estado; mas se afigura possível e razoável que parte dele seja destacado para o cumprimento das obrigações judiciais. O problema está no *quantum*.

Talvez o grande equívoco esteja na ausência de enunciado constitucional que determine a fixação de percentuais mínimos e máximos que obrigatoriamente devam ser reservados para o pagamento de precatórios dentro das leis orçamentárias. Isso porque não parece minimamente justo cogitar o calote da administração pública, nem que o Poder Judiciário possa ter carta branca para intervir nas contas públicas sem qualquer limite, ainda que seja para a garantia do adimplemento de um direito individual.

Uma das conclusões a que chegou o Conselho da Justiça Federal (2001, p. 122) é a de que a “falta de previsão orçamentária não pode ser solucionada judicialmente, ao menos enquanto subsistir a doutrina dos atos políti-

cos como insuscetíveis de controle”. Ocorre que a EC nº 62/2009 acabou dando liberdade ao Poder Judiciário para ir direto ao cofre público para sequestrar valores, sem indicar qualquer parâmetro político para tanto, o que pode ocasionar decisões deveras absurdas diante de orçamentos que por natureza apresentam contundentes limitações.

Para talvez tentar equacionar melhor esses interesses em conflito, os deputados federais Carlos Sampaio (PSDB/SP), Leonardo Picciani (PMDB/RJ) e Sibá Machado (PT/AC) apresentaram a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 74/2015, que muda o regime especial de pagamento de precatórios para viabilizar sua quitação pelos entes federativos, a qual já foi aprovada no âmbito da Câmara dos Deputados e aguarda votação no Senado Federal.

O que a PEC propõe nada mais é do que uma tentativa de harmonizar os princípios constitucionais, não para que haja o descumprimento absoluto de um deles, e sim a possibilidade de sua aplicação sem tanto sacrifício do orçamento. A proposta estabelece que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que estiverem em mora com precatórios, até 31 de dezembro de 2020, poderão quitar seus débitos mediante depósitos mensais de 1/12 do valor calculado percentualmente sobre suas respectivas receitas correntes líquidas, percentual que não poderá ser inferior à média do que foi gasto para o pagamento de precatórios entre os anos de 2010 e 2014. Há de se ter um parâmetro e essa PEC o estabelece.

Deve ser respeitada e reconhecida a necessidade de os entes públicos cumprirem as referidas obrigações; contudo, os meios para que isso aconteça demandam maior debate nos meios democráticos. Não se pretende negar o direito de cada indivíduo de receber aquilo que lhe é devido, mas há também de se

ponderar que a cada direito corresponde um custo específico para sua concretização, e o Brasil vive uma crise que não está a permitir gastos para além do que se pode conceber como premente para a sociedade.

Deve-se também interpretar melhor as regras contidas nos §§ 1º a 3º do art. 33 da Resolução 115 do Conselho Nacional de Justiça. O seu § 1º é claro ao estabelecer que cabe à autoridade realizar o pagamento do precatório que lhe for requisitado ou prestar informações, após o que o processo deverá seguir ao Ministério Público para parecer (§ 2º) e posterior decisão do presidente do tribunal (§ 3º), sujeita a recurso interno (§ 4º).

Se ainda é possível “prestar informações”, é evidente que cabe ao presidente do tribunal ponderar e analisar as informações prestadas pelo devedor no que diz respeito às suas forças orçamentárias para o adimplemento das obrigações. Há, portanto e necessariamente, um juízo de mérito antes de se promover o sequestro dos valores, o que só deverá ocorrer, como já defendido alhures, em casos excepcionais, quando não houver motivo de força maior a justificar o inadimplemento.

Não fosse só isso, a Lei de Responsabilidade Fiscal, na parte que dispõe sobre a dívida e endividamento, estabelece no § 7º do seu art. 30 que “os precatórios judiciais não pagos durante a execução do orçamento em que houverem sido incluídos integram a dívida consolidada, para fins de aplicação dos limites.” Tais limites referentes à “dívida consolidada” da União, Estados e Municípios devem ser necessariamente fixados em percentual da receita corrente líquida, conforme se prevê no § 3º, do mesmo art. 30. Percebe-se, portanto, que a verba destinada ao pagamento de precatórios necessariamente deve constar de percentual da receita corrente líquida do ente devedor; o presidente do tribunal não tem, pois, liberdade para promover sequestro com ignorância à lei orçamentária.

Logo, compilando os enunciados normativos que tratam do tema, interpretando-os sistematicamente e bem ponderando os interesses colidentes (público e individual), parece razoável concluir que a determinação de sequestro das verbas públicas pelo presidente do tribunal só poderá ocorrer em quatro hipóteses: (i) quando preterida a ordem de pagamentos; (ii) na ausência de reserva de percentual na lei orçamentária destinado à quitação dos precatórios, hipótese em que a autoridade deverá pautar-se na razoabilidade, para verificar que parte do orçamento poderá ser destacada sem abalo contundente nas demais obrigações do ente público inadimplente, fixando percentual dentro da receita corrente líquida do devedor; (iii) na ausência de reserva de percentual suficiente no orçamento para quitar precatórios, situação em que o presidente do tribunal deverá bem ponderar que importância a mais, além

do que já foi reservado, poderia destinar-se a tal fim sem comprometer o desiderato do orçamento, bem entendido como um planejamento das políticas públicas a que se visa implementar ou atender por ordem constitucional; e (iv) na hipótese em que o devedor não destinar parte do que foi fixado no orçamento para custear as despesas com precatório – neste caso, limitando-se, em regra, ao percentual já fixado na respectiva lei.

Conclusão

O artigo dispôs-se a enfrentar *hard case* consistente no embate entre um direito individual reconhecido por decisão transitada em julgada e o interesse público decorrente da aplicação vinculada da receita fiscal do Estado. Os recursos financeiros são escassos e os direitos fundamentais a serem atendidos, os mais diversos. Em consequência, verificou-se que o Poder Judiciário deve tentar equilibrar os interesses no afã de que não ocorra a falência do Estado, aqui entendida como falta pontual de recursos capazes de atender a todos os credores.

É certo que a política pretende satisfazer o interesse coletivo, o que não implica o sacrifício do direito individual. Ao contrário, quanto mais este estiver satisfeito melhor será o atendimento daquele, porque, em regra, não existe conflito entre esses bens, que se harmonizam diante da própria dinâmica da sociedade. O Estado brasileiro, todavia, ainda se mostra incapaz de promover o pleno bem-estar social, sobretudo em face de uma crise que parece constante.

O orçamento é fruto de proposta dos entes com autonomia administrativo-financeira e votado por representados do povo com o fim não só de satisfazer ao princípio da separação de poderes, mas também de discutir para onde devem efetivamente ser destinados os recursos financeiros do Estado. E, para evitar que se furte ao pagamento de precatórios, a própria CF determinou a reserva de percentual que se destine à sua quitação. O problema, como visto, é que nem sempre é possível alocar recursos em quantidade suficiente ao adimplemento pleno de tal débito, diante das tamanhas obrigações do Estado.

Ante a escassez de recursos, já que em tese limitados à receita arrecadada, o Poder Judiciário deve bem ponderar a aplicação do § 6º do art. 100 do Texto Constitucional, que lhe permite o sequestro de verba pública para satisfazer aos credores de precatório, ainda mais quando se considera que teto algum chegou a ser estabelecido. Embora não exista “teto”, não se deve supor existir uma “carta branca” ao presidente do tribunal requisitante, imaginando-se que o Estado é uma figura mítica capaz de atender a necessidades de forma ilimitada. Não é. É impres-

cindível verificar as despesas vinculadas do ente federativo para que se chegue a um percentual específico da receita corrente líquida a ser destinado ao pagamento.

A regra, na verdade, sempre foi a total impenhorabilidade dos bens públicos. O sequestro (até o advento da Emenda Constitucional nº 62/2009) só era possível para o caso de preterição na ordem de pagamentos dos precatórios. Se agora ele pode ser executado para satisfazer credor quando não alocada verba suficiente no orçamento, é preciso que se investigue se há razões políticas para essa ocorrência. E se houve a exiguidade por razões que fogem à esfera de vontade do gestor, não se mostra razoável o sequestro em montante que possa prejudicar o atendimento do interesse público. Portanto, deve-se sempre ponderar que *quantum* pode efetivamente ser destacado do orçamento sem prejuízo da prestação dos serviços básicos inerentes e indispensáveis ao Estado.

Em resposta aos questionamentos apresentados na introdução, pois, tem-se que o ente federativo deverá sempre apartar percentual de sua receita corrente líquida para solver precatórios; se não for o suficiente, o Estado-juiz deverá bem ponderar que importância pode ser acrescida a este montante já reservado e se é razoável assim proceder, dado que a regra sempre será o respeito ao que fora previsto na lei orçamentária. E se não há recursos financeiros que superem as despesas básicas do Estado, não há o que fazer senão esperar que se supere a crise.

Sobre o autor

Rodrigo Martiniano Ayres Lins é graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (Unicap), Recife, Pernambuco (PE), Brasil; mestrando em Direito Constitucional Público e Teoria Política pela Universidade de Fortaleza (Unifor), Fortaleza, Ceará (CE), Brasil; especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco (Unicap), Recife, Pernambuco (PE), Brasil; Procurador-Geral da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará (CE), Brasil; professor do Curso de Direito das Faculdades Nordeste (FANOR/DeVry Brasil), Fortaleza, Ceará (CE), Brasil.
E-mail: profrodrigomartiniano@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹⁷

CREDIT SATISFACTION AGAINST THE STATE IN CRISIS

ABSTRACT: Faced with a crisis situation, one should assess whether it is possible to default a court-ordered debt in order to solve high expenses to the state. However, if

¹⁷ Sem revisão do editor.

someone defaults on a payment the Judiciary can authorize the seizure of public funds but no parameters of such have been fixed in Brazilian Constitution of 1988. The article aims to discuss the exact measure of the judiciary intervention, which should take into consideration the balancing of interests that may be present at various levels. Therefore, data was collected from the Federal Budget secretary, in addition to research commissioned by the Federal Justice Council. With these grants, as well as analysis of the constitutional text, of the Resolution of the National Council of Justice No. 115 of June 29th 2010, and the Fiscal Responsibility Act, it was possible to present arguments to outline to what extent really is possible to seize state's funds to settle charges with a court order.

KEYWORDS: STATE BUDGET. CERTIFICATE OF JUDGMENT DEBT. SEIZURE OF THE PUBLIC BUDGET. STATE CRISIS.

Como citar este artigo

(ABNT)

LINS, Rodrigo Martiniano Ayres. Satisfação de crédito em face do Estado em crise. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 213, p. 221-240, jan./mar. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p221>.

(APA)

Lins, R. M. A. (2017). Satisfação de crédito em face do Estado em crise. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(213), 221-240. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p221

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Saraiva, 1961.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 156111/PE. Relator: Min. Moreira Alves. *Diário da Justiça*, 26 mar. 1993.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 188156/SP. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça*, 7 maio 1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.400/DF. Relator: Min. Ayres Britto. *Diário da Justiça*, 3 out. 2013a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.425/DF. Relator: Min. Luiz Fux. *Diário da Justiça eletrônico*, 19 dez. 2013b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.357/DF. Relator: Min. Ayres Britto. *Diário da Justiça*, 26 set. 2014a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.372/DF. Relator: Min. Ayres Britto. *Diário da Justiça eletrônico*, 26 set. 2014b.

- BURKHEAD, Jesse. *Orçamento público*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1971.
- CAPPELETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1999.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15. ed. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2006.
- CARVALHO, Vladimir Souza de. Iniciação ao estudo do precatório. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 19, n. 76, out./dez. 1982.
- CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Execução contra a Fazenda pública: razões políticas do descumprimento às ordens judiciais*. Brasília: CJF, 2001.
- COPE, Orin K. O ciclo orçamentário. In: JAMESON, Samuel H. *Orçamento e administração financeira*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1963.
- CUNHA, Lásaro Cândido da. *Precatório: execução contra a Fazenda pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- DELGADO, José Augusto. Precatório judicial e evolução histórica: advocacia administrativa na execução contra a Fazenda pública: impenhorabilidade dos bens públicos: continuidade do serviço público. In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes (Coord.). *Execução contra a Fazenda pública*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2003. p. 121-140.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves Ribeiro (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FILGUEIRAS, Fernando. Justiça constitucional, legitimidade e interesse público. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 7, p. 319-347, jan./abr. 2012.
- FRANCO, Fernão Borba. *Execução em face da Fazenda pública*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- GIACOMONI, James. *Orçamento público*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania na Constituição da República brasileira*. São Paulo: Hucitec, 1998.
- MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010.
- OLIVEIRA, Antônio Flávio de. *Precatórios: aspectos administrativos, constitucionais, financeiros e processuais*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- PEREIRA, José Matias. *Finanças públicas: a política orçamentária no Brasil*. São Paulo: Atlas, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Orçamento-programa no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- VINCULAÇÕES de receitas dos orçamentos fiscal e da seguridade social e o poder discricionário de alocação dos recursos do Governo Federal. Brasília: Secretaria de Orçamento Federal, 2003.

(Des)confiança sistêmica e o direito como generalizador congruente de expectativas normativas

ANDRÉ GALVÃO VASCONCELOS DE ALMEIDA

Resumo: O presente trabalho procura contextualizar, sob a ótica da confiança, desenvolvida na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, a capacidade do sistema jurídico em exercer sua função específica no sistema social global, qual seja a de promover generalização congruente de expectativas normativas. Inicialmente, busca-se analisar a relação entre a complexidade social e a função adquirida pela confiança ao longo do tempo, delimitando sua transformação de uma confiança baseada na familiaridade para uma confiança fundada nos sistemas. Posteriormente, é feito um detalhamento dos aspectos mais importantes que permeiam a função do direito de acordo com a teoria de Luhmann para, em seguida, questionar se na sociedade contemporânea, fragmentada, o direito ainda é capaz de exercer sua função de forma satisfatória. Por fim, procura-se demonstrar os efeitos da desconfiança sistêmica – que, nesse ponto, é estabelecida como equivalente funcional da própria confiança – e a necessidade de buscar novos mecanismos de estabilização de expectativas normativas que restaurem a unidade e a confiança no sistema jurídico.

Palavras-chave: (Des)confiança sistêmica. Expectativas normativas. Teoria dos sistemas. Niklas Luhmann.

1. Confiança, complexidade e diferenciação social como pontos de partida

Os principais pontos de partida para compreender a ideia sociológica da confiança sistêmica na doutrina de Niklas Luhmann são a complexidade e a diferenciação social. A relação entre uma sociedade e a complexidade que lhe é peculiar, em determinado contexto, forma a condi-

Recebido em 21/11/16
Aprovado em 19/2/17

ção de evolução dos seus próprios sistemas e, consequentemente, sua própria evolução¹.

A complexidade e a capacidade de relacionar-se com ela surgem, assim, como diretrizes de toda a metodologia funcional da teoria dos sistemas de Luhmann. Nesse sentido, segundo o autor, a confiança se mostra eficaz instrumento de redução de complexidade do mundo que, como veremos, na sociedade moderna, é sempre difícil de manejar. Ela traduz-se em segurança dos estados presentes em face de uma variação infinita dos eventos possíveis, colocando o futuro sempre em prospecção. Ou seja, a confiança liberta o homem da ideia de que “tudo poderia variar simultaneamente com tudo, ideia com a qual seria impossível viver” (LUHMANN, 2005a, p. 25).

A questão da complexidade define o problema fundamental, a partir do qual a confiança pode ser analisada funcionalmente e comparada com outros mecanismos sociais, funcionalmente equivalentes. Onde há confiança há aumento de possibilidades para novas formas de experiência e de ação. Há possibilidade do aumento de complexidade do sistema social; e também há um aumento do número de possibilidades que podem reconciliar-se com sua estrutura, porque a

confiança constrói uma forma efetiva de redução da complexidade (LUHMANN, 2005a, p. 14).

Luhmann desenvolve a ideia de complexidade como um conjunto de acontecimentos infinitos que podem ou não acontecer e, portanto, há sempre mais possibilidades, em termos de informações, experiências e ações, do que a capacidade humana pode realizar (LUHMANN, 1983, p. 45). Em breves palavras: a complexidade é a diversidade de possibilidades/alternativas.

a maneira mais acessível de entender a complexidade é pensar, primeiramente, no número de possíveis relações, dos possíveis acontecimentos e dos possíveis processos. Imediatamente, compreender-se-á que cada organismo, máquina e formação social tem sempre um meio que é mais complexo, e oferece mais possibilidades do que aquelas que o sistema pode aceitar, processar ou legitimar (LUHMANN, 2009, p. 184).

Da complexidade surge a ideia de contingência: os acontecimentos do mundo não são necessários, mas apenas possíveis (LUHMANN, 2004, p. 11). Dessa forma, toda realidade existente poderia ser diferente do que é, e, em um mundo complexo, de possibilidades infinitas, a tomada de decisão carrega consigo uma grande possibilidade de desapontamento e a necessidade de assumir riscos. Se eu posso escolher entre *A*, *B* ou *C*, e escolho, por exemplo, *A*, a probabilidade de eu ter escolhido errado é grande devido ao mundo complexo em que vivemos. A cada escolha surge uma miríade de possibilidades que se abrem para novos contextos, o que provoca a necessidade de incremento dos processos seletivos/decisórios para a realização de novas escolhas, estimulando, também, de forma paradoxal, a renovação de incertezas (contingência).

¹ Cumpre-nos ressaltar que, embora o autor não desconsidere completamente as características do evolucionismo clássico, o termo “evolução”, adotado em sua teoria, não assume características diretamente ligadas à ideia de “progresso”, “propagação de felicidade”, de um “otimismo finalístico” fomentado pelos movimentos evolucionistas do século XIX, ou à relação entre “causa e efeito”, segundo a qual os sistemas se adaptam ao meio ambiente, que age diretamente sobre eles. Luhmann promove uma mudança de pensamento, subvertendo o princípio da causalidade natural e aponta a complexidade e a contingência como mediadoras da relação entre “causa e efeito”, “antes e depois”. Ativa-se, assim, uma circularidade, intrínseca aos sistemas sociais modernos, em que, a todo momento, complexidade e contingência provocam um interminável processo de estabilização e (re)estabilização de expectativas. É por isso que, para a teoria de Luhmann, os sistemas sociais modernos são compreendidos como resultados da transformação de uma multiplicitude de eventos em princípio incontroláveis, imprevisíveis e improváveis.

