



Volume 30

2023

## **Presidente Prudente/SP**

**ISSN 1516-8158**

### **CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

Reitor: Sérgio Tibiriçá Amaral  
Pró-Reitor Acadêmico: Igor de Toledo Pennacchi Cardoso Machado  
Pró-Reitora Administrativa: Maria Inês de Toledo Pennacchi Amaral  
Coordenadora Financeira: Maria Eduarda de Toledo Pennacchi Tibiriçá Amaral

#### **REVISTA INTERTEMAS**

Linha editorial: Relações Sociais e Ambientais para uma Sociedade Inclusiva  
Temática: Direitos Humanos, Meio Ambiente e Desenvolvimento  
Periodicidade semestral

#### **EDITORES**

Carla Roberta Ferreira Destro (TOLEDO PRUDENTE)  
Sérgio Tibiriçá Amaral (TOLEDO PRUDENTE)

#### **COMISSÃO EDITORIAL**

André Simões Chacon Bruno (USP)  
Alessandra Cristina Furlan (UEL)  
Alfonso Jaime Martínez Lazcano (SNI-CONACYT)  
Dennys Garcia Xavier (UFU)  
Daniela Braga Paiano (UEL)  
Felipe Rodolfo de Carvalho (UFMT)  
Haroldo de Araujo Lourenço da Silva (UFRJ)  
Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro (TOLEDO PRUDENTE)  
Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador (UENP)  
Vladimir Brega Filho (UENP)  
Ana Carolina Greco Paes (PUC-PR)

#### **EQUIPE TÉCNICA**

Delaine de Oliveira (Secretária –TOLEDO PRUDENTE)

#### **Versão eletrônica**

ISSN 2176-848X

Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS>

#### **Indexadores e Diretórios**

Latindex folio 14938

Sumários de Revistas Brasileiras código 006.064.819

#### **Permuta/Exchange/Échange**

Biblioteca “Visconde de São Leopoldo” – TOLEDO PRUDENTE

Praça Raul Furquim nº 9 – Vila Furquim

CEP 19030-430 – Presidente Prudente / SP

#### **Contato**

Telefone: +55(18)3901-4004 E-mail: [nepe.coordenador@toledoprudente.edu.br](mailto:nepe.coordenador@toledoprudente.edu.br)

Intertemas: Revista da Toledo, v. 30 – 2023

Presidente Prudente: Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo”. 2023. 21cm Revista do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente (SP)

1.Direito – Periódicos CDD – 340.5  
ISSN 1516-8158

## SUMÁRIO/CONTENTS

<b>LA TRANSFORMACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN. A LA LUZ DE LA TRANSFORMACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA INTERDISCIPLINARIEDAD.....</b>	<b>06</b>
MARINQUE, Jorge Isaac Torres	
<b>ASPECTOS PENAIS DO CANCELAMENTO VIRTUAL SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO.....</b>	<b>28</b>
TEIXEIRA, Geovanny Cavalcanti BEZERRA, Tiago José de Souza Lima	
<b>O DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO: ORIGEM E DESENVOLVIMENTO NA HISTÓRIA DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.....</b>	<b>44</b>
ASSIS, Éder Pereira de ALMEIDA, Patrícia Silva de PISSOLATO, Solange Teresinha Carvalho	
<b>O CONCEITO E OS EFEITOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO E LEGISLAÇÃO SIMBÓLICAS SOB A ÓTICA DO NEOCONSTITUCIONALISMO.....</b>	<b>69</b>
SILVESTRIN, Álvaro Graça BREGA FILHO, Vladimir	
<b>A POSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE AOS INFLUENCIADORES DIGITAIS: UMA ANÁLISE ATRAVÉS DA TUTELA CONSUMERISTA.....</b>	<b>94</b>
MARANGONI, Lara Wehbe DESTRO, Carla Roberta Ferreira Destro	
<b>BORDADO NO TEMPO: A METAMORFOSE DO ESTUPRO NO BRASIL.....</b>	<b>116</b>
ARAÚJO, Manoel Matias Medeiros de BEZERRA, Tiago José de Souza Lima	
<b>DESAFIOS DO DIREITO ANTITRUSTE EM FACE DO AVANÇO TECNOLÓGICO DOS MERCADOS DIGITAIS.....</b>	<b>135</b>
BORGES, Bruna Fernanda Sales HARO, Guilherme Prado Bohac de	
<b>CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL TRIBUTÁRIO.....</b>	<b>156</b>
ANSELMO, José Roberto MOTA, Ademar Ferreira	
<b>ATIVISMO JUDICIAL SOB A ÓPTICA DA NOÇÃO DE DIREITO COMO INTEGRIDADE EM RONALD DWORKIN.....</b>	<b>183</b>

OLIVEIRA, Stella Mendes de  
LEITE, Leonardo Delatorre  
MORAES, Gerson Leite de

**O PAPEL DA AUTOCOMPOSIÇÃO NA EFETIVAÇÃO DAS GARANTIAS  
PROCESSUAIS: UMA PERSPECTIVA A PARTIR DA COMARCA DE JARDIM DE  
PIRANHAS-R.....206**

SILVA, Heverton Olimpio  
MAIA, Augusto de França

**O EQUILÍBRIO IMPLACÁVEL E A JUSTIÇA POÉTICA EM O SOL É PARA TODOS:  
ASPECTOS DA INJUSTIÇA, DA RETRIBUIÇÃO PELA VINGANÇA E O  
REEQUILÍBRIO DAS ASSIMETRIAS PELO IMPONDERÁVEL.....231**

GUILHERME, Thiago de Mello Azevedo

**O RESGATE DA FILOSOFIA DO DIREITO PARA A CORREÇÃO DA APLICAÇÃO  
JURÍDICA LÍQUIDA.....260**

SALATI, Marcos

**A COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS E A JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA  
CONTEMPORÂNEA.....288**

MOLINA, Glauce Manuela  
FERNANDES, Josiane Marcia

**(RE)ESTRUTURANDO A CULTURA DA BARGANHA: UMA CONEXÃO ENTRE A  
JUSTIÇA RESTAURATIVA E O PROCESSO ESTRUTURAL.....305**

OICHI, Camila Mayumi  
MOREIRA, Glauco Roberto Marques

## **NOTA AO LEITOR**

A 30ª Edição da Revista Intertemas mais uma vez se propõe a apresentar temáticas de relevância jurídica nacional e internacional.

Convidamos cada leitor a se debruçar nos temas propostos pelos pesquisadores. É com enorme satisfação que esta edição é publicada, levando ao conhecimento de todos o melhor da nossa pesquisa científica.

Publicamos também o trabalho premiado na 19ª edição do ETIC – Encontro Toledo de Iniciação Científica, com a temática “Desafios do Direito Antitruste em Face do Avanço Tecnológico dos Mercados Digitais”, de autoria da discente Bruna Fernanda Sales Borges, sob a orientação do Dr. Guilherme Prado Bohac de Haro.

Desejamos uma ótima leitura.