Assim, o futuro é tão somente uma previsão, que não se pode esperar *quando* ou *como* acontecerá. Em uma frase: a contingência é a imprevisibilidade do resultado. A única coisa de que podemos ter certeza acerca do futuro é que ele é incerto, volátil, e o homem está fadado a viver no presente com esse futuro, hipercomplexo, eternamente.

Luhmann analisa a problemática da confiança sob a ótica do tempo (passado, presente e futuro) e da dificuldade de se construir uma noção de constância relativa dos estados presentes. Busca-se, então, a durabilidade/estabilidade dos eventos. O futuro coloca uma carga excessiva na habilidade do homem de representar as coisas por si mesmo. Assim, o problema da confiança é que o futuro possui muito mais possibilidades do que aquelas que poderiam atualizar-se no presente e do presente transferir-se ao passado (LUHMANN, 2005a, p. 21). Observe que, do ponto de vista dos acontecimentos sociais, o presente se coloca em movimento junto com o futuro e com o passado, de modo que estão completamente disponíveis em forma de alternativas, ou seja, como variação incontrolada. “A variação incorpora tudo o que há, sem exceção” (LUHMANN, 2005a, p. 24).

Entretanto, a base elementar de toda confiança está no presente, considerado como uma espécie de “contínuos intactos de sucessos cambiantes, como a totalidade dos estados com respeito aos quais os eventos podem ocorrer” (LUHMANN, 2005a, p. 20). Trata-se da ideia de duração, que nada mais é do que um “presente continuamente atual”, que deve persistir, apesar da variação dos eventos².

Dessa forma, entre a extrema complexidade social e a capacidade da consciência humana, existe uma lacuna; a confiança atua nessa lacuna. A função da confiança sistêmica é justamente antecipar o futuro e comportar-se como se ele fosse certo, invalidando o tempo, ou melhor, invalidando as diferenças do tempo (LUHMANN, 2005a, p. 15).

Nesse sentido, conforme expõe de forma precisa Misabel Derzi, a confiança é um instrumento que se revela imprescindível para que o homem possa lidar com a extrema complexidade do mundo atual, pois ela desperta a segurança do estado presente na forma de estabilização de alternativas/eventos variáveis, reduzindo a complexidade e se projetan-

² Com base nas lições de Derzi, temos a noção de que existem dois “agoras” que fluem (o agora do sistema e o agora do ambiente), e a redução da complexidade por meio da confiança e do tempo nos dá a sensação de um estado constante, que deve persistir, apesar da variação dos pontos dos “agoras”. “A duração, segundo Luhmann, nada mais é do que o presente continuamente atual, com um futuro sempre em perspectiva e o passado como o agora que não mais se dá. Os estados são identificados apenas na medida em que se dão no presente, em que nele se apresentam. A ideia de variação como aquilo que não se dá no presente é completamente negativa da anterior (o estado). Ou seja, a variação é inconcebível se não se podem supor entidades em relação às quais algo está mudando” (DERZI, 2009, p. 326).

do para o futuro. Dessa forma, as alternativas/ eventos, em princípio infinitos e virtuais do futuro, ficam equiparados às alternativas selecionadas no presente.

A confiança supõe três características elementares: (a) permanência dos estados, de modo que se igualem presente e futuro; (b) simplificação por meio da redução da complexidade e das infinitas possibilidades variáveis; (c) antecipação do futuro, pela projeção daquilo que se dá no presente, para tempos vindouros. (2009, p. 328).

A confiança, portanto, reduz a complexidade social, administrando-a, para tornar a vida suportável e garantir um mínimo de durabilidade/estabilidade nas relações. Ela pode ampliar as possibilidades de ação e conhecimento no presente, e orientar-nos para um futuro que permanece(rá) incerto, mas que se faz minimamente confiável.

2. Da familiaridade à confiança sistêmica

Ao desenvolver sua teoria dos sistemas partindo da confiança como mecanismo de redução de complexidade, Luhmann ilustra as formas de diferenciação social observadas ao longo da história e a forma como a confiança absorvia a complexidade correspondente, transformando-se, paulatinamente, de uma confiança com base na *familiaridade* para uma confiança com base nos *sistemas*. Vejamos.

Inicialmente, nas sociedades tradicionais, típicas sociedades “primitivas”, ou ainda em sociedades “pré-modernas”, não se admitia um elevado grau de complexidade. A característica fundamental de formação desse tipo de diferenciação social se baseava na igualdade entre os subsistemas sociais; existia, assim,

certa igualdade de possibilidades de observação da própria sociedade. A forma de diferenciação dessas sociedades se baseava na observação daquilo que é ou não é familiar (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 100). As funções sociais – sobretudo a econômica, a política e a religiosa – fundamentavam-se no princípio do parentesco (*paterfamilias*), no auxílio mútuo (reciprocidade), na compensação ou até mesmo na represália (LUHMANN, 1983, p. 184).

Aqui, a confiança era outorgada por técnicas como a experiência prévia (concreta), a história das coisas (confiamos apenas naquilo que conhecemos) e os costumes; valia-se, pois, do recurso ao passado para compreender e simplificar a vida. Nessas sociedades, afirma Luhmann, o passado prevalece sobre o presente e sobre o futuro. “O passado já não dispõe de outras possibilidades porque se apresenta (e prevalece) no presente como complexidade já reduzida” (LUHMANN, 2005a, p. 32).

Dessa forma, o baixo grau de possibilidades/alternativas/variação (complexidade) acarretava o baixo grau de mecanismos de confiança na busca por estabilização de expectativas. Bastava o emprego da força ou de uma crença para que a ordem se fizesse presente. Assim, “a palavra certa, o gesto certo, a ‘mágica’ certa, o juramento ou a maldição” eram suficientes para fundamentar a confiança e generalizar expectativas (LUHMANN, 1983, p. 189; 2005a, p. 81).

Porém, na sociedade moderna, explode a complexidade, e não é mais possível produzir interpretações globais/universais do mundo. Na medida em que a complexidade aumenta, o recurso à familiaridade se mostra insuficiente para a redução da complexidade e a estabilização das expectativas. Assim, descreve Luhmann, “a história deixa de ser recordação das coisas experimentadas e passa a ser simplesmente uma estrutura pré-determinada,

constituindo apenas a base da confiança, que agora se transforma em confiança nos sistemas sociais” (LUHMANN, 2005a, p. 34).

Numa época em que não há uma unicidade de pensamento, de crença e de consciência social, encontram-se sistemas cada vez mais específicos, altamente diferenciados e com comunicações próprias, que observam a sociedade por meio de suas próprias funções (LIMA, 2012, p. 30). Dessa forma, afastando-se de qualquer ideia de hierarquia, Luhmann descreve a sociedade moderna como um complexo de sistemas sociais dotados de autonomia funcional, que se movimentam e se conectam uns aos outros. Surge, portanto, a ideia de policontextualidade (LUHMANN, 1998, p. 11). Agora a sociedade é vista sob os olhares de vários observadores, cada um em seu contexto específico, em sua própria realidade.

É nesse ponto que podemos constatar um primeiro rompimento da teoria dos sistemas de Luhmann – que de certa forma é baseada no construtivismo, o qual ele prefere chamar de “construtivismo operativo” – com as teorias clássicas do conhecimento. Nas teorias clássicas, prevalece a ideia do conhecimento do mundo com base na distinção entre sujeito/objeto, segundo a qual a sociedade é observada por um sujeito posicionado em um plano *ab extra*; na teoria dos sistemas de Luhmann, prevalece a ideia de que a realidade é uma operação de construção de quem observa. Ou seja, há tantas realidades quantos forem os observadores e, para que se possa conhecer a realidade, é preciso observar o observador. O observador faz parte da própria realidade que observa; sujeito e objeto confundem-se. Essa concepção de conhecimento, de acordo com Luhmann, seria mais adequada a uma sociedade que se tornou hipercomplexa e policêntrica (GONÇALVES; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 35-40).

A própria relação conceitual em torno da confiança com base nos sistemas e, conseqüentemente, em torno da generalização de expectativas está intimamente ligada à hipercomplexidade e à contingência da vida moderna. Na medida em que a experimentação/experiência da conduta humana tornou-se incapaz de representar e/ou controlar as possibilidades fáticas e concretas do mundo globalizado, abre-se espaço para a ideia de confiança nos sistemas. A confiança sistêmica é, assim, o reconhecimento da limitação e precariedade da experimentação. Ela antecipa o futuro, ao delimitar, com menos esforço e maior eficiência, a redução de complexidade do mundo.

A organização social com base na experiência vivida apenas pode ser possível em sistemas sociais bastante simplificados e reduzidos, conforme visto anteriormente. Assim, mais compatível com a hipercomplexidade, a confiança sistêmica garante certa independência da

experimentação, ainda que sem excluí-la completamente, o que facilita uma seleção continuada também ao longo do tempo, tendo em vista o horizonte de possibilidades ampliado e mais rico em alternativas (LUHMANN, 1983, p. 46).

A essa independência relativa da experimentação, Luhmann atribui o que chama de *generalização de expectativas* e passa a analisar três aspectos que a caracterizam: o deslocamento parcial da problemática do aspecto *externo* (experiência concreta) para o aspecto *interno* (internalização das incertezas); o processo de *aprendizagem*; e a resolução *simbólica* dos resultados no ambiente social.

Em um mundo familiar, a experiência concreta, fundada na relação pessoal, produz uma “certeza” externa baseada naquilo que é possível vivenciar ou recordar. Supõe-se, aqui, um conhecimento elevado sobre os eventos e, portanto, redução de riscos. Porém, quando o ambiente social se torna hipercomplexo, o sistema também se torna incapaz de captar inteiramente o mundo real, caracterizado pela indeterminação excessiva; assim, passa a internalizar essas incertezas, selecionando informações e, com isso, reduzindo a complexidade. A indeterminação do ambiente passa a ser tolerada por meio de uma ordem interna, construída através de uma complexidade já reduzida e administrada pelos sistemas. Essa ordem interna é o que Luhmann chama de “contínuo intacto de sucessos cambiantes” (LUHMANN, 2005b, p. 20). Trata-se de uma forma de estabilização, mas de estabilização dinâmica (retratada pelo processo recursivo de combinação entre *variação/seleção/(re)estabilização*)³, pois os sistemas devem ser estáveis, mas não estáticos. Embora implique renúncia de informação experimentada, a confiança sistêmica a substitui por essa “ordem” interna equivalente, que passa a ser compartilhada, garantindo um presente também compartilhado em face das diversas expectativas futuras.

³ A estabilidade dinâmica, de acordo com a teoria de Luhmann, é representada pelo processo de evolução dos sistemas. Segundo o autor, os sistemas desenvolvem-se por meio das operações de *variação/seleção/estabilização*. A complexidade e a contingência indicam a multiplicidade de informação e comportamentos, introjeção de elementos novos e, consequentemente, possibilidade de variação no sistema. A variação, assim, apresenta-se como a totalidade dos eventos possíveis. Ela implica em coação à seleção, obrigando o sistema a decidir/eleger/selecionar quais elementos deve absorver. Essa absorção se dá com base na redução de complexidade por parte das estruturas do sistema em busca de estabilização. Como toda comunicação é um processo recursivo e infundável, toda variação depende de uma estabilização anterior, tal como um “engate” que possibilite a continuidade da comunicação. Assim, esse processo transforma-se em um processo contínuo de *variação/seleção/estabilização*, para logo em seguida se transformar em *variação/seleção/(re)estabilização*. Dessa forma, a absorção dos novos elementos se estabiliza a fim de buscar uma identidade/manutenção/durabilidade das novidades no interior do sistema, para um novo ciclo se iniciar. A estabilização representa a unidade do processo evolutivo; porém, ressalte-se, essa é a “unidade da contingência”. É a unidade que ativará novas possibilidades e, consequentemente, novas (in)certezas que deverão ser novamente processadas no interior do sistema por meio de seus processos seletivos. (LUHMANN, 2007, p. 358-399; GONÇALVES; VILLAS BÓAS FILHO, 2013, p. 35-40).

Essa nova forma de confiança (sistêmica) implica renunciar, de forma consciente, à possibilidade de maior informação, assim como ao controle dos resultados. Dessa forma, a confiança não significa mera esperança: “ela implica expectativa confiável que influencia diretamente nas decisões tomadas pela pessoa que confia” (DERZI, 2009, p. 330). Ou seja, quem deposita mera esperança não leva em conta as contingências/riscos do resultado. Já o ato de confiar sempre resulta em análise crítica sobre o resultado de se depositar ou não confiança. A confiança reflete, portanto, a contingência. Já a esperança elimina a contingência (LUHMANN, 2005a, p. 40). Em outras palavras: a confiança pressupõe a consciência das circunstâncias de risco.

Luhmann ressalta o fato de que, onde não há possibilidade de variação incontrolada, não se coloca a questão da confiança. Onde existe supremacia sobre os acontecimentos, não há necessidade de se outorgar confiança, pois ela só é necessária diante de um futuro caracterizado pela indeterminação (LUHMANN, 2005a, p. 26). Assim, de forma paradoxal, a confiança no sistema pressupõe insuficiência de informação, ou seja, desconfiança. O sistema, então, funciona com confiança, buscando superar a desconfiança.

A confiança sistêmica também é resultado de um processo de aprendizagem e se torna reflexiva. Segundo Luhmann, não basta a existência de mecanismos simples de confiança. Isso porque a confiança é “uma força motivadora que produz testemunhas” (LUHMANN, 2005a, p. 120). As relações entre os sujeitos geram experiências que são estendidas a casos similares. O ato de um indivíduo confiar em si mesmo (em sua própria confiança), ou de outros confiarem nele, ou de outros confiarem em terceiros da mesma forma como ele confia leva à automatização de que os outros também confiam com base em alguma coisa (confiança sistêmica). Ou seja, é a confiança na confiança. Passamos de uma confiança espontânea para uma confiança simplesmente “percebida” e que permanece latente (LUHMANN, 2005a, p. 118-121).

Essa reflexividade e latência transformam a própria confiança em valor, como condição essencial para o funcionamento dos mecanismos simbólicos de comunicação. Segundo Luhmann, ela é tão importante e inevitável que não precisa ser percebida de forma consciente como uma atividade subjetiva. Dessa forma, “ela dificilmente se transforma em assunto aberto à discussão pública e, assim, o próprio fato de se manter latente ajuda a manter sua integridade” (LUHMANN, 2005a, p. 99).

Após automatizada, a confiança se institucionaliza e passa a se estabilizar com indiferença “relativa” frente às variações. Essa institucionalização se representa pela simplificação simbólica dos resultados no ambiente. Fala-se, então, nos *meios de comunicação simbolicamente ge-*

neralizados. Esses meios de comunicação, segundo Luhmann, são mecanismos adicionais à linguagem cotidiana, cuja função é “promover a capacidade intersubjetiva dos atos de seleção” (LUHMANN, 2005a, p. 82). Eles atuam para atenuar as dificuldades do processo de comunicação que, segundo Luhmann, é improvável, porém necessária⁴.

Podemos citar como exemplos desses meios a *verdade*, o *amor*, o *dinheiro*, o *poder* e, principalmente, o *direito*. É por meio da capacidade generalizadora desses meios que os sistemas constroem estruturas de linguagem garantidoras de expectativas e normas de motivação, fazendo convergir comportamen-

tos e tornando possível que as seleções feitas por um indivíduo sejam pertinentes a outros (LUHMANN, 2005b, p. 96).

No caso do sistema jurídico, o direito, com sua linguagem própria (código operacional lícito/ilícito), atua como meio de comunicação simbolicamente generalizado, cuja função é promover a *generalização congruente das expectativas normativas*. O fortalecimento dessa função permite que o sistema jurídico se mantenha como um sistema funcionalmente diferenciado e que, por meio de suas operações, a sociedade possa confiar, prever quais expectativas normativas comportamentais são postas no convívio social e, portanto, gerenciar as condutas de acordo elas.

3. Redução de complexidade como aumento de possibilidades

Diante da instabilidade provocada pela complexidade, os sistemas funcionam como instrumento de redução dessa complexidade, permitindo que os “eventos” do ambiente sejam “apreendidos” pelo sistema. Transforma-se, assim, a complexidade desestruturada em complexidade estruturada.

Observe-se que a redução de complexidade não significa eliminação de possibilidades ou supressão de alternativas, numa tentativa de simplificação da sociedade por meio de um enquadramento tal qual ocorria no pensamento iluminista/racionalista. Ocorre justamente o contrário. O próprio rompimento com a dicotomia tradicional sujeito/objeto já nos remete a um confronto entre o pensamento racionalista incorporado pelo iluminismo e a ideia policontextual da teoria sistêmica de Luhmann. Na medida em que não há mais a possibilidade de se sustentar que todos os sujeitos observem, por meio de uma única razão,

⁴No conceito elaborado por Luhmann, a comunicação pode ser concebida como um processo sintético de seleção de três elementos: *informação*, *mensagem/ato de informar e compreensão*. A informação corresponde à própria produção de um conteúdo informativo e à escolha das alternativas que *alter* decide colocar à disposição (o que vou dizer?). Mensagem/ato de informar quer dizer a forma que *alter* utilizou para expressar a sua informação. Ou seja, a própria difusão do conteúdo (como digo?). E por compreensão entende-se a seleção/eleição feita por *ego* sobre o que *alter* pretendeu transmitir. Entende-se que a comunicação apenas se conclui quando *ego* compreende o que *alter* quis dizer, ou seja, quando o receptor consegue distinguir a informação da mensagem. Porém, conforme dito anteriormente, a comunicação é tão necessária quanto improvável. Sobre a improbabilidade da comunicação, Luhmann explica que, em primeiro lugar, é improvável que alguém compreenda perfeitamente o que o outro quis dizer, tendo em vista o isolamento intelectual de cada um. Ou seja, “o sentido só se pode entender em função do contexto e, para cada um, o contexto é basicamente o que sua memória lhe faculta”. Em segundo lugar, o problema reside no aspecto temporal e espacial da interação. É improvável que a comunicação chegue a mais pessoas do que as que se encontram presentes em dada situação. “Uma vez ultrapassados os limites desse sistema de interação, não podem impor-se (pela força) as regras que dentro deles são válidas. Mesmo quando a comunicação conta com transmissores móveis e permanentes, é improvável que possa encontrar atenção devida, já que indivíduos têm diferentes interesses em situações distintas”. E, por fim, não é possível garantir que o receptor aceite o comando emitido, ou, ao menos, o compreenda. E essas dificuldades (contingências sociais) aumentam na medida em que aumentam os participantes da comunicação. Dessa forma, como veremos mais à frente, os sistemas e seus códigos funcionam como “meios de comunicação simbolicamente generalizados”, buscando superar a improbabilidade da comunicação. Sobre a improbabilidade da comunicação, ver Luhmann, 2006, p. 41.

o mesmo mundo, abre-se espaço para a construção da realidade baseada na variedade de observações (GONÇALVES; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 40).

Conforme nos ensina Gonçalves e Villas Bôas Filho, “se cada estrutura social (objeto) é construção de um observador que dispõe de racionalidade distinta, é possível identificar, nessa nova perspectiva, a negação ao monopólio da observação do racionalismo moderno: a semântica da violência, da opressão das possibilidades” (GONÇALVES; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 42; CAMPILONGO, 2011, p. 20). Trata-se de um postulado contrário ao projeto de modernidade.

Desse modo, quando se fala em redução de complexidade, estamos falando em aumento de possibilidades através da administração da própria complexidade. A função do sistema jurídico, como veremos adiante, está ligada ao controle das instabilidades e à garantia das expectativas normativas ao longo do tempo.

4. A função do sistema jurídico na perspectiva sistêmica

Para entendermos a função do sistema jurídico no sistema social de comunicação, partiremos das seguintes perguntas realizadas por Luhmann, com base na influência do pensamento de Talcott Parsons: *como é possível a ordem social?* (LUHMANN, 2009, p. 316). *Como é possível estabelecer uma ordem que transforme o impossível em possível e o improvável em provável?* (LUHMANN, 2006, p. 40).

A motivação das perguntas reside no entendimento do conceito de *dupla contingência* e no fato de que, vivendo em uma sociedade hiper-complexa e contingente, onde tudo poderia ser de outra forma, é necessário um instrumento que promova um ponto fixo entre as expectativas reciprocamente geradas, por exemplo, por *alter* e *ego* (expectativas de expectativas). Vejamos.

Frente à *contingência simples*, erguem-se estruturas de expectativas que se apoiam no simples campo da percepção, postas em uma situação de interação limitada, mais ou menos imunes a desapontamentos. Assim, por exemplo, não posso ter certeza de que o céu vai escurecer e que a noite cairá às dezoito horas, mas posso esperar que sim. Não posso ter certeza de que esta uva que pretendo comer tenha o mesmo sabor das que já comi, mas posso esperar que sim (LUHMANN, 1983, p. 47).

Porém, quando falamos em *dupla contingência*, estamos tratando da necessidade de estabelecimento de outras estruturas de expectativas, cujas construções são muito mais complexas e condicionadas. O nível de interação é mais elevado tendo em vista que se deve levar em

conta a liberdade de comportamento do outro. Além da percepção e sentidos possíveis, outros indivíduos se inserem no meu campo de interação como uma espécie de “fontes eu-idênticas de experimentação” (LUHMANN, 1983, p. 46). A partir daí, devo levar em consideração que as possibilidades dos outros são também minhas possibilidades, assim como minhas possibilidades são também possibilidades para os outros. Ou seja, a dupla contingência implica na possibilidade de *ego* contar com a possibilidade de *alter* agir de forma diversa da que ele pensou. E, da mesma forma, *alter* também contar com a possibilidade da variação da conduta de *ego*.

Existe, nesse fato, uma expectativa gerada por ambos acerca de seus comportamentos. Ou melhor, existe uma expectativa gerada sobre a expectativa que o outro tem sobre seu possível comportamento, o que faz com que *ego* se coloque na posição de *alter/ego* para tentar identificar a expectativa que *alter* poderia ter em relação a sua ação. E, por sua vez, *alter* se coloque na posição de *ego/alter* para identificar a expectativa que *ego* poderia ter, também, em relação a sua ação (LUHMANN, 1983, p. 47).

Nas palavras de Luhmann,

o comportamento do outro não pode ser tomado como fato determinado, ele tem que ser expectável em sua seletividade, como seleção entre outras possibilidades do outro. Essa seletividade, porém, é comandada pelas estruturas de expectativas do outro. Para encontrar soluções bem integráveis, confiáveis, é necessário que se possa ter expectativa não só sobre o comportamento, mas sobre as próprias expectativas do outro. Para o controle de uma complexão de interações sociais não é apenas necessário que cada um experimente, mas também que cada um possa ter uma expectativa sobre a expectativa que o outro tem dele (LUHMANN, 1983, p. 47-48).

Essa expectativa da expectativa pode fazer com que *alter* ou *ego* se antecipem buscando suprir as incertezas/inseguranças que permeiam suas condutas. O sistema jurídico atua, portanto, absorvendo essas incertezas/inseguranças através da redução de complexidade, estabilizando as expectativas.

Como visto, dentro do universo dos subsistemas sociais, o direito desempenha, no sistema social global, a função básica e específica de generalizar de forma congruente as expectativas normativas. Para tanto, promove a redução de complexidade do ambiente, transformando complexidade desestruturada em complexidade estruturada (LUHMANN, 2006, p. 47).

Antes de seguirmos interpretando a função do sistema jurídico, é importante, sobretudo para o nosso trabalho, fazermos referência à di-

ferença entre expectativas *cognitivas* e expectativas *normativas*.

Por expectativas cognitivas, devemos entender aquelas que se adaptam à realidade em caso de desapontamento, ou seja, têm capacidade de aprendizado. O mesmo não se pode dizer em relação às expectativas normativas. Tais expectativas não estão dispostas à aprendizagem. Ou seja, são mantidas independentemente das frustrações e não se adaptam ao fato. Vale dizer, elas são contrafáticas. Mantêm-se no tempo (LUHMANN, 1983, p. 56).

Utilizemos aqui um exemplo dado pelo próprio Luhmann: em relação a uma nova secretária, só se pode esperar que ela seja jovem, bonita e amigável no plano cognitivo; não importa que essa esperança seja frustrada. Se ela não se concretiza, é preciso adaptar-se ao desapontamento. Porém, espera-se que ela seja competente para o trabalho e, caso essa esperança não se concretize, não preciso assimilar esse desapontamento, pois a sensação criada é que a expectativa não estava errada; portanto, o desapontamento é atribuído à secretária. Trata-se de uma expectativa normativa, contrafática (LUHMANN, 1983, p. 56).

No plano cognitivo, as expectativas relacionam-se com o fator de *curta durabilidade*. Duram até a ocorrência do fato contrário. Já no plano normativo, as expectativas têm características de *longa durabilidade*. Perpetuam-se, relativamente, no tempo a despeito das desilusões.

Dizemos “relativamente”, porque essa característica contrafática da expectativa normativa não é e não deve ser absoluta. Ela deve ser estável, porém mutável. Luhmann chama a atenção para o cuidado que se deve ter em analisar essas distinções, pois é preciso que se compreenda a função de sua própria diferenciação. Ora, ambas fornecem possibilidade de estratégias frente aos desapontamentos. “Tem-

se a opção de assimilar ou não, e essas possibilidades podem ser úteis para a seqüência dos acontecimentos da vida após esses desapontamentos” (LUHMANN, 1983, p. 57).

Com o auxílio dessa diferenciação a sociedade pode ajustar um compromisso entre a necessidade de adaptação à realidade e de constância das expectativas. Ela institucionalizará cognitivamente expectativas comportamentais, isto é, não censurará seus membros por uma adaptação de expectativa à realidade da ação, se predominar o interesse na adaptação. Ela deslocará e articulará as expectativas ao nível normativo quando forem vitais a segurança e a integração social das expectativas (LUHMANN, 1983, p. 58)⁵.

A normatização da expectativa promove *generalização*, afastando a ideia de subjetividade e individualidade do sistema jurídico. O sistema não está ligado a eventos individuais. Melhor dizendo, não depende de tais eventos para manter-se. Apesar das constantes mudanças no ambiente, os comandos provenientes do sistema permanecem (ou deveriam permanecer) estáveis (CAMPILONGO, 2011, p. 19).

Imagine-se como seria um sistema jurídico que mudasse seus elementos na mesma velocidade com que mudam os elementos do seu ambiente, ou então tivesse que produzir regras individuais para cada participante. Essa ação seria inócua, visto que seria tão complexa e contingente como os eventos do ambiente. Certamente, esse sistema não poderia exercer

⁵Observe-se que, do relacionamento entre ambas as expectativas, surge uma seleção compulsória por parte da sociedade em busca da solução dos seus próprios problemas, ora abandonando o comportamento por conta do desapontamento, ora institucionalizando esse comportamento na busca pela transformação da expectativa cognitiva em expectativa normativa. “O desapontamento pode então levar à formação de normas através da normatização *a posteriori*”. Essa é a forma de pensar o surgimento do direito com base em desapontamentos (LUHMANN, 1983, p. 58).

a função estabilizadora de condutas sociais. Portanto, ressaltamos que todo sistema jurídico, de uma forma ou de outra, permanece impermeável frente às peculiaridades do seu ambiente.

Contudo, a simples adoção das expectativas não é suficiente. Elas, por si só, também são uma estratégia falível. Quem deposita expectativas sobre algo ou alguém está sempre passível de frustração. Seria ingênuo acreditar que o mundo reagirá sempre de acordo com as nossas expectativas. Por isso, Luhmann ressalta que a generalização de expectativas deve ser operada de forma *congruente*. Operar de forma *congruente* quer dizer que essa generalização deve ocorrer em três dimensões: *temporal, social e material*.

A dimensão *temporal* nos remete diretamente à ideia de normatização das expectativas, já comentada anteriormente, no sentido de manter-se estável diante da mudança dos elementos do ambiente. Melhor dizendo, as expectativas normativas permanecem, mesmo diante das frustrações de quem nutriu expectativa (como dito, são contrafáticas). Diante de várias formas de absorção das frustrações, embora ressalte que não seja suficiente, nem infalível, Luhmann cita a *sansão* como o instrumento mais bem-sucedido de absorção das frustrações nas sociedades modernas (LUHMANN, 1983, p. 66-76, 2005b, p. 182-189; VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 135).

A dimensão *social* promove uma aceitação ou consenso suposto/presumido por meio da procedimentalização/institucionalização das expectativas no processo decisório. Observe-se, porém, que essa institucionalização não fomenta o consenso. Como dito acima, ela o supõe, ou melhor, pressupõe. Cria uma espécie de autoevidência presumida frente a terceiros. Ou seja, aquele que se opõe à expectativa deve ter o ônus de justificar sua insatisfação. Como

o consenso se tornou um artigo raríssimo na atual sociedade moderna/fragmentada, a institucionalização tem a função de obter certa generalidade capaz de construir uma pauta comum de comportamento e permitir a convivência dos vários projetos de vida. Destacam-se os procedimentos judiciais e os contratos como exemplos dessa institucionalização (LUHMANN, 1983, p. 77-94)⁶.

Por fim, a dimensão *material* garante, no mundo do ser, uma espécie de imunização contra as incoerências e contradições para se obter a referida generalização. Segundo Luhmann, existem quatro princípios de identificação que operam a abstração das expectativas normativas na dimensão material. Trata-se de representações/orientações que estabelecem o ponto de referência para informações, interesses e experiências. É com base em tais identificações que se reconhece o conteúdo das expectativas comportamentais normativas e que se pode observar em que nível tais expectativas podem ser estabelecidas de forma concreta. São elas *peçoas, papéis, programas e valores* (LUHMANN, 1983, p. 66-76; CAMPILONGO, 2011, p. 20).

A generalização com base em *peçoas* compreende o indivíduo considerado produto social: aquilo de que ele gosta, o que faz, pensa etc. Na sociedade moderna, a generalização nesse nível se mostra bastante precária, tendo em vista que não sabemos do que cada um gosta, o que faz ou pensa. Isso demandaria um grau inatingível de experimentação e concretude de condutas. Salvo em raríssimos e reduzidos grupos de interação, a generalização com base nas *peçoas* não seria bem-sucedida. As relações humanas se tornaram tão complexas que talvez tal generalização seja impossível até em pequenas famílias (LUHMANN, 1983, p. 100).

⁶ Ver também Amado, 2004, p. 330-331.

A generalização com base em *papéis* se mostra um pouco menos problemática, tendo em vista que teríamos, aqui, expectativas sobre indivíduos agrupados pela função, profissão, categoria profissional etc. Os papéis criam certa identificação que ultrapassa as características individuais e nos fornecem instrumentos de redução da complexidade interacional (LUHMANN, 1983, p. 101). É mais expectável o comportamento de um médico, credenciado no conselho de sua categoria como agente no exercício da sua profissão, do que de uma pessoa individualmente considerada.

Também menos problemática é a generalização com base nos *programas* (no caso do sistema jurídico, fala-se em programas condicionais). Os programas são as regras (ou procedimentos) de decisão que podem vincular todos os agentes, envolvidos ou não em determinada interação. Ou seja, direcionam-se tanto às pessoas quanto a um agrupamento de pessoas (papéis). Esse nível de generalização garante uma maior abstração e variabilidade, pois permitiria uma multiplicidade de regras decisórias para um maior número de pessoas ou papéis, de acordo com a especificação exigida para cada caso. Porém, ainda que seu nível de abstração seja maior, os programas não são dotados de vagueza operacional de modo a alcançar um número ilimitado de expectativas. Sua variabilidade permite que eles se direcionem para a solução de determinados casos, acompanhando a mutabilidade social (AMADO, 2004, p. 336). Segundo Luhmann, “as regras podem ser modificadas sem que as pessoas e os papéis percam sua identidade e, vice-versa, a vigência da regra não seja afetada pela morte de uma pessoa concreta ou pelo fato de determinados papéis estarem desocupados” (LUHMANN, 1983, p. 103; 2005b, p. 223-274).

O caso dos *valores* é diferente, pois eles apresentam um nível de abstração demasiadamente alto, e sua generalização, por vezes, torna-os imprestáveis no nível operacional (LUHMANN, 1983, p. 103-104). O consenso em torno dos valores é tão vago e ambíguo que faz com que eles possam ser usados para tudo. Pensemos no princípio da dignidade da pessoa humana, por exemplo. Não há limites para a operacionalização desse princípio, que pode ser utilizado para justificar tanto as ações voltadas para o “bem” como as voltadas para o “mal”. Aliás, se considerarmos “bem” e “mal” como valores, “o que”, “quem” ou “onde” define-se o que é “bem” e o que é “mal”? Assim, os valores, embora importantes, se usados de forma isolada, são pouco eficientes para orientar uma decisão.

Diante disso, Luhmann considera que os *papéis* e, sobretudo, os *programas* apresentam-se como mecanismos mais eficientes para promover a generalização das expectativas normativas no plano material. Assim, quanto mais os indivíduos forem adaptados em papéis e os va-

lores forem operacionalizados/instrumentalizados em programas, maiores serão as chances de o sistema de generalização de expectativas ser bem-sucedido sem, contudo, tornar-se demasiadamente complexo.

Luhmann ressalta, porém, que não se deve excluir a importância de uma inter-relação entre os quatro princípios de identificação, que sempre trabalham em estado de condicionamento recíproco (LUHMANN, 1983, p. 104-105). Assim, os valores são imprescindíveis para a interpretação e desenvolvimento dos programas; no mesmo sentido, de nada adiantariam os valores sem programas de decisão que promovessem e assegurassem sua realização. Um bom exemplo é a posituação dos valores com o surgimento dos Estados sociais e a influência dos princípios constitucionais ligados à dignidade da pessoa humana nas regras processuais. Os valores transformam a complexidade desestruturada do ambiente em complexidade passível de estruturação, mas, apenas com a adoção dos programas, essa complexidade pode transformar-se em complexidade estruturada, capaz de viabilizar uma decisão.

É nesse aspecto, conforme argumenta Marcelo Neves (2013, p. 119), que não há hierarquia linear entre tais princípios de identificação. Se, por um lado, as regras dependem do direcionamento ou construção com base nos princípios, por outro, estes só ganham significado prático ao encontrarem correspondência em regras que lhes garantam densidade e relevância para a solução do caso.

Por óbvio, os papéis também dependem de pessoas que executam determinadas funções. Embora os papéis promovam expectativas de continuidade (confiança) diante de terceiros, que passam a não depender apenas de certas individualidades, não se pode desconsiderar que uma pessoa concreta, com suas decisões, pode influenciar na expectativa construída em torno de determinado papel. As ações de um médico, agindo como “pessoa física”, por exemplo, podem influenciar tanto a forma como os outros observam o papel do médico como pessoa jurídica na sociedade, quanto da própria categoria sobre seu papel.

Assim, conclui-se que o sucesso (e o desafio) da função do sistema jurídico consiste, justamente, na eficiência em selecionar as expectativas comportamentais e fazer com que elas sejam congruentes nas três dimensões de sentido: *temporal*, *social* e *material/prática*. Ou seja, a norma jurídica (conforme/não conforme o direito) deve ser respeitada a ponto de se manter relativamente invariável no tempo (estabilidade contrafática – dimensão temporal), por meio de procedimentos institucionalizados (dimensão social) exercidos efetivamente pela sociedade, identificados no contexto factual pela inter-relação dos quatro princípios de identificação: pessoas, papéis, programas e valores (dimensão material). Isso quer dizer, em uma frase: o direito evolui por meio da

tensão entre consistência jurídica e adequação social.