Cordialmente,

Carla Roberta Ferreira Destro  
Editora da Revista Intertemas

**LA TRANSFORMACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LAS  
TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN.  
A LA LUZ DE LA TRANSFORMACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES  
Y LA INTERDISCIPLINARIEDAD**

THE TRANSFORMATION OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND INFORMATION  
TECHNOLOGIES.  
IN THE LIGHT OF THE TRANSFORMATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND  
INTERDISCIPLINARITY

MANRIQUE, Jorge Isaac Torres<sup>1</sup>

**RESUMEN:** Resulta de vital importancia que las políticas del Estado se orienten hacia una población que esté en sintonía con lo que ocurre en el mundo. Es decir, en el escenario de la inteligencia artificial y de las tecnologías de la información. Ello cobra mayor relevancia, si se considera no solamente la evolución de las mismas, sino, su revolución; lo que ha impactado al mundo de manera no prevista. En lo que respecta a la inteligencia artificial, es de verse que su avance y desarrollo ha tenido un desarrollo y transformación, que implica el haber no solamente alcanzado la ciencia ficción, sino, el haberla superado. Por su parte, en lo relativo a las tecnologías de la información, se aprecia no solamente una evolución, sino también, una transformación que se manifiesta en tres escenarios: en el origen, en el presente y en el futuro. Esto es, nuevas tecnologías, tecnologías inteligentes, tecnologías más inteligentes y próximas o futuras tecnologías. Cabe precisar, que la transformación de la inteligencia artificial y de las tecnologías de la información, viene generando a su vez profundos cambios en las sociedades. Si bien es cierto que los cambios pueden ser muy positivos, también pueden generar mayores vulneraciones a los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, de los sectores deprimidos o más desfavorecidos, a los que la inteligencia artificial y de las tecnologías de la información (en sus diversas variantes), les llega de manera muy limitada o no les llega. En base a lo señalado, resulta de imperiosa necesidad que las políticas públicas sean perfectamente conscientes de ello, garantizando la permanente observancia y respeto de los derechos fundamentales de todas las personas y sobre todo de la transformación de los derechos fundamentales. Adicionalmente, cabe precisar que, si bien es cierto, que tanto la inteligencia artificial y las tecnologías de la información, son siempre bienvenidas; ello no debe significar en extremo alguno la vulneración de derechos fundamentales. Al contrario, las mismas deberán ser utilizadas preferentemente, para fortalecer la debida protección y salvaguarda de los mismos.

---

<sup>1</sup>Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Wisdom (Nigeria). Doctor Honoris Causa en Derecho Internacional por la Wisdom University (Nigeria). Consultor jurídico. Presidente de la Escuela Interdisciplinaria de Derechos Fundamentales Praeeminentia Iustitia (Perú). Abogado por la Universidad Católica de Santa María. Doctorados en Derecho y Administración por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Miembro Honorario de los Colegios de Abogados de Moquegua y Apurímac. Autor, coautor, director y codirector de más de 140 de libros y tratados en diversas ramas jurídicas, con enfoques interdisciplinarios y de Derechos Fundamentales, publicados en 15 países. Codirector de los Códigos Penales Comentados de Ecuador, Colombia, Chile, Panamá. kimblellmen@outlook.com. <https://www.praeeminentiaustitia.pe/p/presidencia.html>. <https://www.linkedin.com/in/jorge-isaac-torres-manrique-42a76924/>. <http://orcid.org/0000-0001-5202-3886>.

Cabe señalar, que dicho cambio de orientación de las políticas públicas, implica básicamente una capacitación y concientización de los funcionarios estatales, a efectos que los mismos puedan actuar en consecuencia y logren hacer que se cumplan los fines requeridos, para lograr sociedades más inclusivas, desarrolladas y justas. En suma, la transformación de la inteligencia artificial y las tecnologías de la información, tienen que estar en plena consonancia con la transformación de los derechos fundamentales contemporáneos y lo interdisciplinar.

**PALABRAS CLAVE:** Inteligencia artificial. Tecnologías de la información. Transformación. Derechos fundamentales. Políticas públicas. Interdisciplinariedad.

**ABSTRACT:** It is of vital importance that State policies be oriented towards a population that is in tune with what is happening in the world. That is, in the scenario of artificial intelligence and information technologies. This becomes even more relevant if we consider not only their evolution, but also their revolution, which has impacted the world in an unforeseen way. With regard to artificial intelligence, it can be seen that its progress and development has had a development and transformation, which implies that it has not only reached science fiction, but has surpassed it. As far as information technologies are concerned, we can see not only an evolution, but also a transformation that is manifested in three scenarios: in the origin, in the present and in the future. That is, new technologies, intelligent technologies, more intelligent technologies and upcoming or future technologies. It should be noted that the transformation of artificial intelligence and information technologies is generating profound changes in societies. While it is true that these changes can be very positive, they can also generate greater violations of the fundamental rights to equality and non-discrimination of the depressed or most disadvantaged sectors, to which artificial intelligence and information technologies (in their various variants) reach them in a very limited way or not at all. Based on the above, it is imperative that public policies are fully aware of this, ensuring the permanent observance and respect for the fundamental rights of all people and especially the transformation of fundamental rights. Additionally, it should be specified that, although it is true that artificial intelligence and information technologies are always welcome, this should not mean in any way the violation of fundamental rights. On the contrary, they should preferably be used to strengthen the due protection and safeguard of such rights. It should be noted that such a change in the orientation of public policies basically implies training and awareness-raising of state officials, so that they can act accordingly and achieve the required goals in order to achieve more inclusive, developed and just societies. In short, the transformation of artificial intelligence and information technologies must be fully in line with the transformation of contemporary fundamental rights and interdisciplinary.

**KEYWORDS:** Artificial intelligence. Information technologies. Transformation. Fundamental rights. Public policies. Interdisciplinarity.

## **1 INTRODUCCIÓN**

El desarrollo de los pueblos del mundo avanza de forma desigual, sin contar los casos en los que no hay avance sino retroceso. Lo que está directamente relacionado con el desarrollo estatal son los presupuestos o factores del desarrollo. Así, como tales, podemos considerar: una política de Estado correcta y responsable, un sector público reducido, austero, meritocrático, alejado de la corrupción, el despilfarro y la sustracción de recursos públicos, una gestión y políticas orientadas a la población y especialmente a los que menos tienen, respetando la separación de poderes, la democracia, los derechos fundamentales, la libertad de prensa, la transparencia y el acceso a la información pública y la rendición de cuentas, la gobernabilidad, el gobierno electrónico, entre otros.

Sin embargo, cabe señalar que es de vital importancia que las políticas del Estado se orienten hacia una población que esté en sintonía con lo que ocurre en el mundo. Es decir, en el escenario de la transformación de las tecnologías de la información de la inteligencia artificial, sobre todo, desde el enfoque de la transformación de los derechos fundamentales, y así también, desde la interdisciplinariedad.

## **2 ACERCA DE LA TRANSFORMACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL**

En principio, tenemos que:

La Inteligencia Artificial (IA) es la rama de las Ciencias de la Computación que estudia el software y hardware necesarios para simular el comportamiento y comprensión humanos. El objetivo último de la IA es simular la inteligencia humana en una máquina creando robots que sean conscientes y con sentimientos reales, similares a los humanos. Uno de los problemas más difíciles es la simulación de la conciencia, cualidad humana que hace que nos demos cuenta de nuestra propia existencia (Malpica Velasco, 2022).

La inteligencia artificial, es también una nítida manifestación de encontrarnos atravesando la Cuarta Ola, pues, la misma estaría caracterizada por aparición de la inteligencia artificial y la interface entre nanotecnología y la biología sintética. (Garrido Koechlin, 2015).