Um Estado Democrático de Direito, com uma Constituição repleta de normas de conteúdo social, deve utilizar mecanismos que garantam a manutenção dessas normas e, conseqüentemente, a concretização delas no plano factual. Dessa forma, a própria adequação social (reconhecimento das expectativas sociais) depende da autonomia do sistema jurídico, ou seja, de sua consistência jurídica que, conseqüentemente, produzirá confiança.

5. Enfraquecimento do direito como generalizador de expectativas normativas

Como visto, o direito é um meio de comunicação simbolicamente generalizado cuja função é generalizar de forma congruente as expectativas normativas. A confiança no sistema jurídico está condicionada a sua capacidade de exercer essa função, diferenciando-se do ambiente por meio de linguagem própria.

Historicamente, o direito, tão necessário para manter a ordem social, passou por diversas transformações. De um direito pretensamente imutável e universal, idealizado pelo positivismo dos Estados liberais, passou a um direito que, inserido em um Estado Constitucional Democrático de Direito, no qual o poder judiciário assume papel de protagonista, constrói-se com base nas irritações do seu entorno social.

Entendia-se a lei como um instrumento claro e objetivo, que deveria prever todas as condutas, sem margem para interpretação criativa. Texto e norma se confundiam. A letra da lei gerava confiança, previsibilidade e segurança, condensando a um só tempo o sentimento, a justiça e sua vinculação com o direito. Como

a lei e o direito se confundiam, a lei era, ela mesma, considerada meio simbólico de comunicação por excelência, capaz de gerar expectativas confiáveis.

Contudo, o texto frio da lei, hoje, não tem mais a capacidade de acompanhar a velocidade e a particularidade das situações concretas do mundo do ser. Técnicas legislativas que deixam margem de liberdade para o intérprete na realização do direito representam verdadeiros poros/aberturas do sistema jurídico na busca por uma dinamicidade e adaptabilidade à realidade social. Agora, texto e norma não mais se confundem, e o direito perde sua vinculação unilateral de identidade com a produção legislativa. Toda essa evolução resultou em uma maior adaptação do sistema jurídico (abertura cognitiva) aos problemas sociais, fazendo com que ele passasse a ser, na medida do possível, mais dinâmico.

O juiz, no centro do sistema, compelido pela obrigatoriedade de decidir (*non liquet*), promove a interiorização das contingências sociais, e as decisões jurídicas passam a ser o lugar para o qual são direcionadas as expectativas normativas.

De fato, quando se tem consciência teórica de que a decisão nem sempre é resultado de critérios previamente normatizados, mas pode constituir regra, fundada em elementos que não estão presentes na legislação, destinada a regular um caso concreto, não há como deixar de perceber que as expectativas que recaíam na lei transferem-se para a decisão judicial. A segurança jurídica passa a estar estritamente vinculada à decisão; essa é responsável pela previsibilidade em relação ao direito, e, portanto, tem que contar com estabilidade (MARINONI, 2012).

Porém, embora essa abertura seja importante para o desenvolvimento do direito, ao caminhar em busca de uma maior adequação

social, o sistema passa a produzir uma maior incerteza jurídica, o que sacrifica, de certa forma, o seu fechamento operacional e, conseqüentemente, enfraquece sua função básica de promover generalização congruente de expectativas normativas. O que ocorre é um alívio das expectativas apenas no plano individual, uma espécie de resposta *ad hoc* para uma demanda específica, ao passo que a congruência das expectativas em nível geral acaba sendo sacrificada, gerando desconfiança sistêmica.

6. Desconfiança sistêmica e a necessidade de estabilização das expectativas normativas

Segundo Luhmann,

o homem poderia, em certos aspectos da vida social, decidir se outorga confiança ou não. Porém, uma completa ausência de confiança lhe impediria, inclusive, de se levantar pela manhã. Seria vítima de um sentido vago de medo e de temores paralisantes. Inclusive, não seria capaz de formular uma desconfiança definitiva e fazer disso um fundamento para medidas preventivas, já que isto pressuporia confiança em outras direções (LUHMANN, 2005a, p. 5).

Como visto anteriormente, para Luhmann, a confiança se mostra eficaz instrumento de redução de complexidade do mundo, que é sempre difícil de administrar. Onde há confiança há uma garantia relativa de integridade do presente, aumentando as possibilidades de experiência e de ação. Ela liberta o homem da ideia de que “tudo poderia variar simultaneamente com tudo, ideia com a qual seria impossível viver” (LUHMANN, 2005a, p. 25).

O sistema jurídico outorga para si o monopólio da resolução de conflitos sociais sob o pretexto de garantir a vida em sociedade e,

para tanto, deve ser capaz de produzir estruturas/instrumentos aptos a dar à sociedade relativa tranquilidade e segurança na sua função. Nesse sentido, quem possui supremacia sobre os acontecimentos – no caso, o Estado – não precisa de proteção da confiança, pois ele mesmo provoca os eventos por meio de suas estruturas simbólicas motivadoras, como as leis, os impostos, os contratos, as decisões judiciais etc. (LUHMANN, 2005b, p. 26; DERZI, 2009, p. 328).

Por outro lado, quem confia – o cidadão – está assumindo a existência do risco pela consciência da hipercomplexidade do mundo, por sua falta de habilidade em atualizar-se, no presente, das possibilidades no futuro; dessa forma, deposita no sistema a confiança da gerência dos acontecimentos. Ao depositar tal confiança, o cidadão promove uma redução de complexidade do ambiente social, viabilizando sua vida e suas ações.

Ocorre que, para Luhmann, a desconfiança, além de ser o oposto da confiança, é uma espécie de equivalente funcional, pois a desconfiança também atua como instrumento redutor de complexidade; figura-se, porém, altamente destrutiva, pois quem desconfia precisa de mais informações do que quem confia. No entanto, tem a informação limitada àquilo em que sente que pode confiar. Ou seja, “torna-se mais dependente com menos informação” (LUHMANN, 2005a, p. 124).

A confrontação com a assustadora complexidade do mundo em alto nível é mais do que a capacidade humana pode suportar. Quem se recusa a outorgar confiança automaticamente restaura a complexidade original do ambiente social e se vê encarregado de dar conta do excessivo número de acontecimentos, o que leva à incapacidade de ação ou, ao contrário, a agir de forma negativa/destrutiva (LUHMANN, 2005a, p. 124). Desloca-se, assim, para o uni-

verso da incerteza e da imprevisibilidade incontrolável. Sem confiança, para o homem, seria possível qualquer coisa e tudo.

Conforme expõe Luiz Guilherme Marinoni, o estado de incerteza e imprevisibilidade provocado pela desconfiança sistêmica tem estreita relação com a ausência de um mecanismo que estabilize as expectativas normativas. Leciona o autor que a uniformidade na qualificação das situações jurídicas é imprescindível para que o cidadão espere determinado comportamento ou se poste de determinada forma. A garantia da previsibilidade em relação às consequências das ações é inerente a um Estado que pretende ser considerado um Estado de Direito. “O cidadão deve saber, na medida do possível, não apenas os efeitos que suas ações poderão produzir, mas também como os terceiros poderão reagir diante delas” (MARINONI, 2010, p. 123).

Para o ilustre processualista, a previsibilidade depende da confiança. E discorre:

Não há como prever sem confiar. De modo que também pode ser dito que a confiança também é um requisito da previsibilidade. Portanto, o Estado tem o dever de garantir a previsibilidade, cabe-lhe tutelar ou proteger a confiança do cidadão em relação às consequências das suas ações e às reações dos terceiros diante dos seus atos, assim como no que diz respeito aos efeitos dos atos do poder público [...] a tutela da confiança certamente depende de normas. Lembre-se que um ordenamento destituído de capacidade de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas e, assim, de gerar um sentimento de segurança nos cidadãos não pode sobreviver, ao menos enquanto ordenamento ‘jurídico’ (MARINONI, 2010, p. 137-138).

O cidadão tem o direito de prever que o Estado e os terceiros irão comportar-se de acordo com as regras postas e que os órgãos responsáveis por aplicá-las as farão valer em caso de descumprimento (MARINONI, 2010, p. 122).

Assim, quando se pensa em previsibilidade no sentido de calculabilidade de ações, como objetivo a ser perseguido pelo sistema jurídico, nos dizeres de Teresa Alvim, “não se quer com isso dizer que as partes tenham sempre condições de prever de forma precisa como será a decisão de um processo em que contendem. Mas a decisão não deve ser daquelas que jamais poderiam ser imaginadas” (WAMBIER, 2009, p. 10). Nesse sentido, não há que se falar em previsibilidade e segurança jurídica como valores absolutos, mas fala-se em estabilidade das relações jurídicas como continuidade do ordenamento jurídico, para que o Estado de Direito não seja transformado em um Estado “provisório”, Estado “efêmero”, incapaz de se impor como ordem jurídica dotada de eficácia e potencialidade diante dos cidadãos.

É nesse mesmo sentido que, ao discorrer sobre previsibilidade e segurança jurídica, Carlos Aurélio Mota de Souza faz a seguinte comparação:

Alguém que caminhasse à noite contaria com elementos objetivos para lhe dar segurança: o concreto do solo, as defensas laterais, as lanternas reflexivas, as linhas brancas da divisão da pista e das bordas; seguindo tais indicações, pode “prever” que chegará a seu destino, pois elas valem, têm valor normativo, dão, portanto, segurança. A estrada sinalizada não será uma incógnita e interiormente saberá se guiar por ela. Sabe que, observando os sinais (positivos ou permissivos), nada lhe ocorrerá; mas se desatender às indicações (negativas ou proibitivas), poderá sofrer ou causar dano e ser responsabilizado por seus atos [...] a segurança é um apriori jurídico para os cidadãos; e a certeza é a confiança do cidadão nas leis, que lhe permitem agir eticamente, adotando condutas razoáveis e previsíveis, de que seu agir é “direito” e não “torto”, de que suas atuações em sociedade não poderão sofrer sanções, pois as rodovias (leis) não mudam seu traçado (princípio da legalidade), para não surpreender aos cidadãos (SOUZA, 1996, p. 10).

Sem confiança e previsibilidade no sistema jurídico como valores que direcionam a vida do cidadão e a atividade do Estado, a igualdade e, conseqüentemente, o acesso à justiça também acabam sendo desrespeitados.

Nas palavras de Luhmann: “Todo o aspecto normativo de uma decisão jurídica tem, portanto, que pretender sua generalização, implicando que casos iguais serão decididos da mesma forma” (LUHMANN, 1985, p. 34; 2005b, p. 289). Esse é o pressuposto básico de um Estado Democrático de Direito e a fórmula ideal de justiça para Luhmann (*justiça como fórmula de contingência*)⁷.

Assim,

o juiz enfrenta a dupla exigência: decidir sobre cada caso e decidir de forma justa. O que em outras palavras quer dizer: aplicar a igualdade nos casos iguais, é aplicar as mesmas regras. Aqui a interpretação da lei – que na competência judicial desenvolve suas próprias regras – deve ser justa. A necessidade de que se decida e a liberdade que surge precisamente ao buscar razões para chegar a uma decisão, resultam restringidas pelos pontos de vista da justiça. E é esta conjugação entre necessidade, liberdade e restrição que produz-se o direito (LUHMANN, 2005b, p. 366).

⁷ Luhmann refere-se à justiça como *fórmula de contingência do sistema jurídico*, ressaltando que sua finalidade seria justamente promover a consistência das decisões judiciais. Nesse sentido, rejeita uma conotação valorativa/axiomática do termo “justiça” e promove a ideia de justiça ligada ao autocontrole e à consistência das operações internas do sistema, com vistas a permitir a efetividade da sua função de generalização congruente de expectativas normativas. A partir daí, vislumbra-se a efetividade da igualdade como resultado. Ou seja, justiça significa consistência, que permite o funcionamento adequando do sistema, que permite a efetivação da igualdade. Sobre justiça como fórmula de contingência, ver Luhmann, 2005b, p. 275-301; Gonçalves; Villas Bôas Filho, 2013, p. 120-126.

A massificação da vida social decorrente de sua complexificação, a liberdade na realização do direito por parte do juiz e a fluidez da legislação são elementos que trazem parâmetros menos seguros que podem gerar decisões completamente diferentes umas das outras, em casos materialmente idênticos (MARINONI, 2012).

Teresa Alvim ressalta ainda que a liberdade concedida por meio desses diversos expedientes técnicos, que configuram a abertura cognitiva do direito, não é destinada ao juiz individualmente considerado. São valores absorvidos como ganho evolutivo pelo poder judiciário como um todo, de modo que não deve existir liberdade para que cada juiz adapte o direito de uma maneira exclusivamente (inter) pessoal, mas que o direito seja fruto de um processo dinâmico e flexível, porém sistemático e racional. Essa liberdade “é engendrada pelo sistema para que o Judiciário, como um todo, adapte o direito às alterações da sociedade ou às alterações de casos concretos, respeitando o princípio da igualdade” (WAMBIER, 2009, p. 12).

Nesse sentido, Garcia Amado (2004) destaca que a referência descontrolada a valorações externas não trariam contribuição ao sistema jurídico, tendo em vista que a única racionalidade possível é a que configure um estado interno que permita que o sistema cumpra sua função redutora de complexidade e estabilização das expectativas normativas. Com referência em Luhmann, comenta:

A sociedade pressiona o sistema jurídico para que este abarque proporções cada vez maiores de sua complexidade. Isto requer um aumento de complexidade do sistema, traduzido em uma maior quantidade de normas, um caráter minucioso de suas regulações, câmbios normativos mais frequentes etc. Mas as possibilidades desse aumento não podem ser ilimitadas. O direito

deverá manter limitações de tempo disponível para as decisões, de número e coordenação entre normas, etc. A complexidade do sistema será adequada e se poderá dizer, para Luhmann, que é justo, quando seu grau de complexidade seja o máximo compatível com as consistências das decisões dentro do sistema (AMADO, 2004, p. 338).

E, de forma esclarecedora, completa:

O direito poderá aumentar sua complexidade, mas somente até o ponto em que não impeça que as decisões que nele recaem sejam consistentes, i.e., que se tratem os casos iguais de forma igual. Por exemplo, um direito puramente casuístico, que atendesse a todas as variáveis concorrentes em cada problema que se julga, não cumpriria com esse requisito. E sem ele não seria o direito garantia de expectativas confiáveis e estáveis” (AMADO, 2004, p. 338).

Sem instrumentos que produzam a estabilização das expectativas, em um sistema provido de flexibilidade normativa, o cidadão comum passa a viver numa espécie de hiato jurídico. Com o princípio da legalidade cada vez mais enfraquecido, a lei por si só não diz muita coisa sobre seus direitos. Vê-se, assim, diante de uma justiça que chama para si a prerrogativa de assegurar, constituir ou declarar tais direitos, porém não garante o acesso a ela.

Deve-se evitar que a hipercomplexidade interna do sistema jurídico – ou até mesmo a superadequação social provocada por sua abertura – provoque uma discrepância na aplicação de normas para casos iguais e, assim, comprometa a confiança e estabilidade na prestação jurisdicional. A falta de confiança no sistema jurídico está intimamente ligada à ausência de previsibilidade e, conseqüentemente, provoca violação ao princípio da igualdade, assim como do acesso à justiça em seu sentido mais amplo. Permitir que casos iguais sejam tratados de forma desigual seria o mesmo que

permitir que uma lei fosse tratada de forma diferente em casos iguais, o que seria uma violação ao Estado Democrático de Direito.

É inerente a qualquer Estado Democrático de Direito Contemporâneo a adoção de instrumentos que promovam confiança na uniformização das ações do sistema jurídico. Essa confiança garante limites para o exercício da discricionariedade na aplicação da norma e, ao mesmo tempo, garante liberdade aos jurisdicionados na medida em que tomam conhecimento daquilo que é conforme ou não conforme com o direito.

Por meio da confiança sistêmica é possível a redução de complexidade do ambiente, o que permite a viabilização das ações do indivíduo. Nas palavras de Luhmann: “A confiança faz emergir gradualmente expectativas de continuidade, que se formam como princípios firmes, através dos quais podemos conduzir nossas vidas cotidianas” (LUHMANN, 2005a, p. 41).

7. A propósito de conclusão: o sistema jurídico frente a novos mecanismos de estabilização

É importante observarmos que a teoria sistêmica não chega a ser ingênua a ponto de desconsiderar as interferências externas do ambiente social no sistema jurídico. Pelo contrário. O sistema jurídico é operacionalmente fechado, porém cognitivamente aberto. O ambiente é parte constitutiva do próprio sistema, pois é dele que o sistema nasce. Como bem observa Marcelo Neves, “ao se fechar cognitivamente, o sistema proporcionaria um paradoxo insuperável da autopoiese: não permitiria, portanto, a interrupção da interdependência dos componentes internos através da referência ao ambiente” (NEVES, 2006, p. 83). Ocorre que

o direito não pode, simplesmente, mudar conforme o interesse do momento. Se assim fosse, perderia sua autonomia e se tornaria inútil.

Devido à nova configuração da sociedade moderna, não parece ser possível, muito menos adequado, ignorar a positivação dos valores por meio das referências externas do ambiente. O fato é que essa nova arquitetura social demanda do sistema novas formas de concretização de sentidos, de modo a vincular minimamente o futuro, produzindo confiança.

Isso parece ser possível se, em torno da interpretação das regras “abertas” a serem preenchidas pela decisão judicial, houver redundância argumentativa, fundamentos sobre premissas. A concretização dos sentidos por meio dessa redundância pode produzir novas abstrações, com uma permanente sistematização e ressystematização dos fatores externos no ordenamento jurídico, capazes de orientar escolhas futuras, promovendo, novamente, a estabilização das expectativas normativas. Nas palavras de Gonçalves e Villas Bôas: “deve haver certa linearidade e coerência entre as decisões judiciais” (GONÇALVES; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 96).

Parece-nos, portanto, que os mecanismos de uniformização de jurisprudência, como a adoção de um sistema de respeito aos precedentes judiciais (contando, inclusive, com todas as suas técnicas de modulação de efeitos em caso de modificação), entre outros, podem ser um caminho para aliviar o processo de enfraquecimento do direito como estabilizador de expectativas normativas. A criação desses mecanismos estabelece um sentido específico a determinado valor. O processo de vinculação e redundância argumentativa concretiza o conteúdo dos princípios, operacionalizando-os e transformando-os em programas condicionais de decisão (GONÇALVES; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 96).

Porém, cumpre-nos ressaltar, de forma veemente, que tais mecanismos não podem ser utilizados como uma aplicação automática de enunciados normativos. Eles devem ser entendidos como instrumentos que buscam soluções jurídicas para problemas jurídicos, levando em conta as diversas comunicações existentes nas relações processuais, possibilitando, assim, o desenvolvimento do direito. Embora tragam benefícios para a administração da justiça – a exemplo da concretização de uma duração razoável do processo, um dos princípios mais caros ao direito processual brasileiro –, a visão que se deve ter desses mecanismos é, predominantemente, jurídica e não administrativa. Implementar um sistema de uniformização sob uma visão predominantemente administrativa ocasionaria uma verdadeira sobreposição de códigos e a possibilidade de “desdiferenciação” do sistema.

Assim, não se pode ignorar nem interromper as possibilidades de “irritações” no interior do sistema, provocadas pelos fatos, argumentos, fundamentos e razões utilizados nas decisões, ocasionando um solipsismo cognitivo e a esterilização sistêmica. O sistema deve produzir estruturas capazes de processar novos elementos, fortalecendo e incrementando as próprias operações sem limitá-las e sem negar o *status* jurídico do seu código operacional. Precedentes judiciais devem funcionar como instrumentos redutores de complexidade que, ao mesmo tempo, apontam para uma nova complexidade, em um processo recursivo interminável. Figuram-se, portanto, como mais uma etapa da comunicação jurídica, e não o fim dela.

Sobre o autor

André Galvão Vasconcelos de Almeida é doutorando e mestre em direito pela Universidade Católica de Pernambuco (Unicap), Recife, PE; pós-graduado em direito tributário pela Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco (FDR-UFPE), Recife, PE; advogado.
E-mail: andregalv@hotmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁸

SYSTEMIC (MIS)TRUST AND RIGHT AS A CONGRUENT GENERALIZER OF
NORMATIVE EXPECTATIONS

⁸ Sem revisão do editor.

ABSTRACT: The present work tries to contextualize, from the point of view of confidence, developed in Niklas Luhmann's system theory, the capacity of the legal system to exercise its specific function in the global social system, which is: to promote consistent generalization of normative expectations. Initially, it seeks to analyze the relationship between social complexity and the function acquired by trust over time, delimiting its transformation from a trust based on familiarity to a trust based on systems. Subsequently, a more detailed analysis is made of the most important aspects that permeate the function of law according to Luhmann's theory, and then ask whether in contemporary fragmented society the law is still capable of fulfilling its function satisfactorily. Finally, the aim is to demonstrate the effects of systemic mistrust (which is established as a functional equivalent of trust) and the need to seek new mechanisms to stabilize normative expectations that restore unity and confidence in the legal system.

KEYWORDS: SYSTEMIC (MIS)TRUST. NORMATIVE EXPECTATIONS. SYSTEMS THEORY. NIKLAS LUHMANN.

Como citar este artigo

(ABNT)

ALMEIDA, André Galvão Vasconcelos de. (Des)confiança sistêmica e o direito como generalizador congruente de expectativas normativas. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 213, p. 241-263, jan./mar. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p241>.

(APA)

Almeida, A. G. V. de (2017). (Des)confiança sistêmica e o direito como generalizador congruente de expectativas normativas. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(213), 241-263. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p241

Referências

AMADO, Juan Antônio Garcia. A sociedade e o direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir (Org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ARNAUD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir (Org.) *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009.

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

LIMA, Fernando Rister de Souza. *Sociologia do direito: o direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. 1 v.

_____. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. 2 v.

- _____. *Sistemas sociales: lineamentos para una teoría general*. México: Anthropos, 1998.
- _____. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES Jr., Dalmir (Org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- _____. *Confianza*. México: Anthropos, 2005a.
- _____. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. México: Herder, 2005b.
- _____. *A improbabilidade da comunicação*. 4. ed. Lisboa: Passagens, 2006.
- _____. *La sociedad de la sociedad*. México: Herder, 2007.
- _____. *Introdução à teoria dos sistemas*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme et al. *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 577-597.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- SOUZA, Carlos Aurelio Mota. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico jurídico*. São Paulo: LTR, 1996.
- VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, v. 34, n. 172, jun. 2009.

Direitos fundamentais da personalidade na era da sociedade da informação

Transversalidade da tutela à privacidade

VALÉRIA RIBAS DO NASCIMENTO

Resumo: Os direitos da personalidade na sociedade da informação sofreram grandes transformações, principalmente em virtude das novas tecnologias de informação e comunicação. Essas modificações ocorreram, sobretudo, depois da Segunda Guerra Mundial, com os novos contornos do constitucionalismo e o papel desempenhado pelos direitos humanos e/ou fundamentais. Os direitos pessoais ganharam diferentes conotações em virtude da cláusula geral da proteção da personalidade baseada no núcleo da dignidade da pessoa humana e nas possibilidades apresentadas com os desmembramentos surgidos do direito fundamental à privacidade. Desse direito podem ter surgido outros, como o direito fundamental à privacidade na internet, o direito ao esquecimento e o direito à “extimidade”. A problemática reside primeiramente na possibilidade ou não da existência desses “novos” direitos, bem como na possibilidade de uma tutela transversal deles. Quanto à metodologia, optou-se pela hermenêutica fenomenológica.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Personalidade. Novos direitos. Sociedade da informação. Privacidade.

Introdução

A era da sociedade da informação, iniciada após a Segunda Guerra Mundial, apresenta como uma de suas características o desenvolvimento das novas tecnologias (NT) e das tecnologias de informação e comunicação (TIC). Nesse período, ocorreram muitas transformações na esfera jurídica, quando o papel desempenhado pelo constitucionalismo

Recebido em 23/8/16
Aprovado em 1/3/16

e pelos direitos humanos e/ou fundamentais ganharam outros contornos e dimensões.

Com efeito, depois dos horrores cometidos naquela guerra, foi necessário dar atenção especial aos direitos fundamentais da personalidade, bem como a seus vários aspectos: o nome, a honra, a imagem, a privacidade etc. Por isso, a “infalibilidade” dos códigos civis típicos do século anterior começou a ser ressignificada à luz do constitucionalismo social e democrático.

Questionando a natureza do direito da personalidade, surgem as teorias monistas e as tipificadoras. Enquanto aquelas defendem a unidade da personalidade humana, estas irradiam várias facetas como o direito ao nome, o direito à imagem, o direito do consumidor etc. Deve-se salientar, antes de tudo, que é necessária uma unidade de propósito, o que levou a maioria da doutrina e jurisprudência brasileira a recorrer ao princípio da dignidade da pessoa humana como principal fundamento de um direito geral da personalidade no ordenamento jurídico. É interessante pontuar que, relacionado a esse direito geral de personalidade, tanto aqui quanto em diversos países, também está o chamado direito fundamental à privacidade.

Ocorre que a sociedade da informação trouxe algumas características marcantes, como a propagação do ambiente virtual, onde tudo acontece muito mais rápido ou quase que instantaneamente, ganhando dimensões incalculáveis. Assim, o direito fundamental à privacidade adquire novas perspectivas ou desmembramentos, e alguns autores acreditam até mesmo em “novos” direitos, como o direito fundamental à privacidade na internet, o direito ao esquecimento e o direito à “extimidade”. No presente artigo, utiliza-se o termo “direito fundamental à privacidade”, pois é expressão já consolidada.

O direito fundamental à privacidade na internet encontra fundamentos na obra de Paul Bernal (2014), que apresenta quatro direitos básicos: o direito de navegar com privacidade na internet, o de monitorar quem monitora, o de excluir dados pessoais e o de proteger a identidade *on-line*. Percebe-se que os dois últimos estão diretamente relacionados ao direito à “extimidade” e ao direito ao esquecimento, já que este justamente se baseia na possibilidade de apagar ou não definitivamente os dados pessoais, e aquele se relaciona ao âmbito da proteção pública, privada ou não (“extima”) dos dados *on-line*. De qualquer modo, objetiva-se demonstrar a necessidade de uma tutela transversal da privacidade, em nível nacional e internacional, e de dimensões verticais e complementares.

Ressalte-se que não é objeto do presente texto traçar a evolução dos direitos da personalidade, mas produzir questionamentos em torno do

termo e de como ele se relaciona com as novas tecnologias. Ainda que a pesquisa indique a utilização de método dialético de abordagem, em vertentes conservadoras, não é possível a interpretação sem a compreensão, uma vez que, para interpretar, é preciso antes compreender (GADAMER, 2003). Por isso, opta-se por não fazer uso de métodos tradicionais, já que estes se fecham à realidade, bem como podem ser todos e nenhum, com o decorrer do tempo. Assim, entende-se que a metodologia da fenomenologia é mais adequada aos objetivos desta proposta de pesquisa. Vale afirmar também que a discussão ora apresentada se relaciona com problemáticas trabalhadas no pós-doutorado em Direito na Pontifícia Universidade Católica de Porto Alegre (PUCRS), bem como no interior do Grupo de Pesquisa da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM/RS), denominados “Núcleo de Direito Constitucional” (NDC).

1. Os direitos pessoais: um panorama inicial da cláusula geral da proteção da personalidade

A temática deste artigo são os direitos fundamentais da personalidade¹, atentando especialmente no direito à privacidade, na sociedade da informação (sociedade digital, sociedade em rede ou sociedade cibernética), a qual foi delineada inicialmente no segundo pós-guerra por Norbert Wiener, contratado pelo governo norte-americano para solucionar problemas

matemáticos referentes a determinada arma apontada para um alvo móvel. Foi ele quem visualizou que a informação – como uma quantidade – era tão importante quanto a energia ou a matéria. Assim, a partir do surgimento da cibernética, ocorre uma revolução epistemológica, cujo alcance só agora se começa a perceber em sua plenitude (LAFONTAINE, 2004, p. 15).

A escolha da expressão “sociedade da informação” foi realizada com intuito didático para acompanhar a doutrina de base utilizada na pesquisa; como exemplo, cita-se Danilo Doneda (2006) e Ingo Wolfgang Sarlet (et al., 2016). Ressalte-se que essa expressão surgiu na Europa, numa conferência internacional em 1980, na qual a Comunidade Econômica Europeia reuniu estudiosos para avaliar o futuro de uma nova sociedade, tendo em vista a regulamentação da liberdade de circulação de serviços, buscando medidas para a implementação de maior acesso pelos Estados membros. Na ocasião, foi utilizada pela primeira vez a expressão TIC – Tecnologias da Informação e da Comunicação (MARTINS, 2014, p. 6).

Saliente-se que Antonio Enrique Pérez Luño utiliza o termo “sociedade tecnológica” ou “sociedade informacional” (PÉREZ LUÑO, 2012), ao passo que Jan Van Dijk e Manuel Castells preferem o termo “sociedade em rede”. Van Dijk sustenta que a sociedade em rede evidenciará um tipo moderno de sociedade, com infraestruturas de redes sociais e de mídia que caracterizam seu modo de organização em diversos níveis, começando inicialmente pelos indivíduos, depois os grupos, organizações e, por fim, a própria sociedade. Destaque-se a diferença entre as sociedades ocidentais (nas quais a conexão por redes se tem tornado básica para a sociedade em geral) e as sociedades orientais – onde as conexões ainda se manteriam dentro dos grupos fami-

¹ Existem diferentes terminologias a respeito do tema. Francesco Ferrara, mesmo utilizando em sua obra a expressão predominante “direitos da personalidade” criada por Gierke, menciona outras variações, como “direitos sobre a pessoa humana”, “direitos individuais”, “direitos pessoais”, “direitos de estado” etc. (FERRARA, 1921, p. 389-391). Utilizam-se aqui os termos “direitos pessoais” ou “da personalidade” como sinônimos.

liares (VAN DIJK, c2012). O sociólogo espanhol, por sua vez, afirma que a informação sempre existiu; a novidade teria sido a necessidade de substituir o ponto de vista estático das relações de outrora por um novo paradigma dinâmico, de complexos informacionais, que seriam organizados em redes, as quais modificariam substancialmente os processos de produção, experiência, poder e cultura (CASTELLS, 2005, p. 565).

Conforme Antonio Enrique Pérez Luño, é notório que um arsenal de valores, princípios e direitos das sociedades avançadas está sendo constantemente submetido a muitas transformações em consequência do impacto das novas tecnologias (NT) e das tecnologias de informação e comunicação (TIC) (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 9). Além disso, originalmente os direitos humanos e/ou fundamentais² formaram-se paulatinamente no seio de sociedades, ao passo que hoje tudo acontece muito mais rápido e as informações são transmitidas quase instantaneamente.

Com isso, percebe-se que os desafios da sociedade da informação atingem tanto a esfera privada quanto a pública. Nesse contexto, Sarlet (et al., 2016) argumenta que a transparência e a publicidade implicam os direitos subjetivos do cidadão, que têm por escopo o acesso tempestivo e de modo facilitado às in-

formações coletadas pelo poder público em todos os setores de atividade (SARLET et al., 2016, p. 7). Daí que já se pode entrar na delimitação do texto, porque ela trata dos “novos”³ direitos de personalidade surgidos na sociedade da informação, quando estes se projetam até as relações privadas.

Percebe-se que, também no século XX, ocorre um redimensionamento na cultura jurídica quanto aos direitos de personalidade, pois antes desse período havia um caráter quase meramente instrumental. Como afirma Danilo Doneda, o processo de convergência do ordenamento em torno da pessoa, apesar de ter raízes antigas, foi particularmente acelerado e moldado pelas condições específicas do século passado (2006, p. 64).

Com efeito, após a Segunda Guerra Mundial, a proteção da personalidade humana foi realizada de forma insuficiente; e, depois de várias ditaduras, houve necessidade de se dar atenção especial à dignidade humana e à personalidade. Nesse sentido, desenvolveu-se a ideia de Estado⁴ Social, no qual o ordenamento jurídico assume a função de valorizar a pessoa humana por meio de uma Constituição que deixa de ser instrumento fundamentalmente político para tornar-se o ponto de convergência de todo ordenamento.

A alteração na valoração social e cultural dos direitos de personalidade leva a muitas modificações nas relações jurídicas, que passam a evidenciar um pluralismo de situações subjetivas dificilmente enquadráveis nos veto-

² Não é objeto do presente artigo aprofundar a discussão sobre o uso dos termos “direitos do homem”, “direitos humanos”, “direitos fundamentais” e “direito humanitário”. Entretanto, destaca-se que a doutrina majoritária utiliza o termo “direitos do homem” para referir-se àqueles direitos inatos, que existiram durante toda a história; por sua vez, o termo “direitos humanos” é aquele inserido em tratados, convenções e acordos internacionais ou, em outras palavras, os direitos do homem positivados na esfera externa. Quanto ao termo “direitos fundamentais”, optou-se pelo uso interno, nas Constituições de cada Estado; e, por último, o termo “direito humanitário” é relativo ao direito de guerra, quando se vivem situações excepcionais, para as quais se aplicam as Convenções de Genebra. Para aprofundar o tema, consulte-se Ingo Wolfgang Sarlet (2010).

³ Atente-se para a ressalva de Pérez Luño: quando se fala em “novos direitos”, devem-se traçar determinados limites precisos para distinguir o “novo” do “velho – tarefa bastante problemática. Além disso, essa terminologia é também confusa, porque a concepção geracional dos direitos não implica uma substituição global e completa de “velhos” por “novos” direitos (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 9).

⁴ Para aprofundar a discussão em torno das transformações do Estado, veja-se a obra de José Luis Bolzan de Moraes (2002).

res da certeza e infalibilidade dos códigos civis típicos do século anterior. A gênese da crise enfrentada no Direito foi denominada por Günther Anders como a “confusão do século” (ANDERS apud DONEDA, 2006, p. 65). Ou seja, não era mais compatível com o sistema a utilização pelo Direito de um sistema de cunho oitocentista numa sociedade cuja organização se baseava em outras premissas.

A proteção da pessoa humana, no ordenamento, está muito longe de ser um dado fixo. É possível encontrar doutrinadores que afirmam ter sua origem no direito grego ou no romano. No entanto, é preciso lembrar que a pessoa não era protegida numa perspectiva integrada, nem havia uma categoria que pudesse ser relacionada à atual noção de personalidade. A ideia de tutela era feita num quadro por demais diverso, o que pode implicar grandes distorções se tomado como modelo. Por isso, Gustavo Tepedino recorda que “o direito romano não tratou dos direitos da personalidade aos moldes hoje conhecidos” (TEPEDINO, 1999, p. 24). Assim, deve-se ter enorme cuidado ao relacioná-lo com os institutos jurídicos atuais.

Também, não há como deixar de mencionar que o cristianismo teve como base a dignidade humana ao reconhecer os valores do amor ao próximo e do perdão. Nas palavras de Giorgio Del Vecchio, a dignidade ético-jurídica não está propriamente nela, mas além dela (DEL VECCHIO, 1963, p. 5-6).

Cabe destacar que a ideia da dignidade da pessoa humana foi aperfeiçoada pela obra de Immanuel Kant, para quem a dignidade é atributo do homem dotado de um intelecto prático e moral. De certa forma, a teoria kantiana afeta a filosofia e o direito, sendo possível observarem-se as primeiras manifestações na doutrina alemã no século XIX. Porém, a proteção da pessoa, principalmente no campo privado, foi assimilada com dificuldade (DONEDA, 2006, p. 72-73). Na esteira do Código napoleônico, os demais ordenamentos igualmente foram muito tímidos nesse aspecto.