Es de destacar que, hasta abril del 2015, la inteligencia artificial aplicada al derecho se ha orientado a varias grandes áreas, como tales tenemos: i) Modelos para



la argumentación y la toma de decisiones, ii) Clasificación y extracción de entidades de textos legales, iii) Extracción de información de textos legales, y iv) Creación y planificación de un sistema legislativo. (Fernández Hernández y Boulat, 2022).

En los años 70 y 80 del siglo XX numerosos investigadores en inteligencia artificial habían pensado en aplicar ideas tecnológicas de almacenamiento, estructura de la información jurídica y de probabilidad decisional algorítmica al Derecho (sistemas expertos, razonamiento basado en casos...). Según ellos la naturaleza muy formal y escrita de algunos sistemas legales parecía permitir el desarrollo de unos sistemas informáticos que al igual que el abogado podían tratar de encontrar similitudes en las situaciones legales, en las reglas o leyes, para predecir unas posibles consecuencias o argumentos para lograr un resultado deseado. Así varios prototipos de sistemas expertos se han desarrollado, como Hypo (1987), Shyster (1993) e Taxman (1997). Sin embargo, estos sistemas no han cumplido sus promesas y han sido severamente criticados por ser demasiado específicos (estos sistemas fueron desarrollados sólo para un problema, un idioma o un campo legal preciso, no extensible a los demás) y por su incapacidad para hacer frente a los casos legales considerados difíciles y a la posible interpretación del lenguaje jurídico. De hecho, como ya señalaron *Susskind* en 1986, *James Popple* en 1991, *Andrew Greinke* en 1994 y más recientemente Ángel Sancho Ferrer ninguno de los proyectos desarrollados hasta la fecha, ha alcanzado resultados prácticos relevantes ¿A qué se debe esta diferencia entre el gran desarrollo teórico y la práctica?. (Fernández Hernández y Boulat, 2022).

La inteligencia artificial contribuye al avance de los modelos de gestión no solo judicial sino gubernamental e infaltables en las agendas internacionales, donde las cuestiones referidas al Gobierno Electrónico y Abierto, garantizan la transparencia de los datos en línea y rendición de cuentas públicas, además de la participación ciudadana; incorporando medidas de seguridad informática adecuadas para la protección de los datos personales, y siempre respetando las vigentes garantías constitucionales y los derechos humanos, pilares de un estado de derecho y democrático. (Florencia Cabrera, 2015).

## 2.1 Hacia la Transformación de la Inteligencia Artificial

Amerita diferenciar entre cuatro conceptos, niveles o categorías de robots existentes a regular jurídicamente para poder alcanzar a generar una correcta definición que abarque completamente su naturaleza jurídica. Ello, en razón a las que se manifiesta la transformación de la inteligencia artificial. (NISA ÁVILA, 2016).

### 2.1.1 Nivel 1: Sistemas inteligentes programados

Son, según la “*Robot Strategy*” de Japón y el proyecto “*Regulating Robotics: A Challenge For Europe*” de la Unión Europea, aquellas máquinas que llevan integrados sistemas robóticos que ayudan a sus operadores o dueños a realizar tareas automatizadas, pero que no son en sí mismo robots por resultar nada más que un pequeño sistema robótico integrado dentro de otro no robótico donde predomina este último. (P.ej: Coches autónomos).

### 2.1.2 Nivel 2: Robots no autónomos

Según la “*Korean law on the development and distribution of intelligent robots*” de Corea del Sur, son aquellos que en su totalidad a nivel de construcción industrial son robots y se dedican a realizar tareas programadas simples sin necesidad de asistencia humana, y que con mayor o menor medida son capaces de tomar decisiones mecánicas vinculadas exclusivamente a su tarea ante imprevistos o situaciones de contingencia. (P.ej: robótica sanitaria, asistencia en el hogar, limpieza automática en el hogar...).

### 2.1.3 Nivel 3: Robots autónomos

Son, según la “*Korean law on the development and distribution of intelligent robots*” de Corea del Sur, la “*Robot Strategy*” de Japón y “*Legal Regulation of Autonomous Systems*” de Corea, aquellos que tienen capacidad de desarrollar tareas encomendadas complejas, listando las mismas, priorizando y tomando o creando sus propias decisiones con libertad dentro de su ámbito de trabajo, en base a unos objetivos encomendados sin necesidad de asistencia humana, con suficiente

autonomía para que en base a una orden dada por un operador humano realizar las tareas según lo considere más adecuado o efectivo para el cumplimiento de dicho objetivo, y teniendo siempre como base última la protección de productos o maquinarias y de usuarios o humanos como primer objetivo subyacente. (P.ej: Sistemas de diseño industrial autónomo, de navegación aéreo automatizado, ferroviario...).

#### **2.1.4 Nivel 4: Inteligencia Artificial**

Es el último nivel y el mayor dentro de la evolución en robótica donde, según la *“Korean law on the development and distribution of intelligent robots”* de Corea del Sur y la *Robot Strategy* de Japón, ambas legislaciones vigentes, son aquellos sistemas mecánicos que perciben el ambiente externo por sí mismo sin necesidad de órdenes preprogramadas externas, con capacidad para discernir diferentes circunstancias que acontezcan a su alrededor y con capacidad para moverse de forma voluntaria. Asimismo, los sistemas de inteligencia artificial deben de obedecer tanto órdenes de otros sistemas de inteligencia artificial como las humanas que interaccionan con él. La Robótica basada en inteligencia artificial debe obedecer a un estructurado sistema jurídico organizado bajo un código de conducta establecido para las personas implicadas en el desarrollo, fabricación y uso de robots inteligentes con el fin de prevenir diversos tipos de efectos nocivos o perjudiciales que pudieran surgir del desarrollo de las funciones del desempeño de la inteligencia artificial en robots inteligentes (actualmente no existe ningún robot con estas características pero tanto Corea como Japón ya lo tienen regulado legalmente y están iniciando estudios sociológicos a la población).

De desarrollo de los referidos niveles, observamos claramente, que, como parte integrante de la robótica, la ubicación de la Inteligencia Artificial se encuentra en su manifestación más alta y reciente. A la vez de apreciar, que, en realidades de Corea y Japón, incluso ya se encuentran regulada legalmente.

A continuación, hacemos un repaso breve en el que se aprecia la evolución de la inteligencia artificial. Ello, en un franco ascenso hacia su transformación. (Code, 2023).