Mesmo com o aperfeiçoamento de algumas dimensões da personalidade por meio do direito privado entre o século XIX e início do XX, o marco mais característico na continuidade desse processo foi a Constituição de Weimar, de 1919. Ela repercute ainda hoje em diversos países, porque aprimorou a relação entre o direito público e o direito privado, englobando em âmbito constitucional institutos-chave do direito civil, como a família, a propriedade e o contrato (DONEDA, 2006, p. 74). Assim, essa Constituição alemã assume especial posição no panorama jurídico europeu, no qual até aquele momento se destacava o modelo francês. Depois disso, a relação entre direito civil e Constituição passou a ser reavaliada. Ocorreu a conscientização da unidade do or-

denamento jurídico e a reestruturação em torno de sua pedra angular que despontou como valor fundamental, baseado agora na dignidade humana.

O instituto da personalidade⁵, estudado no direito civil, foi o que apresentou a mais forte vocação para tornar-se o centro de irradiação no direito privado dessa nova dogmática, voltada à proteção da pessoa. Nesse sentido, Pontes de Miranda afirma que, com relação à teoria dos direitos da personalidade, é possível começar a pensar para o mundo uma nova manhã do direito (MIRANDA, 1983, p. 5-6). Assim, ocorreu que os direitos em torno da personalidade, bem como seus vários aspectos – como o nome, a honra, a imagem e outros –, acabaram sendo compreendidos pelo direito civil como direitos subjetivos da pessoa, que mereceriam indenização se violados.

Vale observar que, na sua estrutura clássica, o direito subjetivo pressupõe a existência de um objeto externo ao sujeito. Isso, por exemplo, pode ser verificado no direito de propriedade, no qual os bens são separados da pessoa de seu proprietário. Como toda relação jurídica privada deveria portar as vestes do direito subjetivo, o resultado era a redução de todas as categorias privatísticas à categoria do “ter”, e a principal consequência foi a disseminação dos instrumentos de tutela de natureza proprietária. Entretanto, ao emergir a tutela dos direitos da personalidade, ocorreu a constatação de duas categorias – o “ter” e o “ser” – como um conjunto de interesses humanos. Com essas ponderações, é possível constatar que o debate doutrinário se utilizou da categoria do direito subjetivo na tutela da personalidade como uma reação plausível em determinada época; porém, continuar a usá-la hoje seria fechar os olhos a uma série de mudanças estruturais do ordenamento. (DONEDA, 1996, p. 85-88).

É importante mencionar ainda as teorias monistas e as tipificadoras relacionadas aos direitos da personalidade. Primeiramente, chegou-se a discorrer sobre a categoria dos direitos de personalidade na forma de alguns direitos tipificados, como o direito ao nome ou o direito à imagem. Posteriormente, surgiu a teoria de um direito da personalidade de uno, com uma pluralidade de manifestações. A principal influência dessa teoria nasceu da jurisprudência alemã, que construiu a figura do direito geral de personalidade, cujo objeto central seria a personalidade humana em todas as suas manifestações, protegendo-se a sua livre realização e desenvolvimento (TEPEDINO, 1999, p. 22-54).

⁵A delimitação em torno dos direitos da personalidade envolve muitos problemas conceituais e terminológicos, de modo que uma exaustiva discussão foge aos propósitos desta pesquisa. Recomenda-se, para aprofundar a temática, a obra de Gustavo Tepedino (1999).

Uma observação a ser feita, antes de resolver a tensão entre o direito geral da personalidade e as teorias tipificadoras, é a de que a unidade do ordenamento jurídico pressupõe, como consequência necessária, a unidade de suas finalidades. Com isso, observa-se a oposição às teorias tipificadoras. Conforme Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Ruzyk, a unidade da personalidade é uma questão de primeiro plano para a definição da pessoa com o ordenamento (FACHIN; RUZYK, 2006, p. 95).

O inverso da unidade, apresentado pelas teorias tipificadoras, pode ser percebido na divisão do sujeito em suas várias faces: consumidor, locatário, cônjuge etc. Essa segmentação presta-se à verificação do funcionamento do sistema jurídico (tomado como autopoiético) e contribui para um afastamento em relação ao sujeito concreto e suas reais necessidades fundamentais (FACHIN; RUZYK, 2006, p. 95-97). Entretanto, a efetividade dos direitos fundamentais implica a inserção de racionalidades não sistêmicas no interior do direito (FACHIN; RUZYK, 2006, p. 97).

Como possível caminho para a solução desse problema, Antonio Enrique Pérez Luño e Vittorio Frosini propõem a heteropoiética do direito. Essa concepção é oposta à da autopoiése, negando ser o direito um sistema fechado, autônomo e autorreferente. Opta-se pela importação de modelos externos sem prejuízo da coerência do próprio sistema jurídico aproximando-o da realidade social (PÉREZ LUÑO, 1992, p. 100-114).

O neoconstitucionalismo⁶, iniciado após a Segunda Guerra, apresenta-se como conse-

⁶ As palavras “neoconstitucionalismo” ou “neoconstitucionalismos” contêm significados bastante elásticos. De forma geral, pode-se utilizar o conceito de Miguel Carbonell, que identifica nelas três características principais – identificadas em conjunto – para a utilização do prefixo “neo”: momento histórico pós-Segunda Guerra Mundial; valorização maior aos princípios e valores do

quência necessária da observação de que os direitos fundamentais não existem somente por estarem positivados na Constituição, pois desse modo a Carta Maior estaria funcionando pela lógica oitocentista. Na Carta Maior, está a representação da própria sociedade, dos seus princípios, valores e direitos fundamentais. Daí a constatação de seu fundamento e justificativa. Com isso, observa-se que não cabe a discussão entre teses monistas e pluralistas, no momento em que se reconhece o valor máximo da pessoa humana.

Desse modo, as situações apresentadas no Código Civil brasileiro de 2002, sob a denominação de direitos da personalidade, não devem ser lidas de forma a excluir outras possibilidades não previstas. Na verdade, a leitura do Código deve ser realizada à luz da cláusula geral de proteção da personalidade presente na Constituição (DONEDA, 2006, p. 96). Tal cenário permite a conclusão de Gustavo Tepedino sobre a existência, no ordenamento brasileiro, de uma cláusula geral da tutela e promoção da pessoa humana (1999, p. 48-49).

Ainda releva enfatizar que, no plano constitucional, não é comum a utilização da designação “direitos da personalidade”. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, isso não impede que se possa tratar dos direitos pessoais positivados explícita e implicitamente na Constituição de 1988. Tanto a doutrina como a jurisprudência têm recorrido ao princípio da dignidade da pessoa humana como principal fundamento

que as regras jurídicas; e novos desenvolvimentos teóricos (CARBONELL, 2005, c2007). Saliente-se que esta autora trabalha com esse tema em sua tese doutoral, intitulada “O tempo das reconfigurações do constitucionalismo. Os desafios para uma cultura cosmopolita”. Nela é apresentada a trajetória histórica do constitucionalismo e do cosmopolitismo, desde a antiguidade até os dias atuais, com o objetivo de lançar inquietações sobre os aspectos semelhantes e divergentes desses dois movimentos que marcaram a humanidade, bem como analisar o papel do Estado que (ainda) permanece como importante ator na esfera interna e internacional (NASCIMENTO, 2011).

de um direito (implícito) geral da personalidade no ordenamento jurídico atual (SARLET et al., 2013, p. 393-398).

No caso da Alemanha, o texto da Lei Fundamental, de 1949, refere-se a um direito ao livre desenvolvimento da personalidade, com base no qual foi desenvolvido pela doutrina e jurisprudência um direito geral de personalidade. Na Constituição da Espanha, por sua vez, é assegurado o direito ao livre desenvolvimento da personalidade; e, na Constituição de Portugal, é mencionado o direito ao desenvolvimento da personalidade, com o intuito de assegurar proteção isenta de lacunas (SARLET et al., 2013, p. 397-398). Em síntese, é possível afirmar que em diversos ordenamentos existe a busca por um direito geral de personalidade.

É importante que se faça uma abordagem dos direitos da personalidade à luz das Constituições, bem como de uma funcionalidade objetivamente relevante. Essa funcionalidade pode ser percebida numa perspectiva de transversalidade; ou seja, não apenas pelas Constituições internas, mas por normas específicas, como normas atinentes a pesquisas genéticas, proteção de dados, direitos autorais etc. Com efeito, essa premissa lança um paradoxo sobre a unidade do ordenamento e da relevância da pessoa humana apresentada em vários ordenamentos nacionais e internacionais (tratados, convenções acordos, utilização de mecanismos da *soft law* etc.). Deve-se atentar para o fato de que esses diferentes instrumentos de legitimação – mesmo trazendo o perigo de fragmentação do direito – buscam a unificação da tutela da pessoa humana, como valor maior a ser garantido.

A Constituição da República Federativa do Brasil (CF) (BRASIL, 1988), no seu art. 5º, inc. X, tutela a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e imagem como direitos fundamentais. Vale ressaltar que os direitos da personalidade, sendo considerados direitos subjetivos privados, inatos e vitalícios, têm como objeto manifestações interiores da pessoa e que, por isso, não podem ser disponibilizados de forma absoluta e relativa.

Nesse sentido, existe a possibilidade de multiplicação desses direitos, a ponto de alguns juristas catalogarem quais seriam os chamados direitos da personalidade⁷ e outros denunciarem a permanência da profusão desses direitos, o que acarretaria a dificuldade de se estabelecer um rol exaustivo deles.

⁷ Como exemplo, cita-se Rubens Limongi França, que dividiu os direitos da personalidade em três categorias: direito à integridade física (direito à vida, direito ao corpo vivo, direito ao corpo morto), direito à integridade intelectual (liberdade de pensamento, direito moral de autor e outros) e direito à integridade moral (liberdade civil, política e religiosa, bem como à honra, ao recato, à privacidade, à imagem, ao segredo, ao nome e ao pseudônimo) (FRANÇA, 1992, p. 50-51).

Assim, com o objetivo de limitar esta pesquisa, optou-se por verificar qual dos direitos da personalidade teria sido atingido diretamente pelas NT ou pelas TIC, com a relevância do papel exercido pela internet. Daí que aparece com especial destaque o direito fundamental à privacidade, e dele podem ter-se desmembrado os chamados “novos”⁸ direitos de personalidade na era da sociedade da informação.

É necessário deixar claro que a internet constitui apenas mais um espaço, no qual os direitos fundamentais terão de exercer o papel que historicamente sempre desempenharam. Entretanto, esse novo espaço pode ter feito emergirem novas necessidades criadas pela globalização, a partir da qual tudo acontece muito mais rápido e se conecta de forma nunca antes percebida.

2. O direito fundamental à privacidade: limites e possibilidades de “novos” direitos da personalidade

Quando se trata da privacidade, é importante inicialmente ponderar o que está sendo abordado, pois existem inúmeros outros termos sendo utilizados. Além da “privacidade” propriamente dita, podem ser lembrados os termos “vida privada”, “intimidade”, “segredo”, “sigilo” etc. O fato é que nem mesmo a doutrina estrangeira apresenta uma solução para esse problema.

Como exemplo, pode ser analisada a doutrina norte-americana, que conta com um vocábulo consolidado pela doutrina e pela jurisprudência: “privacy” (ou “right to privacy”). Todavia, esse direito pode estar relacionado com um vasto campo de situações, muitas das quais o ju-

⁸ Além dessa discussão sobre “velhos” e “novos” direitos, vale pontuar que a constatação de que são históricos os direitos do homem (fundamentais e/ou humanos) levou grande parte da doutrina a adotar a teoria das chamadas “gerações” de direitos, desenvolvida por Norberto Bobbio, posteriormente reconhecida pelo direito internacional. Inicialmente, haveria os direitos de primeira geração (ou dimensão), oriundos do pensamento liberal-burguês do século XVIII, caracterizados pela predominância do individualismo; os direitos de segunda geração teriam surgido no século XIX, quando se constatou que o reconhecimento apenas formal da liberdade e igualdade não era suficiente. Diferentemente dos anteriores, os direitos sociais visavam à busca de maior participação do Estado na tutela do bem-estar social. Quanto aos direitos de terceira dimensão, afirma-se que seriam os direitos de solidariedade e fraternidade. Percebe-se aqui a desvinculação da perspectiva individualista, caracterizando-se pela titularidade difusa ou coletiva (SARLET, 2010; WOLKMER, 2012). Por outro lado, a discordância entre autores, ocorre em relação ao reconhecimento da quarta e da quinta gerações. Há uma tendência de acolhimento da ideia de uma quarta geração resultante da globalização dos direitos fundamentais, composta pelo direito à democracia direta, à informação e ao pluralismo (BONAVIDES, 2003). De modo diferente, Antonio Carlos Wolkmer afirma que os “novos” direitos relativos à biotecnologia, à bioética e à engenharia genética estão vinculados à quarta dimensão – aproximando-se do raciocínio de Norberto Bobbio (1992) –, e a quinta dimensão relaciona-se integralmente ao tema dos “novos” direitos na sociedade da informação, do ciberespaço e das relações jurídicas estabelecidas na internet (WOLKMER, 2012).

rista brasileiro seria temeroso em vincular com a privacidade. O problema vai além da contraposição entre os modelos da “civil law” e da “common law”, pois as concepções de “right to privacy” modificam-se consideravelmente nos Estados Unidos e no Reino Unido. No mesmo sentido, os países de tradição da “civil law” seguiram caminhos particulares até uma recente tendência à unificação de seu conteúdo por meio, por exemplo, da Diretiva 46/CE da União Europeia (DONEDA, 2006, p. 101-103).

Assim, resultaram consideráveis divergências de concepção sobre o que seria privacidade. Para evidenciar o problema, lembrem-se os termos inseridos no conceito de direito à privacidade: garantir a ilicitude da publicação de imagens sem consentimento, o direito de abortar ou a inviolabilidade de domicílio. É possível observar que tais exemplos insinuam certa manipulação pelo próprio ordenamento. Porém, Danilo Doneda afirma que essa indefinição deve ser tomada mais como característica intrínseca da matéria do que como defeito ou obstáculo (DONEDA, 2006, p. 103-106).

A palavra “privacidade” em si mesma tem origem latina no verbo “privare”, significando o que seria íntimo e pessoal ou de um grupo definido de pessoas, muito embora seu uso tenha sido intenso na língua inglesa, a ponto de se constatar o seu emprego na literatura desde o século XVI (DICIONÁRIO AURÉLIO ONLINE, 2016).

Como já mencionado, nos Estados Unidos, a despeito de inexistir previsão expressa na Constituição de 1787 e nas subsequentes emendas, o juiz da Suprema Corte, Louis Brandeis, afirmou que o direito à privacidade seria o mais abrangente e valioso de todos os direitos para o homem civilizado (SARLET et al., 2013, p. 404). No caso brasileiro, foi apenas na CF que a proteção da vida privada e da intimidade – além da honra e imagem – foi objeto de reconhecimento expresso.

No ordenamento brasileiro, como também em diversos outros, percebe-se a relação com a doutrina de Heinrich Hubmann, que utiliza um esquema de esferas concêntricas para representar os diferentes graus de manifestação da privacidade. Num primeiro momento, visualiza-se a esfera da intimidade (ou do segredo), depois a esfera privada e, em torno delas, a esfera social, que abrangeria a vida pública, incluindo os direitos à imagem e à palavra, mais abrangente do que a intimidade e a privacidade. Essa doutrina atualmente chega a ser jocosamente chamada de teoria da “pessoa como uma cebola passiva” (HUBMANN apud DONEDA, 2006, p. 108).

Segundo Antonio Enrique Pérez Luño, “as noções de intimidade e vida privada trazem consigo uma carga emotiva que as torna equívocas, ambíguas e dificulta a precisão de seu significado” (PÉREZ LUÑO,

1986, p. 327). Aqui, cita-se novamente Danilo Doneda, que afirma ser relevante afinar a pergunta, porque alguns doutrinadores⁹ reconhecem a diversidade dos dois termos e propõem diferenciar certas particularidades.

Dirley da Cunha Junior afirma que a CF distingue o direito à intimidade de outras manifestações típicas da privacidade e que ela disciplinou o direito à intimidade, separando-o dos demais direitos da personalidade e atribuindo-lhe natureza de direito subjetivo autônomo (CUNHA JUNIOR, 2008, p. 205).

Em que pese essa vertente defender a distinção entre os dois institutos, tal posição é difícil de ser sustentada, principalmente em virtude da fluidez entre as diversas situações da vida cotidiana. Com efeito, aqui se adota a noção abrangente, incluindo a intimidade no âmbito de proteção mais ampla do direito à privacidade (SARLET et al., 2013, p. 118).

Sustenta-se ainda a necessidade de se questionar: se fossem utilizados dois termos diversos, seria possível visualizar duas hipóteses distintas que deveriam ser diferentemente valoradas? A resposta seria “não”, pelos seguintes motivos:

- (i) A ausência de uma clara determinação terminológica na doutrina e jurisprudência, além do fato de ser a primeira vez que o tema ganha assento constitucional, podem ter sugerido ao legislador optar pelo excesso, até pelo temor de reduzir a aplicabilidade da norma; (ii) a discussão dogmática sobre os limites entre ambos os conceitos, visto o algo grau de subjetividade que encerra, desviaria do foco do problema principal, que é a aplicação do direito fundamental da pessoa humana em questão, em sua emanção constitucional (DONEDA, 2006, p. 110)

⁹A título de exemplo citam-se: Gilmar Ferreira Mendes (2008, p. 377), Dirley da Cunha Junior (2008, p. 661) e José Adércio Leite Sampaio (1997, p. 269, p. 269-274).

Assim, segue-se a doutrina majoritária devido à necessidade de construir um sistema capaz de abarcar por completo a “privacidade” e, por isso, utiliza-se esse vocábulo. O termo é específico para distinguir-se de “imagem”, “honra” ou “identidade pessoal”, e suficientemente claro para especificar seu conteúdo, além de unificar os valores expressos pelos termos “intimidade” e “vida privada”.

Nesse sentido, é importante a posição de José Afonso da Silva que, ao comentar o inc. X do art. 5º da CF, utiliza o termo “direito à privacidade”, afirmando que seria mais genérico e amplo, de modo a abarcar todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade que o texto constitucional consagrou (SILVA, 2001, p. 209).

Depois de se apresentarem algumas ponderações sobre a discussão terminológica, ainda vale ressaltar que o interesse no tema ultrapassa o cunho puramente semântico, pois é necessária atualmente a busca de um conceito relacional, que determine o nível de vinculação da própria personalidade individual com as outras pessoas e com o mundo exterior, sem a pressão de mecanismo de controle. Assim, brevemente, passa-se a expor o desenvolvimento histórico da privacidade.

Na “pré-história” da sua proteção, a privacidade era entendida por outros instrumentos, diferentes arquiteturas das estruturas sociais e políticas, não necessariamente reguladas pelo direito. É possível observar a busca do isolamento por meio das ciências naturais – por exemplo, quando diferentes tipos de animais também procuram espaço próprio. Ou mesmo na antropologia evidencia-se que o diferente nível de formação aborígine justifica-se pela esfera de delimitação da privacidade, tanto de alguns, como de todos os membros. Percebe-se que a natureza foi o primeiro grande desafio do homem, que, em

busca de maior segurança, se associou a outros homens (DONEDA, 2006, p. 119-121).

Na filosofia antiga, podem-se buscar várias citações que remetem à privacidade, relacionando-a com solidão, retiro ou interiorização; porém, para o homem grego, a vida coletiva tinha um valor expressivo e representativo da “pólis”. Para os romanos, por sua vez, essa “privacidade” era, antes de tudo, um refúgio dos negócios da “res publica”. De qualquer forma, sublinha-se que, nesse período antigo, qualquer consideração sobre a privacidade deve partir do pressuposto de que não seja possível identificar algo equivalente aos atuais direitos individuais, pois a liberdade era exercida basicamente na esfera pública (DONEDA, 2006, p. 121-123).

Tampouco durante a Idade Média é possível verificar um sistemático anseio das pessoas pela privacidade ou isolamento. Apenas no início do século XVI começa uma mudança de costumes no que concerne à vida cotidiana, até mesmo devido à nova disposição arquitetônica das cidades. Para Hannah Arendt, ocorreu um enriquecimento da esfera privada como consequência do individualismo ou em razão de a moderna privacidade estruturar-se em oposição à esfera social e não política, como ocorreu na antiguidade (ARENDR, 2003). A privacidade passa a ser prerrogativa de uma emergente classe burguesa. O sentido dessa delimitação alcança seu cume na famosa expressão francesa “la vie privée doit être murée”¹⁰ (DUBY apud DONEDA, 2006, p. 116).

Diante disso, percebe-se que no século XIX a propriedade era concebida como essencial ao desenvolvimento da própria pessoa e à realização do indivíduo; como consequência, o direito à propriedade era condição inafastável para se chegar à privacidade. No entanto, junto com a revolução industrial, passaram a ser massificados os meios materiais que, num primeiro momento, estavam à disposição apenas da burguesia. Tal fato, somado ao surgimento dos meios de comunicação de massa, modificaram a expectativa do sentido da privacidade. Por isso, não é de espantar ter sido exatamente esse tipo de inconformismo que levou o advogado Samuel Warren, com seu colega Louis Brandeis, a escrever em 1890 o famoso artigo “The right to privacy”¹¹.

A moderna discussão doutrinária sobre direito à privacidade costuma citar o artigo de Samuel Warren e Louis Brandeis como referência história sobre o tema. Porém, esse assunto já se estava presente na

¹⁰“A vida privada deve ser murada” (fechada com muros, para os outros, de fora).

¹¹Um dos motivos que justificaram o artigo foi o casamento da filha de Samuel Warren; devido à suntuosa comemoração, foi objeto de intensa divulgação da imprensa local. Ao mesmo tempo, a mídia expôs toda sua família, como esposa, sogro, filha e a ele próprio. O texto mencionado está à disposição na internet (WARREN; BRANDEIS, 1890).

jurisprudência da “common law”¹². Vale salientar que, mesmo que na Inglaterra existisse menção ao tema, o artigo “The right to privacy” impõe-lhe uma força inédita, fazendo estender sua influência por determinadas características:

(i) partia-se de um novo fato social, que eram as mudanças trazidas para a sociedade pelas tecnologias de informação (jornais, fotografias) e a comunicação de massa, fenômeno que se renova e continua moldando a sociedade futura; (ii) o novo “direito à privacidade” era de natureza pessoal, e não se aproveitava da estrutura da tutela da propriedade para proteger aspectos da privacidade; (iii) no que interessa somente aos EUA, o artigo abriu caminho para o reconhecimento (que, porém, ainda tardaria décadas) do direito à privacidade como um direito constitucionalmente garantido (DONEDA, 2006, p. 139).

Assim, delimitar o sentido do direito fundamental à privacidade não é problema puramente dogmático, mas relaciona-se à concretização de valores da humanidade em cada sociedade e cultura. Atualmente, a preocupação das pessoas não está apenas relacionada à vida pessoal e a grupos de amigos; vai além: atinge temas que vinculam transversalmente diferentes Estados em momentos instantâneos. Como exemplo, cita-se a ação de grupos terroristas, as diferentes epidemias que se alastram e a proteção de dados; eles adquirem novos contornos na sociedade global.

Nessas circunstâncias, os efeitos da violação da privacidade ganham outras dimensões que acabam por aumentar a necessidade de se criar um fio condutor em torno do qual se possa estruturar essa proteção. É fundamental sublinhar o entendimento de Stefano Rodotà de que o problema da privacidade não é o mesmo de outros momentos históricos, devendo ser considerado no atual quadro da organização de poderes, cuja infraestrutura informativa representa hoje justamente um dos seus principais componentes (RODOTÁ, 2008, p. 19).

Hoje a informação pode ser guardada ou disponibilizada, individualmente, por grupos de pessoas ou bancos de dados; logo, ela se refere não apenas ao direito de manter seu caráter confidencial de fatos pessoais abarcando igualmente o direito de o indivíduo saber que informações sobre si próprio são armazenadas e utilizadas por outras pessoas,

¹² Cita-se a discussão sobre a publicação não autorizada da correspondência entre os escritores Alexander Pope e Jonathan Swift, como o caso mais antigo no qual se discute o tema da “privacy”. Para aprofundar o caso em que a decisão discute o direito de propriedade do autor da missiva sobre as palavras que escreve, relacionando privacidade diretamente como atributo da personalidade, consulte-se a obra “Privacy e costituzione. L’esperienza estatunitense” (BALDASSARRE, 1974).

bem como o direito de manter essas informações atualizadas e verdadeiras¹³. Aqui se percebe claramente uma mudança de perspectiva, adequando-se a tutela da pessoa às novas tecnologias de informação. Dessa forma, é possível afirmar que o direito fundamental à privacidade ganha novos contornos, que podem bifurcar-se em outras denominações na era da sociedade da informação.

3. O direito fundamental à privacidade na internet: do direito ao esquecimento para o direito à “extimidade”

Como já mencionado, a sociedade marcada pelo desenvolvimento das novas tecnologias é relativamente recente. Por exemplo, o termo “sociedade em rede” teria sido originalmente usado pelo professor norueguês Braten, em 1981, na obra “Roots and collapse of empathy: human nature at its best at its worst”, como uma relação conceitual estabelecida para definir modelos de sociedade aplicados à sociologia e à psicologia social (MOLINARO; SARLET, 2014).

Essa expressão foi utilizada inicialmente tanto por Jan Van Dijk quanto por Manuel Castells. Em 1996, o doutrinador espanhol propôs outros sentidos para o conceito; e um ponto marcante seria a predominância de um espaço e tempo dotados de fluxos informacionais que se sobrepõem aos espaços físicos que constituíram as sociedades pré-modernas, tor-

nando-se a manifestação espacial dominante das sociedades atuais (CASTELLS, 2005).

Também em 1996, o juiz Frank Easterbrook questionou a utilidade de um direito direcionado ao estudo do ciberespaço, afirmando que a disciplina seria tão útil quanto um “direito do cavalo”. O jurista argumentava, no texto intitulado “Cyberspace and the Law of the horse”, que em vez de tratarem o “ciberdireito” como uma disciplina, os operadores jurídicos seriam mais bem servidos se dominassem princípios jurídicos fundamentais e posteriormente os aplicassem a fatos novos que pudessem surgir (EASTERBROOK, 1996).

Assim, a expressão “direito do cavalo” foi um termo constantemente usado em meados da década de 1990, relativamente ao estágio embrionário em que se encontrava a internet. Essa exposição é destacada por Stéfano Rodotá, quando o meio jurídico considerou seu curso de “Tecnologias e direito” como aulas extravagantes. De acordo com o autor:

Pareciam ser questões marginais, pareciam ser questões que com o direito tinham pouco a ver, enquanto hoje sabemos muito bem que os temas ligados à bioética e à informática são não apenas temas capitais para a pesquisa jurídica, mas temas que transformam profundamente também o modo como o jurista olha a realidade e obrigaram-no a rever categorias como o corpo e a pessoa. São categorias que estavam fora da atenção do jurista (RODOTÁ, 2008, p. 4-5).

Posteriormente, a tese de Frank Esterbrook foi contestada por diversos pesquisadores na área. Destaca-se a recente tese de doutorado em direito defendida em 2015 no Brasil por Vinícius Borges Fortes, o qual cita Lawrence Lessig para responder explicitamente à teoria mencionada, argumentando que as percepções e regras jurídicas necessitam evoluir, assim como o ambiente do ciberespaço precisa ser

¹³Essas novas dinâmicas ligadas à sociedade da informação levam ao surgimento de uma discussão em torno da expressão “Big Data” que seria o tratamento algoritmo das informações que permite a coleta massificada e generalizada de dados e de metadados oriundos das atuais práticas comunicacionais virtuais cotidianas, coleta essa que nutre a “nova tecnologia informática” (SALDANHA, 2015).

desenvolvido e ampliado. Dessa forma, muito mais importante do que a regulação do espaço real, a tutela do ciberespaço representa uma troca no paradigma de regulação, sendo necessário definir mudanças no estabelecimento e desenvolvimento de princípios que ajudem a guiar os novos caminhos do direito, tanto no âmbito real como no virtual (apud FORTES, 2015, p. 51).

Nesse sentido, saliente-se que este trabalho se filia à categoria de Paul Bernal, que defende não apenas o reconhecimento do direito à privacidade na internet, mas como a definição de um “conjunto de privacidade na internet” (BERNAL, 2014). Aqui se pode incluir o que alguns autores denominam de “direito ao esquecimento” e “direito à ‘extimidade’”¹⁴, como se demonstrará a seguir.

Com a leitura de Paul Bernal, é possível observar que existe a necessidade do reconhecimento de direitos-base para a efetiva proteção jurídica da privacidade e dos dados pessoais na internet, bem como a incorporação de fundamentos para efetivação e consolidação do conceito de direitos de privacidade na internet (BERNAL, 2014). Assim, passa-se a especificar quais seriam os direitos-base identificados pela doutrina, para que se extraia deles o que alguns autores chamam de direito ao esquecimento e direito à “extimidade”.

São considerados quatro direitos-base que constituem os direitos de privacidade na internet ou, como são denominados originalmente, “Internet Privacy Rights”: o direito de navegar com privacidade na internet; o de monitorar quem monitora; o de apagar dados pessoais; e o de proteger a identidade *on-line* (BERNAL, 2014).

¹⁴ Frise-se que, no ordenamento brasileiro, não há consenso sobre a possibilidade de denominação desses “novos” direitos fundamentais, que ainda se apresentam como propostas interpretativas sobre o direito à privacidade e o princípio da dignidade da pessoa humana, sem a existência de uma norma prévia que os regule.

O primeiro direito vincula-se à possibilidade de navegação por diversas páginas da internet em busca de informação, compra de produtos etc., com a expectativa razoável de fazê-lo com privacidade, não como um padrão absoluto, mas como uma regra geral¹⁵. O segundo – complementar ao anterior – refere-se ao direito de saber quem monitora, o que monitora e para que fins o faz, pois, assim como há momentos em que o usuário deseja navegar com privacidade, há outros em que não há problema de monitoramento (BERNAL, 2014). O terceiro direito, ligado à possibilidade de apagar dados pessoais, merece consideração especial, pois relaciona-se com as bifurcações mencionadas, como o direito ao esquecimento e o direito à “extimidade”.

Já se mencionou que a expressão norte-americana “right to be let alone”, trazida por Samuel Warren e Louis Brandeis para configurar o direito de ser deixado em paz, deu início ao reconhecimento do direito à privacidade – entendido no sentido atual do termo. Entretanto, tal expressão é frequentemente relacionada como sinônimo de um direito ao esquecimento (FORTES, 2015, p. 157). Enfatize-se que, de encontro a esse entendimento, Paul Bernal argumenta que a adequada conceituação para direito ao esquecimento seria “right to be forgotten”, visto que vai além da simples proteção da vida privada, conferindo a possibilidade de um usuário apagar dados e informações pessoais na internet (BERNAL, 2014).

Nesse sentido, Eric Schmidt, em conferência na New York University, afirmou que um dos grandes desafios do futuro da inter-

¹⁵ Vinícius Borges Fortes argumenta que sugerir isso significa evidentemente colocar em xeque todos os modelos de negócio que se utilizam integralmente da internet para interagir com os usuários e que estão fundamentados na *web* simbiótica (2006, p. 155-156).

net é a criação de um “botão delete”, para que as pessoas tenham a oportunidade de apagar publicações relacionadas a atos realizados no passado, para os quais não desejam mais exibir resultados de busca ou de páginas indexadas na web (FORTES, 2016, p. 158).

Com relação à sua origem, pode-se dizer que o termo “direito ao esquecimento” foi utilizado primeiramente pelo Tribunal Constitucional da Alemanha. Um dos julgados que ganhou destaque, originário da jurisprudência alemã, foi o Caso Lebach, uma reclamação decidida naquele Tribunal em 5 de junho de 1973. Em síntese: nesse processo, discutia-se o conflito entre liberdade de imprensa e afronta aos direitos da personalidade, tratando de um pedido liminar formulado por um reclamante que, juntamente com outros dois homens, se envolveram em empreitada criminosa que levou à morte quatro soldados e deixou outro gravemente ferido. O crime ocorreu à noite, quando os soldados protegiam um depósito de munições que foram roubadas (MARTINEZ, 2014, p. 90).

Em agosto de 1970, os dois principais acusados tinham sido condenados à prisão perpétua. Um terceiro partícipe, em razão do auxílio na preparação da ação criminosa, foi condenado a seis anos de reclusão. Momentos antes de ganhar a liberdade por meio de livramento condicional, a ZDF (*Zwites Deutsches Fernsehen*, ou Segundo Canal Alemão), em razão do interesse da opinião pública no caso, produziu um documentário sobre o ocorrido. Apesar da tentativa de impedir a sua exibição, o programa foi ao ar, tendo em vista que seu pleito fora negado por tribunais ordinários (o Tribunal Estadual de Mainz e o Tribunal Superior de Koblenz), que entenderam haver interesse público na divulgação das informações. No entanto, a Reclamação Constitucional foi considerada procedente pelo Tribunal Constitucional, pois

os julgadores entenderam ter havido violação ao direito de desenvolvimento da personalidade (MARTINEZ, 2014, p. 90).

Ressalte-se que, nesse caso, a reprodução dos fatos se daria citando os nomes e mostrando as fotos dos acusados, com pormenores da relação entre eles, incluindo suas relações homossexuais (MARTINS, 2014, p. 6). Assim, considerou-se acertada a decisão daquele Tribunal Constitucional, já que a exposição de questões de foro íntimo dos acusados, cuja pena já havia sido praticamente cumprida, evidentemente não apresentava interesse público relevante.

Na Espanha, com relação à proteção dos direitos da personalidade, uma das decisões que alcançou notabilidade, em decisão de outubro de 1986 no âmbito do Tribunal Constitucional, foi a ação movida por Isabel Pantoja em face da comercialização de um vídeo que reproduzia a agonia de seu marido, o toureiro Paquirri. O Tribunal Constitucional anulou decisão anterior na qual o Tribunal Supremo entendia que a morte do toureiro não constituía sua esfera íntima. O Tribunal Constitucional entendeu que as cenas vividas dentro da enfermaria não faziam parte do espetáculo taurino (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 102).

Na esfera internacional, em 2013, o termo “direito ao esquecimento” foi utilizado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), que entendeu ser exigível dos mecanismos de busca que deixassem de apresentar determinados resultados. Na Europa, assim como em grande parte do mundo ocidental, a proteção de dados tem caráter muito importante, e pode-se afirmar que o “derecho al olvido” já é considerado um direito tradicional.

Vale mencionar que a decisão do TJUE tem relação com o Processo nº C-131/12, do qual são partes a “Google Spain SL” e a “Google Inc.” em face da Agência Espanhola

de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González. Nesse caso, algumas informações relacionadas a Mario Costeja González haviam sido publicadas por um jornal espanhol, em duas de suas edições impressas, no ano de 1998; e posteriormente foram republicadas em sua versão eletrônica, disponibilizada na internet. Desde então, toda vez em que se pesquisava o nome do autor nos mecanismos de busca, aquela informação era acessada. Não obtendo êxito por meio de requerimento junto à “Google Spain”, o cidadão Mario Costeja González apresentou uma reclamação à Agência Espanhola de Protección de Datos (AEPD), requerendo que fosse exigida a eliminação ou a modificação da publicação, para que seus dados pessoais deixassem de ser exibidos (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

Em 13 de maio de 2014, foi realizado o julgamento desse processo, garantindo-se o direito ao esquecimento ao cidadão europeu no caso em concreto. E o Tribunal Europeu reconheceu a responsabilidade das ferramentas de busca pelo processamento de dados pessoais exibidos nos resultados, devendo o direito ao esquecimento prevalecer sobre o direito do público de conhecer e de ter fácil acesso à informação. A informação a ser excluída deve ser interpretada segundo o seu contexto, tendo sido considerada, no caso, ultrapassada e irrelevante, diante do fato de que não seria necessária a sua preservação (MARTINS, 2014, p. 8).