**i) En primer lugar:** Tenemos que con el desarrollo de la computación moderna y la creación de redes neuronales, la IA comenzó a ganar en juegos más complejos, como el ajedrez y el Go. En 1997, el programa de ajedrez Deep Blue de IBM venció al campeón mundial de ajedrez Garry Kasparov. En 2011, IBM presentó Watson, un sistema de IA capaz de responder preguntas en lenguaje natural y vencer a humanos en el concurso de televisión Jeopardy. Watson demostró que la IA podía manejar grandes cantidades de datos no estructurados y responder preguntas de manera precisa. DeepMind, una compañía de inteligencia artificial propiedad de Google, ha sido uno de los líderes en la aplicación de la IA a los juegos. En 2013, DeepMind desarrolló un sistema que aprendió a jugar videojuegos de la consola Atari 2600 sin conocimiento previo del juego. Este sistema utilizaba una técnica llamada "aprendizaje por refuerzo" para aprender de su experiencia y mejorar su rendimiento. Posteriormente, en 2015, DeepMind desarrolló AlphaGo, un programa que utiliza redes neuronales profundas y técnicas de aprendizaje por refuerzo para jugar al juego del Go. AlphaGo venció al campeón europeo de Go en una serie de partidas, y posteriormente derrotó al campeón mundial Lee Sedol en una histórica partida de cinco juegos. En la década del 2010 se dice que comenzó "La cuarta revolución industrial", la de la inteligencia artificial (IA) la cual se refiere al avance en el desarrollo de sistemas de inteligencia artificial basados en el aprendizaje profundo o deep learning. El deep learning es una técnica de aprendizaje automático que utiliza redes neuronales artificiales para imitar la forma en que el cerebro humano procesa información. Estas redes pueden analizar grandes cantidades de datos para detectar patrones y hacer predicciones, lo que ha llevado a grandes avances en áreas como el reconocimiento de voz y de imágenes, la traducción automática, el procesamiento del lenguaje natural, entre otras. El inicio de la cuarta revolución de la IA se debe a varios factores, incluyendo el aumento en la capacidad de procesamiento de datos, el desarrollo de algoritmos más sofisticados y el creciente interés y financiación en el campo de la IA. Estos avances han permitido la creación de sistemas de IA más potentes y capaces de abordar problemas cada vez más complejos.

**ii) En segundo término:** Para comprender más sobre la forma en la que "aprenden profundamente" veremos las distintas técnicas y su evolución, las cuales se llaman "Paradigmas de aprendizaje". En la inteligencia artificial, existen tres paradigmas de aprendizaje principales: i) Aprendizaje supervisado: En este enfoque, el algoritmo recibe un conjunto de datos etiquetados con la respuesta correcta y

aprende a predecir la respuesta correcta para nuevos datos. Por ejemplo, se puede utilizar el aprendizaje supervisado para enseñar a un algoritmo a reconocer imágenes de perros y gatos. El algoritmo recibe un conjunto de imágenes etiquetadas como perros o gatos y aprende a identificar la diferencia entre ambos, ii) Aprendizaje no supervisado: En este enfoque, el algoritmo recibe un conjunto de datos sin etiquetar y debe encontrar patrones o estructuras en los datos. Este enfoque se utiliza comúnmente en la minería de datos y en la detección de anomalías. Por ejemplo, se puede utilizar el aprendizaje no supervisado para identificar grupos de clientes similares en una base de datos de ventas, iii) Aprendizaje por refuerzo: En este enfoque, el algoritmo aprende a través de la interacción con un entorno. El algoritmo recibe una recompensa o castigo por cada acción que toma en el entorno y aprende a maximizar la recompensa a lo largo del tiempo. Este enfoque se utiliza comúnmente en la robótica y en los juegos. Por ejemplo, se puede utilizar el aprendizaje por refuerzo para enseñar a un robot a caminar en una superficie irregular.

## **2.2 Arribo de la Transformación de la Inteligencia Artificial**

En la década del 2010 se comenzaron a desarrollar distintos modelos de redes neuronales que hoy en día son un boom mediático e iremos repasando una por una para que entiendan su evolución: (Code, 2023).

### **2.2.1 ¿Cómo se puede chatear con bots inteligentes como chatGPT?**

Con NLP: Procesamiento de Lenguaje Natural (Natural Language Processing) es una rama de la inteligencia artificial que se enfoca en la comprensión y el procesamiento del lenguaje humano. Es útil para diversas tareas, como la traducción automática de idiomas, la generación de texto, el análisis de sentimientos, la extracción de información y la respuesta automática a preguntas.

### **2.2.2 ¿Cómo se obtienen fotos realistas?**

Con GAN: Red Generativa Adversaria (en inglés, Generative Adversarial Network) es un tipo de modelo de aprendizaje profundo que se utiliza para generar datos sintéticos que se asemejan a los datos de entrenamiento originales. La GAN se

compone de dos redes neuronales: un generador y un discriminador. El generador toma una muestra aleatoria y la transforma en una imagen que se parece a las imágenes reales del conjunto de datos de entrenamiento. El discriminador, por otro lado, recibe tanto imágenes reales como imágenes generadas por el generador, y su función es distinguir entre las dos. A medida que el discriminador evalúa las imágenes generadas por el generador, también envía señales al generador para mejorar su capacidad de generar imágenes más realistas. La GAN se entrena iterativamente, con el generador y el discriminador compitiendo entre sí en un juego de suma cero, en el que el objetivo es maximizar la capacidad del generador para engañar al discriminador. A medida que el generador aprende a producir imágenes más realistas, el discriminador se vuelve más sofisticado y es capaz de distinguir mejor entre las imágenes reales y las generadas por el generador. La GAN es una técnica muy prometedora en la generación de datos sintéticos para su uso en diversas aplicaciones, como la síntesis de imágenes, la creación de música y el diseño de productos.

### **2.2.3 ¿Cómo se obtienen imágenes desde texto?**

Con GAUGAN (Generative Adversarial Networks for Image Synthesis and Editing) es un modelo de red neuronal generativa que se utiliza para generar imágenes sintéticas a partir de un esbozo o una descripción textual. Es útil para la creación de paisajes y escenarios, y ha demostrado ser una herramienta útil para artistas, diseñadores y desarrolladores de videojuegos.

### **2.2.4 ¿Cómo se obtienen entornos 3D desde imágenes o videos?**

Con NERF (NeRF: Neural Radiance Fields) es un modelo de red neuronal profunda utilizado en la generación de imágenes 3D fotorealistas. Utiliza una técnica llamada "campos de radiación neural" (Neural Radiance Fields) para generar imágenes 3D a partir de datos de imágenes 2D. Es útil para la creación de entornos 3D desde imágenes o videos.

### **2.2.5 ¿Cómo obtener imágenes desde texto utilizando modelos como el de nuestras caras?**

CNN significa "Redes Neuronales Convolucionales" (Convolutional Neural Networks, en inglés) y son un tipo de red neuronal que se utiliza en el procesamiento de imágenes y videos. Se compone de capas de convolución, capas de pooling y capas completamente conectadas. Las capas de convolución extraen características de la imagen de entrada, las capas de pooling reducen la dimensión de la salida de la capa de convolución y las capas completamente conectadas se utilizan para la clasificación. Las CNN se utilizan comúnmente en el procesamiento de imágenes y videos, y son muy útiles para obtener imágenes a partir de texto.

## **3 LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SU CARÁCTER INTERDISCIPLINAR**

La naturaleza interdisciplinar de la inteligencia artificial deviene en innegable como contundente. así tenemos (Martínez Morales, 2014):

**3.1** El campo de la inteligencia artificial surge de la interacción entre varias disciplinas científicas, entre las que pueden mencionarse las neurociencias, la psicología cognitiva, la matemática, la biología evolutiva, las ciencias de la computación y la lógica. Si bien no existe una definición universalmente aceptada sobre el contenido y los alcances de esta disciplina, puede decirse, en una primera aproximación, que la inteligencia artificial se enfoca a estudiar procesos observados en la naturaleza que pueden clasificarse como "inteligentes", entre los que se cuentan los mecanismos de comportamiento que aseguran la supervivencia y la adaptación de seres vivos a medios cambiantes y, particularmente, ciertas funciones específicamente humanas como la adquisición y el empleo del lenguaje natural, las formas en que los hombres resuelven problemas mediante representaciones simbólicas (lógicas y/o matemáticas), y la manera en que se estructura y opera el conocimiento –desde el sentido común hasta las teorías científicas-; todo ello con el objetivo de implantar o reproducir estos esquemas y procedimientos en un programa de computadora o en algoritmos para regular la acción de robots.

**3.2** Aunque desde un punto de vista un tanto más riguroso, hay quien define la inteligencia artificial como "un área de estudio que tiene por objetivo resolver problemas complejos para los cuales no se conocen soluciones algorítmicas exactas computables en la práctica, ya sea por sus grandes dimensiones, su complejidad

estructural, o por los niveles intrínsecos de incertidumbre de los datos que manejan.” (A. Kuri Morales: “Sapiens Piensa”; Komputer Sapiens, revista de la Sociedad Mexicana de Inteligencia Artificial, No. 1, Octubre de 2008).

**3.3** La inteligencia artificial, desde su origen, es de naturaleza interdisciplinaria, el abordaje de los problemas en este campo requiere volver los ojos constantemente hacia la neuroetología, las ciencias de la conducta, la neurofisiología, las ciencias computacionales, la psicología cognitiva, la matemática, la lógica y las teorías del aprendizaje. Por ello, en la actualidad la inteligencia artificial ofrece potentes recursos que encuentran aplicación en diversos campos del quehacer humano, ya sea en el campo de la producción económica, la educación, la investigación científica, los estudios sociales o la gestión administrativa.

**3.4** El vertiginoso desarrollo de las ciencias computacionales y las tecnologías de la información ha demandado la creciente incorporación de la inteligencia artificial a todo tipo de procesos y dispositivos: desde algoritmos inteligentes que auxilian en la selección de personal en una empresa o en la asignación de horarios y salones en una escuela, hasta los dispositivos computacionales integrados a los autos y lavadoras de modelo reciente, pasando por una gama de programas inteligentes incorporados a las computadoras personales y aquéllos integrados en la operación de la Web.

## **4 TRANSFORMACIÓN DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN**

En este sentido, hay que ver que el mundo gira y se desarrolla a la luz de las nuevas tecnologías, de las tecnologías inteligentes, de las tecnologías más inteligentes y de las tecnologías del futuro, es imposible ignorarlo.

Para ello, se hace imprescindible abordar cada una de ellas:

### **4.1. Las Nuevas Tecnologías**

Son el conjunto de tecnologías que permiten la adquisición, producción, almacenamiento, procesamiento, comunicación, grabación y presentación de información en forma de voz, imágenes y datos contenidos en señales de naturaleza acústica, óptica o electromagnética. Las TIC incluyen la electrónica como tecnología básica que sustenta el desarrollo de las comunicaciones, la informática y el



audiovisual. Desde la perspectiva de los servicios básicos, las TIC prestan servicios de información y comunicación. (Villarroel Ortega 2006).

## **4.2 Las Tecnologías Inteligentes**

Son aquellas que facilitan el desarrollo de sistemas y soluciones, como productos o servicios, con mayor autonomía, adaptación a su entorno y/o efectividad (eficiencia y eficacia) en la resolución de problemas. Centradas en la Inteligencia Artificial (IA), incluyen otras tecnologías y satélites relacionados, como: IoT e IloT (el IoT industrial), blockchain, ciencia e ingeniería de datos, sistemas autónomos, biometría, bioinformática, realidad virtual y aumentada, y un largo etcétera. Su espectacular avance se debe también al propio recorrido de las tecnologías que lo soportan física (dispositivos electrónicos, en particular) y computacionalmente (especialmente la computación de alto rendimiento). La introducción de las Tecnologías Inteligentes en la sociedad y en el tejido productivo es un fenómeno imparable, pero existe una gran incertidumbre sobre cómo afrontarlo y cuáles serán sus consecuencias reales. Dependiendo de cómo actúen las organizaciones, será un escenario de oportunidades o de amenazas. Invertir en Tecnologías Inteligentes y en recursos humanos capaces de utilizarlas, cooperar con ellas e innovar a partir de ellas puede ser costoso, pero no hacerlo lo será mucho más. Incluso frente a la automatización, la apuesta debe ser por la innovación, una estrategia que los autores denominan "Innomatización". Esto es lo que definirá la competitividad de una empresa a medio y largo plazo, y también lo que paliará el impacto del desempleo tecnológico, como lo llamó Keynes en 1930. (Barro and Rouhiainen 2020).

## **4.3 Las Tecnologías más Inteligentes**

La transformación digital de la sociedad y las empresas sigue avanzando a un ritmo más rápido de lo previsto hace unos años, pero con un enfoque más desarrollado que el adoptado durante la crisis sanitaria mundial. 2022 será testigo de importantes avances en diferentes industrias, que se verán respaldados por nuevas tecnologías digitales que están cambiando nuestra forma de vivir, trabajar y comunicarnos. Muchas industrias se han dado cuenta de la necesidad de evolucionar hacia lo digital para hacer frente a los retos empresariales del futuro, y están adoptando tecnologías

innovadoras que permiten la automatización, el trabajo a distancia, la diversificación de las TI y la toma de decisiones basada en datos y análisis. Mientras tanto, la sociedad sigue un camino paralelo, persiguiendo comunicaciones más rápidas y mirando lentamente hacia las posibilidades que traerá el futuro del metaverso. Los analistas de ABI Research han llevado a cabo una investigación sobre las tecnologías que darán forma a 2022, y señalan una serie de avances en diversos sectores que tendrán un impacto notable en nuestro mundo. Stuart Carlaw, director de investigación de ABI Research, comenta que el auge de los dispositivos wearables 5G siempre conectados, la explosión de la adopción de IA en el perímetro, la proliferación de plataformas de fabricación inteligentes, la formación del metaverso y un enfoque cada vez mayor en la ciberseguridad son solo algunos de los muchos cambios en el horizonte que son indicativos de un mundo más conectado, más vulnerable y, en última instancia, más impulsado por la tecnología. (ITtrends 2022).

#### **4.4 Acerca de las Tecnologías del Futuro**

Cabe destacar que 2022 estuvo repleto de nuevas innovaciones y emocionantes avances tecnológicos que han transformado y están transformando la sociedad y la economía mundial. Pero la evolución digital no se detiene ni un momento, así que miramos, una vez más, al futuro y ponemos el foco en las tecnologías e innovaciones tecnológicas que marcarán 2024. Algunas se repiten (con nuevos enfoques) y surgen otras nuevas que tendrán algo que decir en los próximos meses. Así, merece la pena destacar como tecnologías venideras:

- i) La IA generativa,
- ii) La ciberseguridad como pilar central,
- iii) Convergencia "Figital" y gemelos digitales,
- iv) Computación cuántica,
- v) Green Tech,
- vi) La importancia de los datos,
- vii) Ingeniería de plataformas,
- viii) Aplicaciones más inteligentes,
- ix) Automatización robótica de procesos (RPA),
- x) IoT e hiperconexión.

Por otra parte, esto se debe al hecho de que estamos atravesando la Cuarta Ola, como pico actual del desarrollo humano; la que se caracteriza por el abrazo de la inteligencia artificial y la interfaz entre nanotecnología y biología sintética.

## **5 TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN E INTERCULTURALIDAD**

También es de verse, la relación plausible entre las Tecnologías de la Información y la Comunicación y la Interculturalidad.

Así, tenemos, que la humanidad está preparada para recibir los nuevos avances tecnológicos que plantean una nueva demanda para el campo pedagógico. La sociedad actual se encuentra inmersa en el postmodernismo y el pluriculturalismo, que poco a poco va construyendo una interculturalidad socio-presencial a través de un enfoque cultural y virtual. Todo ello exige a la humanidad reflexionar sobre el planteamiento de nuevos paradigmas, y debe ser asumido por las instituciones educativas, aprovechando las oportunidades que ofrecen las TIC, con el fin de superar esta barrera presente en el ámbito educativo y en la realidad social. Las TIC están jugando un papel importante en la educación, representando un replanteamiento metodológico, pedagógico, curricular y organizativo en el ámbito educativo para la mejora de la calidad educativa; además son un instrumento elemental para la paridad cultural, reflexivo y promotor de la comunicación intercultural. Por lo tanto, cabe mencionar que Internet, las redes sociales y las nuevas tecnologías proporcionan todo lo necesario para generar comunidades virtuales de aprendizaje en el ámbito intercultural, con la ayuda de muchas herramientas que favorecen el intercambio de información veraz sobre la educación pluricultural entre todos los miembros de las sociedades. (Cruz Pérez 2019).

## **6 LA INTERDISCIPLINARIEDAD ESENCIAL EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN**

Pero, además, la vorágine de su progreso involucra, a su vez, a la totalidad de los escenarios, es decir, a las ciencias y disciplinas del conocimiento humano; es decir, abarca a la interdisciplinariedad en su conjunto.

Esto, por cuanto los problemas y factores de desarrollo y realidades de cada pueblo, no comienzan ni terminan en estos escenarios, sino que son propios de la

interdisciplinariedad. Es decir, por ejemplo, la intervención adicional, según sea el caso, de la sociología, psicología, economía, filosofía, administración, entre otras.

## **7 EL MUNDO DEL DERECHO NO PUEDE SER AJENO A LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN**

Las tecnologías digitales han crecido exponencialmente y su uso se ha globalizado. La conectividad ubicua y continua alcanza a gran parte de la humanidad gracias a la masificación del uso de los smartphones y el consecuente acceso a la información, las redes sociales y el entretenimiento audiovisual. La aceleración de los avances técnicos en el universo digital ha convertido en cotidiano el uso de dispositivos y aplicaciones que utilizan la computación en la nube, la analítica de big data, el blockchain y la inteligencia artificial. La revolución tecnológica, unida al cambio en las estrategias de las empresas líderes en el uso de las tecnologías digitales, ha propiciado el auge de las plataformas globales, dando lugar a una excesiva concentración del poder económico y político en no más de una veintena de corporaciones de dos o tres potencias mundiales, un conjunto demasiado reducido de empresas cuyo valor de mercado supera o se aproxima al billón de dólares (Comisión Económica, 2021). El avance de la tecnología también ha venido acompañado de resultados socialmente negativos, como la exclusión de una parte importante de la población mundial de los beneficios de la digitalización, principalmente porque sus ingresos no les permiten tener una conectividad significativa -es decir, un acceso de calidad-, acceso a dispositivos, conexión fija en el hogar y capacidad de uso cotidiano. Esto ha generado una gran disminución de la demanda, ya que existe una cobertura suficiente que no se materializa en términos de conexiones y uso. También se han acentuado otros problemas, como la proliferación de fake news y ciberataques, el creciente riesgo para la privacidad y la seguridad de los datos personales, y la producción masiva de basura electrónica. El irresuelto equilibrio entre los beneficios y los costes de la digitalización se produce en un contexto mundial más adverso de lo que se preveía hace 15 años. Las luchas geopolíticas, a menudo centradas en patentes, normas y producción digital, han debilitado notablemente las acciones basadas en decisiones multilaterales. La crisis medioambiental ha alcanzado niveles de emergencia ambiental o, según algunos analistas, de catástrofe ambiental. El aumento de las desigualdades en muchos países y la exclusión de grupos de

población vulnerables dificultan aún más la construcción de sistemas sociales y políticos capaces de gestionar adecuadamente el desarrollo digital. (Economic Commission, 2021).

Sin embargo, uno de los grandes aspectos que el imaginario contemporáneo niega o invisibiliza es la forma en que las tecnologías digitales -especialmente Internet- contribuyen a transformar y moldear nuestras subjetividades: nuestras formas de ser, percibir y actuar; es decir, las dimensiones sociales, políticas, económicas y culturales de las tecnologías. En este sentido, presentarlas como un simple conjunto de supuestas soluciones de la gente omite la pregunta extremadamente válida sobre lo que las tecnologías hacen con nosotros, sobre la forma en que se relacionan con el poder. Y esta omisión nos impide reflexionar y tomar decisiones, nos quita soberanía. Perdemos la oportunidad de ampliar nuestros derechos y aumentamos las posibilidades de que sean violados. Para reponer lo que el imaginario tecnológico hegemónico ignora u oculta, es imprescindible que asumamos las tecnologías digitales como "entornos", formas culturales, espacios en los que se juegan relaciones de poder. Es imposible que las tecnologías digitales sean éticamente neutras, ya que traen consigo un mundo de características que no pueden quedar deshabitadas (Galimberti, 2001) y que están transformando decisivamente el presente y el futuro. En definitiva, para desarrollar una mirada crítica sobre las tecnologías digitales -que nos permita pensar su vínculo con el ejercicio de derechos- es imprescindible construir representaciones que integren sus múltiples dimensiones. Es decir, pensar las tecnologías digitales como: i) dispositivos físicos, aplicaciones y entornos digitales, ii) entornos socialmente habitados, que involucran procesos, modos de ser y hacer, relaciones de poder, prácticas de control, iii) lenguajes que permiten representar, conocer y relacionarse con el mundo, iv) espacios de construcción de subjetividades, vínculos, saberes y ciudadanías, v) espacios de producción, circulación y consumo de contenidos digitales. Las tecnologías digitales son mucho más que dispositivos: son espacios que habitamos, que "nos habitan", y que protagonizan nuestro tiempo. (Ministry of Education, 2021).

## **8 LA UNIVERSIDAD SE ALINEA CON LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN**

Además, la universidad no ha sido ajena a la influencia de las tecnologías digitales. Por lo tanto, no se ha declarado ajena a ellas. Esto es sumamente saludable.

Así, una de las características más visibles de la cultura contemporánea es la presencia de las tecnologías en múltiples ámbitos y su constante evolución, que se ha acelerado en los últimos años. Uno de los aspectos más evidentes de esta realidad cultural es que nuestra relación con los medios de comunicación se está transformando. La cultura mediática actual sigue incluyendo, por supuesto, formatos tradicionales como el libro en papel, la fotografía, el cine, la radio o la televisión. Aunque todos ellos cuentan con versiones digitales, a las que accedemos a través de múltiples soportes como libros electrónicos, tabletas, ordenadores portátiles, teléfonos inteligentes, televisores digitales o relojes inteligentes. Estas tecnologías, que hoy nos acompañan en muchas de nuestras actividades cotidianas, se caracterizan por su ubicuidad. Y las nuevas aplicaciones digitales, como las redes sociales, los videojuegos o la realidad aumentada, afectan a las formas de mediación que generan los medios de comunicación. Esto influye en la forma de relacionarnos con la información y los productos culturales. Si nos situamos en el ámbito educativo, la proyección de la realidad descrita anteriormente ha ido produciendo cambios e incorporaciones que han repercutido y por tanto han generado nuevas necesidades, que las políticas educativas han asumido y cuyas decisiones se han materializado en inversiones y cambios en los modelos de gestión. También se han producido cambios en los métodos de enseñanza, incorporando nuevas infraestructuras, herramientas digitales y formas de trabajo. Si nos circunscribimos al ámbito universitario, son varias las consideraciones a realizar. (De Pablos Pons, 2018).

En la incorporación de las tecnologías digitales en la universidad influyen diversos factores como los mencionados anteriormente, pero en última instancia, para que la enseñanza y el aprendizaje evolucionen hacia nuevas formas, buscando la mejora, es el profesorado el elemento clave y el que marca el camino a seguir. Es su concepción docente la que debe servir de referencia, pero para buscar esa mejora debe contar con el apoyo institucional, que a su vez debe saber organizar sus prioridades. (De Pablos Pons, 2018, 85-86).

Sin embargo, la tecnología digital también debe entenderse como un factor transformador de la sociedad, por ejemplo, para unir a las personas en pro del crecimiento y la inclusión. Así, América Latina y el Caribe seguirán enfrentándose a tres retos que se refuerzan mutuamente: bajo crecimiento, espacio fiscal limitado e insatisfacción ciudadana. La expansión de la conectividad digital ofrece la posibilidad de avanzar en estos tres frentes. Algunos ejemplos sirven para ilustrar este potencial.

La mayoría de los unicornios de rápido crecimiento de la región operan desde plataformas digitales. Los programas de gobierno digital han reducido drásticamente el coste del cumplimiento de las obligaciones fiscales, así como el tiempo y el coste de obtener una identificación oficial, además de agilizar y reducir el coste de la contratación pública. La conectividad digital hizo que la prestación de servicios en ámbitos como la educación y la sanidad fuera más eficaz, eficiente y resistente a las crisis, por ejemplo, permitiendo a los estudiantes conectados digitalmente continuar sus estudios durante la pandemia de COVID-19. La pandemia aceleró de muchas maneras la digitalización de la economía. Los cambios resultantes en los hábitos de consumo y la prestación de servicios parecen ser permanentes. El comercio digital y las finanzas digitales crecieron espectacularmente y no muestran signos de desaceleración. Sin embargo, todo el potencial de la conectividad en la región para el crecimiento y la inclusión sigue sin aprovecharse. América Latina y el Caribe ya ha realizado avances significativos en cuanto a la instalación del hardware necesario: cables, torres y centrales para la comunicación digital básica. Mientras que la cobertura de banda ancha en Haití y la mayor parte de Centroamérica está muy por debajo del 50%, en Brasil, Chile, Dominica y Santa Lucía supera el 75%. Aun así, persisten tres retos cruciales: i) los lugares de difícil acceso siguen careciendo de cobertura básica y la calidad sigue siendo baja, sobre todo en los segmentos menos rentables del mercado (zonas rurales y periurbanas con baja densidad de población, bajos niveles socioeconómicos o geografía difícil), donde los proveedores privados tienen menos incentivo para invertir, ii) la región se enfrenta a una serie de retos relacionados con la reducción de la "brecha de uso" de la infraestructura existente: el acceso real es muy inferior al que podría soportar la infraestructura física actual, iii) se necesitan inversiones críticas en "software". Este software crítico incluye habilidades digitales y tradicionales del capital humano, capacidades de gestión, disponibilidad de financiación, protocolos y capacidades estatales eficientes y una estructura reguladora favorable. La banda ancha por sí sola no es una solución milagrosa, y iv) por último, la introducción con éxito de cualquier tecnología en una sociedad requiere un proceso iterativo de experimentación y evaluación para determinar qué funciona y qué debe abandonarse. El mundo en desarrollo ya ha experimentado en carne propia un gran número de promesas digitales incumplidas, sobre todo en el ámbito de la educación. De ahí que una agenda activa del conocimiento sea un complemento esencial de la intervención gubernamental y de cualquier ampliación posterior. (Beylis *et al.*, 2023).

Sin duda, la perspectiva jurídica debe abordarse desde estos prismas, de manera ineludible, inseparable e ineludible. Lo mismo cabe decir de la agenda pendiente.

## **9 A PROPÓSITO DE LA TRANSFORMACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

Resulta innegable que la vida cambia constantemente y en sí, no existe algo que escape a dicha sentencia. Por ende, los valores y hasta los principios van cambiando a través de los tiempos. Obviamente, de ello no se escapa el Derecho.

Al respecto, en principio es de destacar un reciente cambio en los sistemas jurídicos del orbe. Nos referimos a la entrada en vigencia desde hace casi tres décadas del Estado Constitucional de Derecho, que postergó al otrora Estado de Derecho.

El primero de los nombrados se caracteriza por tener a la Constitución Política como un nuevo orden de valores, como garante del Derecho de cada Estado. Ello, en plausible desmedro del caduco, limitado Estado de Derecho, en el que era la mera Ley la que se imponía por sobre los ordenamientos jurídicos.

En segundo lugar, se debe precisar que la contemporaneidad nos ha regalado el desarrollo de nuevas ramas jurídicas, las cuales le otorgan una frescura y sintonización de con la realidad que viene aconteciendo.

No obstante, es un punto adicional el que le otorga la legítima ubicación del Derecho con estos nuevos tiempos. Y nos referimos a la interdisciplinariedad. Esto es, el aporte extra jurídico, vale decir, de las ciencias y disciplinas ajenas al mundo jurídico. La colaboración e influencia desde predios distintos a los jurídicos, le otorga la definición y ubicación completa, integral.

Al respecto, es de apostrofar que la presencia de los derechos fundamentales no solamente se encuentra presentes en la totalidad de ramas del Derecho, sino, además en igual alcance y naturaleza de las disciplinas y ciencias diferentes al mismo. Su transversalidad resulta ser omnipresente.



## **10 CONCLUSIONES**

Tanto las tecnologías de la información, como la inteligencia artificial, han demostrado de manera irrefutable su contundente transformación.

Dichas transformaciones han cambiado para mejor la vida de las personas del mundo. Incluso, ello ha rebasado en gran medida los estimados límites iniciales.

No obstante, no debe perderse de vista que, si bien es cierto, que el avance, desarrollo y transformación de las tecnologías de la información y de la inteligencia artificial, en extremo alguno deben abrazar licencia de justificar su transformación, cuando ello devenga en vulneración sistemática de los derechos fundamentales y, sobre todo, de los sectores más carenciales.

La transformación de las tecnologías de la información y de la inteligencia artificial; tiene que en estricta correspondencia de la naturaleza que abraza la transformación de los derechos fundamentales.

La transformación de las tecnologías de la información e inteligencia artificial, precisan además observar los alcances y efectos en lo relativo a la interdisciplinariedad, a efectos de no desnaturalizar su naturaleza y además, no vulnerar los derechos fundamentales de las personas.

## **11 SUGERENCIAS**

Deviene en imprescindible y muy urgente, la promoción de la capacitación, uso, concientización e implantación de políticas públicas en favor de la inteligencia artificial y las tecnologías de la información, con enfoque interdisciplinar.

Sin embargo, lo anterior debe asumirse a la luz de una estrategia. Y es que no se trata de implantar conjunta y simultáneamente las etapas de la transformación de las tecnologías de la información. Es decir, i) nuevas tecnologías, ii) tecnologías inteligentes, iii) tecnologías más inteligentes y iv) tecnologías futuras.

Y en iguales términos en lo relativo a la inteligencia artificial.

Por lo tanto, consideramos que como cada país tiene su propio nivel de desarrollo, que es diferente del de los demás. Lo correcto sería que cada país implementara la transformación de las tecnologías de la información y de la inteligencia artificial, pero de acuerdo con su propia realidad y recursos económicos.

De esta manera, se producirá un avance sostenido y progresivo en el uso e implementación de la transformación de las tecnologías de la información e inteligencia artificial, garantizando a su vez, los derechos fundamentales de todas las personas y los beneficios de la interdisciplinariedad.

## REFERENCIAS

BARRO, S., and L. Rouhiainen. 2020. **Innovation and Smart Technologies**. <https://api.foroeconomicodegalicia.es/uploads/FEG/originals/b85559c4-758b-4df1-968b-24f1f974e11e.pdf>.

BEYLIS, Guillermo Raúl; MALONEY, William; VULETIN, Guillermo; RIVEROS, Jorge Andrés Zambrano. 2023. **Connected: Digital technologies for inclusion and growth**. <https://openknowledge.worldbank.org/server/api/core/bitstreams/12e40c3f-5e54-440e-8f0f-982edcb156c9/content>.

CODE, Sergie. 2023. **La evolución de la Inteligencia Artificial: ¿Cómo llegamos a la tecnología de hoy?**. <https://www.linkedin.com/pulse/la-evoluci%C3%B3n-de-inteligencia-artificial-c%C3%B3mo-llegamos-sergie-code-/?originalSubdomain=es>.

CRUZ PÉREZ, M.A., M.A. Pozo Vinueza, H.R. Aushay Yupangui, and A.D. Arias Parra. 2019. Information and Communication Technologies (ICT) as an interdisciplinary research form with an intercultural approach for the student training process. **e-Ciencias de la Información** 9(1). <https://doi.org/10.15517/eci.v1i1.33052>

DE PABLOS PONS, J. 2018. Digital technologies and their impact on the University. The new mediations. **RIED. Revista Iberoamericana de Educación a Distancia**. 21(2): 83-95.

ECONOMIC COMMISSION FOR LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN (ECLAC). 2021. **Digital technologies for a new future**. United Nations, Santiago. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/879779be-c0a0-4e11-8e08-cf80b41a4fd9/content>.

GALIMBERTI, C., S. Ignazi, P. Vercesi, and G. Riva. 2001. Characteristics of interaction and cooperation in immersive and non-immersive virtual environments. *In* G. Riva and C. Galimberti, eds. **Towards cyberpsychology: Mind, cognition and society in the internet age**, 129–155. IOS Press.

FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Carlos y Boulat Pierre. (2022). **Inteligencia Artificial y Derecho**. Problemas y perspectivas. [http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10061-inteligencia-artificial-y-derecho-problemas-y-perspectivas/#\\_Toc416175199](http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10061-inteligencia-artificial-y-derecho-problemas-y-perspectivas/#_Toc416175199).

FLORENCIA CABRERA, Romina. (2015). **E-justicia, una oportunidad para la Inteligencia Artificial y Protección de Datos**.

<http://www.diplointernetgovernance.org/profiles/blogs/e-justicia-una-oportunidad-para-la-inteligencia-artificial-y>.

GARRIDO KOEHLIN, Juan José, (2015). **La cuarta ola**.  
<http://peru21.pe/opinion/juan-jose-garrido-cuarta-ola-2217995>.

ITTRENDS. 2022. **Smarter, connected and safer technologies in 2022**.  
<https://www.ittrends.es/transformacion-digital/2022/02/tecnologias-mas-inteligentes-conectadas-y-seguras-en-2022>

MALPICA VELASCO, José Antonio. (2022) “**Inteligencia Artificial y conciencia**”.  
[http://www3.uah.es/benito\\_fraile/ponencias/inteligencia-artificial.pdf](http://www3.uah.es/benito_fraile/ponencias/inteligencia-artificial.pdf).

MARTÍNEZ MORALES, Manuel (2014). **Inteligencia Artificial... ¿Qué es eso?**  
<https://www.uv.mx/cienciauv/blog/ia-quees/#:~:text=El%20campo%20de%20la%20inteligencia,la%20computaci%C3%B3n%20y%20la%20I%C3%B3gica>.

MINISTRY OF EDUCATION OF THE NATION. 2021. **Digital technologies**. Buenos Aires. [https://backend.educ.ar/refactor\\_resource/get-attachment/48088](https://backend.educ.ar/refactor_resource/get-attachment/48088).

NISA ÁVILA, Javier Antonio. (2016). **Robótica e Inteligencia Artificial ¿legislación social o nuevo ordenamiento jurídico?**  
[http://tecnologia.elderecho.com/tecnologia/internet\\_y\\_tecnologia/Robotica-Inteligencia-Artificial-legislacion-social-nuevo-ordenamiento\\_11\\_935305005.html](http://tecnologia.elderecho.com/tecnologia/internet_y_tecnologia/Robotica-Inteligencia-Artificial-legislacion-social-nuevo-ordenamiento_11_935305005.html).

VILLARROEL ORTEGA, V., ed. 2006. **Information and communication technologies for development**. <https://www.ongawa.org/wp-content/uploads/2015/01/Tecnologias-de-la-informacion-y-comunicacion.pdf>.

## ASPECTOS PENAIS DO CANCELAMENTO VIRTUAL SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

TEIXEIRA, Geovanny Cavalcanti<sup>2</sup>  
BEZERRA, Tiago José de Souza Lima<sup>3</sup>

**RESUMO:** Esse trabalho trata sobre uma análise da cultura do cancelamento e seus aspectos penais sob a perspectiva do direito ao esquecimento. Objetiva-se, então, abordar os conceitos e aplicações da cultura do cancelamento virtual, do linchamento e do “tribunal da internet” sob a perspectiva do Direito Penal. O estudo do tema é importante porque possibilita uma análise científica dos impactos dessas condutas na esfera penal e a respeito da sua atual aplicação pelos tribunais superiores. Serão utilizadas abordagens indutiva e hipotético-dedutiva, por meio de procedimento monográfico, classificando-se a pesquisa como aplicada, explicativa, bibliográfica, documental e qualitativa. Por fim, conclui-se que a cultura do cancelamento é contrária aos princípios constitucionais do processo penal, e o reconhecimento da constitucionalidade do direito ao esquecimento seria compatível com uma política criminal de combate à desinformação e aos tribunais da internet.

**PALAVRAS-CHAVE:** Cancelamento Virtual. Direito ao Esquecimento. Direito Penal. Linchamento. Tribunal da Internet.

**ABSTRACT:** This paper deals with an analysis of the culture of cancellation and its penal aspects from the perspective of the right to be left alone. The objective then is to approach the concepts and applications of the culture of virtual cancellation, lynching and the "internet court" from the perspective of Criminal