Em âmbito nacional, a jurisprudência igualmente já citou em vários casos a expressão “direito ao esquecimento”, principalmente depois da edição dos Enunciados nºs 531 e 576 do Conselho de Justiça Federal. No primeiro deles, consta que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento” (BRASIL, 2013); no segundo, ficou assentado que “o direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela inibitória” (BRASIL, 2015). Nesse contexto, muitos tribunais já têm utilizado tais Enunciados para tomar suas decisões, seja aplicando o direito ao esquecimento, seja entendendo pela impossibilidade de sua aplicação

Interessante é relacionar o terceiro direito-base de Paul Bernal com o quarto; apagar os dados pessoais e proteger a identidade *on-line* de certa forma estão relacionados, já que apagar ou não informação que remeta à identidade se relacionam com a proteção *on-line*. Quando se trata de proteção *on-line*, cabem as seguintes questões: qual a dimensão pública e/ou privada da internet nos dias de hoje? Deve a internet ser considerada espaço público ou espaço privado? É bem complexo o dimensionamento dessas respostas, pois elas supõem necessariamente o questionamento sobre o que é ciberespaço e o que é internet.

Quem defende que na prática a internet é propriedade pública vai de encontro à possibilidade efetiva de os usuários reivindicarem seus

direitos e vê-los respeitados, valendo isso para normas comerciais, propriedade intelectual, difamações etc. Entretanto, é relevante refletir sobre que partes da internet deveriam ser consideradas públicas ou privadas e, conseqüentemente, de quais espécies de direito poderá gozar alguém que utilize cada uma dessas partes. Assim, a resposta mais adequada a essa pergunta é que todos os espaços da internet deveriam ser públicos, exceto se houver razão conveniente para o contrário. Paul Bernal cita ainda uma mudança de paradigma em prol de uma natureza mista, na qual, num espaço privado, os indivíduos controlariam suas próprias configurações de privacidade, ao passo que num espaço público eles requisitariam a proteção por meio de direitos de privacidade. Com essa mudança, a proteção da privacidade torna-se regra geral, e aqueles que desejarem monitorar pessoas ou coletar, utilizar, armazenar dados pessoais precisarão justificar os motivos para a vigilância (BERNAL, 2014).

Nesse cenário, percebe-se que a ideia do privado migra da perspectiva do “privado” para o “pessoal”, momento em que o direito tutelado são as informações pessoais, e não necessariamente as privadas. Stéfano Rodotá afirma que, se antes a ordenação lógica era “pessoa-informação-sigilo”, agora é “pessoa-informação-circulação-controle-gestão”, significando dizer que uma pessoa não tem apenas o direito de interromper uma informação de sua privacidade que tenha escapado – mas, ao contrário, tem o direito de controlar passiva e ativamente a mesma circulação (RODOTÁ, 2008, p. 93).

Dessa discussão pode ser inferido o que alguns autores têm chamado de “extimidade”. Esse termo é uma construção teórica desenvolvida por Jacques Lacan, que se tornou acessível a outras áreas do conhecimento em virtude dos estudos de Serge Tisseron. Assim,

“extimidade” seria a maneira como algumas questões relativas à intimidade são oferecidas aos olhos dos outros, objetivando sua validação ou invalidação e, com isso, a reapropriação em nova perspectiva daquelas formulações, transformando em maior ou menor medida a primeira pessoa (TISSERON, 2011, p. 84-85).

Saliente-se que “extimidade” não é o oposto de intimidade, como afirma Luiz Flávio Gomes, para quem “extimidade” é lançar ao público algo da privacidade (GOMES, 2002). Segundo a leitura de Serge Tisseron, a “extimidade” trata de um desvio do segredo interno, que, a partir de uma linha tênue, passa do seu local natural e íntimo para outro local externo e que o indivíduo deseja revelar.

A “extimidade” pode ser considerada o ato de lançar ao público algo da privacidade, mas não o seu oposto, como sublinha o penalista brasileiro. Ou, em outra definição: a manifestação ou a exteriorização explícita da liberdade de expressão. Daí que “extimidade” e intimidade não são matérias antagônicas, senão a mesma matéria com destinação distinta. Para Jacques-Alain Miller, a “extimidade” não é o oposto da intimidade: uma complementa a outra (MILLER, 2011, p. 14). Miller afirma que a “extimidade” seria a intimidade exteriorizada.

Esse novo espaço já leva alguns estudiosos a utilizarem a expressão “direito à extimidade”, como é o caso de Iuri Bolesina, que o entende como o direito de gozar ativamente da intimidade, por meio da exposição voluntária de informações da intimidade em face de terceiros. Certamente, a intimidade que se revela na internet deixa de ser íntima; todavia, ela não se torna pública e sim “extima” (BOLESINA, 2015). Tal inovação é utilizada especialmente em âmbito virtual, em que o público e o privado se mesclam.

Por certo, a internet acabou com os binômios “visível/invisível” e “não visível/privado”;

dessa forma, transformou o espaço público-privado no que Dominique Cardon chama de cenário de um “jogo de luz e sombras”, um degrau no qual os extremos são a alta e a baixa visibilidade, mas que apresenta um meio termo de zonas de interação (CARDON, 2012, p. 49). Certamente, essa mistura entre o público e o privado na internet é uma nova forma de interpretação desses espaços, porque, valendo-se dessa nova zona entre a baixa e alta visibilidade, passa a existir um espaço nem público nem privado, mas apenas mais ou menos visível.

As francesas Nicole Aubert e Claudine Haroche lançaram um estudo sobre as questões em torno dessa discussão intitulado “Les tyrannies de la visibilité”¹⁶. Nessa obra, que trata da tirania da visibilidade e da necessidade de tornar-se visível para realmente existir, as escritoras afirmam que a palavra “visibilidade” suscita profunda ambivalência, pois nela se confundem dois polos aparentemente antagônicos: o desejável e o indesejável (AUBERT; HAROCHE, 2011). Nesse mesmo sentido, Serge Tisseron afirma que os relacionamentos considerados “significativos” passaram da intimidade para “extimidade” (TISSERON, 2011).

Zygmunt Bauman também trata do tema ao se referir a Alain Ehrenberg, analista do trajeto histórico do indivíduo moderno, que escolhe um acontecimento da década de 1980, no qual certa Vivianne, uma “francesa comum”, declara num “talk show” de TV (diante, pois, de milhões de telespectadores) que, devido ao fato de o marido Michel sofrer de ejaculação precoce, ela nunca teria experimentado orgasmo (EHRENBERT apud BAUMAN, 2012). Dois fatos chamaram a atenção de Alain Ehrenberg: atos essencialmente privados foram revelados e foram abertos ao público sem controle (BAUMAN, 2012, p. 227). Na verdade, evidencia-se nesse caso a eliminação da (antes sacrossanta) barreira entre as esferas pública e privada. O sociólogo polonês afirma que hoje se vive em uma “sociedade confessional”, realidade até então desconhecida, em que microfones são instalados dentro de confessionários, e a partir deles os mais íntimos segredos podem ser revelados (BAUMAN, 2012, p. 228). Para ele, teria ocorrido o fim da privacidade, pois nos dias atuais não é tanto a possibilidade de violação da privacidade que assusta o homem, mas o seu oposto: que se fechem as portas de saída da privacidade.

Desse modo, pode-se perceber que a atual sociedade da informação realmente acarretou muitas transformações de sentido no que se pode entender como direito à privacidade e seus possíveis desdobramentos como intimidade e vida privada. Assim, a teoria exposta por Paul Bernal

¹⁶ A tirania da visibilidade (tradução nossa). Ser visível para existir? Consultar livro em sua versão francesa (AUBERT; HAROCHE, 2011).

sobre direitos de privacidade na internet pode ser uma importante contribuição no aperfeiçoamento desses novos conceitos.

É impossível negar que nas redes sociais existem trocas de diversas informações em tempo instantâneo, que podem revelar segredos, expor pessoas, notícias, negócios etc. Tudo isso leva à necessidade de repensar formas de refundar a proteção da pessoa humana, sem descuidar da possibilidade de circulação de dados e da negociação com grandes empresas prestadoras dos serviços informáticos na busca da conciliação entre os interesses da internet e os direitos fundamentais.

Conclusão

A metáfora do “Golem Tecnológico”¹⁷ refere-se a “Golem” – criatura da mitologia hebraica –, humanoide de argila, feito pelo homem, cuja força e poder cresciam a cada dia. A criatura seguia as ordens de seu pai, sempre auxiliando-o, mas inconsciente de sua força. E dessa força surgia o temor de que, se não fosse bem comandado, poderia destruir seu próprio senhor.

A ideia do “Golem Tecnológico” relaciona-se ao problema destacado neste artigo: identificar os chamados “novos” direitos fundamentais da personalidade na sociedade atual, denominada sociedade da informação por alguns autores. Essa sociedade pode ser relacio-

onada com o “Golem”, pois, ao mesmo tempo em que é criação do gênio humano, tem ela assumido contornos indefinidos e perigosos; por isso, surge a obrigação de conhecê-la profundamente, não importa quão estranha a coisa possa parecer.

Como já foi demonstrado no decorrer do texto, delimitou-se a pesquisa no direito fundamental à privacidade na internet – conceito de Paulo Bernal – que reconhece quatro direitos-base para a efetiva proteção jurídica da privacidade de dados pessoais na internet: o direito de navegar com privacidade na internet, o de monitorar quem monitora, o de apagar dados pessoais e o de proteger a identidade *on-line* (BERNAL, 2014).

Assim, o direito de navegar com privacidade liga-se à possibilidade de entrar em diversas páginas da internet, com expectativa de fazê-lo com privacidade; a tutela de monitorar quem monitora vincula-se ao direito de estar navegando com a segurança de saber se está ou não sendo vigiado; o terceiro e o quarto direito sobre a possibilidade de apagar dados e proteger a identidade *on-line*, relaciona-se as bifurcações mencionadas nesse artigo, como o direito ao esquecimento e o direito à “extimidade”, pois o cidadão merece ter a possibilidade de ter retiradas da internet informações que não lhe sejam mais caras ou que o exponham em demasia, prejudicando sua imagem e personalidade.

A possibilidade ou não de o direito ao esquecimento e de o direito à “extimidade” serem chamados de “novos” direitos ainda é um tema recente; e, por faltarem bases consolidadas a respeito, há o entendimento de que se configuram como desdobramento do direito fundamental à privacidade. É inegável que as novas tecnologias propiciaram diferentes tipos de problemas pessoais e necessidade de outras esferas de regulação, até o ponto em que

¹⁷“Come vorrei che potissimo prendere questo momento e / congelarlo per riprenderlo di tanto in tanto / metterlo sotto la luce, / girarlo nelle nostre mani e studiarne tutti gli angoli per scoprire / come e perché deve andare / così come va / Abbiamo la tecnologia che prima non c'era / Abbiamo la tecnologia / Pensatori e poeti del passato / dovevano fare un salto nel buio, alla cieca / Mentre noi saremo uomini liberi alla luce dorata del giorno / Gli occhi / legati alle nostre macchine illuminano dappertutto / Non importa quanto strane le cose ci possano apparire” (PERE UBU, 1987).

se menciona uma zona que não é nem pública nem privada, mas sim “extima”; ou seja, uma informação pode ser tão importante e íntima até o ponto de ser revelada para um número maior de pessoas que possa ser abarcada para além da zona privada, mas nem tão desprovida de intimidade que possa se tornar pública.

Este é um problema que gira em torno da necessidade atual de as pessoas se tornarem visíveis para existir. Aqui se pode mencionar que, devido à falta de legislação específica, é necessário recorrer à cláusula geral da proteção da personalidade e ao princípio da dignidade humana para tentar conciliar a proteção integral da pessoa humana com os interesses das grandes empresas envolvidas no fluxo de tecnologias e informações¹⁸.

Sobre a autora

Valéria Ribas do Nascimento é doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, RS, Brasil; mestre em Direito Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Santa Cruz do Sul, RS, Brasil; docente em Direito Público na Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Santa Maria, RS, Brasil.
E-mail: valribas@terra.com.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês¹⁹

PERSONALITY FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE INFORMATION SOCIETY: THE TRANSVERSALITY OF THE PROTECTION OF PRIVACY

ABSTRACT: Personality rights have undergone major changes, mainly due to new information and communication technologies, in the information society. These changes occurred mainly after the Second World War and the new traits related to constitutionalism and the role of human/fundamental rights. Personal rights are having new definitions due to the general principle of protection of personality based on the core of human dignity and the possibilities presented with the divisions arising from the fundamental right to privacy. This right may have brought others such as the fundamental right to privacy on the Internet, the right to be forgotten and the right to “extimacy”. The issue lies first in whether there are these “new” rights as well as the possibility of a transversal protection. The methodology is the phenomenological hermeneutics.

KEYWORDS: FUNDAMENTAL RIGHTS. PERSONALITY. NEW RIGHTS. INFORMATION SOCIETY. PRIVACY.

¹⁸ Este trabalho é fruto de pesquisas desenvolvidas no período de pós-doutoramento na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), sob a orientação do prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet, iniciado em abril de 2016.

¹⁹ Sem revisão do editor.

Como citar este artigo

(ABNT)

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Direitos fundamentais da personalidade na era da sociedade da informação: transversalidade da tutela à privacidade. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 54, n. 213, p. 265-288, jan./mar. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p265>.

(APA)

Nascimento, V. R. do (2017). Direitos fundamentais da personalidade na era da sociedade da informação: transversalidade da tutela à privacidade. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 54(213), 265-288. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p265

Referências

ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

AUBERT, Nicole; HAROCHE, Claudine. *Les tyrannies de la visibilité: être visible pour exister?*. Toulouse: Érès, 2011.

BALDASSARRE, Antonio. *Privacy e costituzione: l'esperienza statunitense*. Roma: Bulzoni, 1974.

BAUMAN, Zygmunt. *Isto não é um diário*. Rio de Janeiro: ZAHAR, 2012.

BERNAL, Paul. *Internet privacy rights: rights to protect autonomy*. Cambridge: Cambridge University, 2014.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOLESINA, Iuri. Direito à intimidade no ciberespaço e a transformação do binômio público-privado. In: Mostra de pesquisa de direito civil constitucionalizado. 3., 2015, Rio Grande do Sul. *Anais eletrônicos...* Rio Grande do Sul: Unisc, 2015. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/ecc/article/view/14341/2783>>. Acesso em: 8 mar. 2017.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As crises do Estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 531*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

_____. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 576*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/821>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

_____. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, c2007.

CARDON, Dominique. *A democracia internet: promessas e limites*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 8. ed. rev. ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2005. 1 v.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Salvador: JUSPODIVM, 2008.

DEL VECCHIO, Giogio. *Contributi alla storia del pensiero giuridico e filosofico*. Milano: Giuffrè, 1963.

DICIONÁRIO AURÉLIO ONLINE. *Dicionário de português*. Disponível em <<https://dicionariodoaurelio.com/privacidade>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

EASTERBROOK, Frank. Cyberspace and the law of the horse. *Chicago Unbound*, n. 1, p. 207-216, 1996.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo. Direitos Fundamentais, Dignidade da pessoa humano e o novo código civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo (org.) et al. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 87-104.

FERRARA, Francesco. *Trattato di diritto civile italiano*. Roma: Athenaeum, 1921.

FORTES, Vinícius Borges. *O direito fundamental à privacidade: uma proposta conceitual para a regulação da proteção dos dados pessoais na internet no Brasil*. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, 2015. Disponível em: <http://www.academia.edu/17425692/Odireitofundamentalàprivacidade_uma_proposta_conceitual_para_a_regulamentação_da_proteção_dos_dados_pessoais_na_internet_no_Brasil>. Acesso em: 8 mar. 2017.

FORTES, Vinícius Borges. *Os direitos de privacidade e a de dados pessoais na internet*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2016.

FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais. *Revista do Advogado*, n. 38, p. 50-53, dez. 1992.

GADAMER, Hans-Gerg. *Verdade e Método*. 5. ed. São Paulo: Vozes, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. Extimidade: nem o preso escapa disso (?). *Jusbrasil*, 2002. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/12198398/extimidade-nem-o-preso-escapa-disso>>. Acesso em: 16 mar. 2017.

LAFONTAINE, Céline. *O império cibernético: das máquinas de pensar ao pensamento máquina*. Lisboa: Instituto Piaget, 2004.

MARTINEZ, Pablo Domingues. *Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2014.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Nota do coordenador. In: _____. *Direito privado e internet*. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MILLER, Jacques-Alain. *Extimidad: los cursos psicanalíticos de Jacques-Alain Miller*. Buenos Aires: Paidós, 2011.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado*. 4. ed. 2 reimpr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas acerca das relações entre a sociedade em rede, a internet e o assim chamado estado de vigilância. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord.). *Marco civil da internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 29-48.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *O tempo das reconfigurações do constitucionalismo: os desafios para uma cultura cosmopolita*. São Paulo: LTr, 2011.

PERE UBU. *We have the technology*. Reino Unido: Fontana Records, 1988. 1 CD.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 1986.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Vittorio Frosini y los nuevos derechos de la sociedad tecnológica. *Informática e diritto*. v. 1, n. 1-2, p. 101-112, 1992.

- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. Madrid: Editorial S.A., 2012.
- RODOTÁ, Stéfano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- RODOTÁ, Stéfano. *Tecnologie e diritti*. Bologna: Il Mulino, 1995.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Qual direito para os dados pessoais em tempos de Big data. *Justificando*, 16 mar. 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/03/16/qual-direito-para-os-dados-pessoais-em-tempos-de-big-data/>>. Acesso em: 8 mar. 2017.
- SAMPAIO, José Adércio Leito. *Direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang et al. *Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar: 1999.
- TISSERON, Serge. Intimité et extimité. *Communication*, v. 88, n. 1, p. 83-91, 2011.
- UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão n.º C-131/12. *Curia*, Luxemburgo, 13 maio 2014.
- VAN DIJK, Jan. *The network society*. London: Sage Publications, c2012.
- WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, dez. 1980. Disponível em: <http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html>. Acesso em: 8 mar. 2017.
- WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos novos direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. *Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 15-48.

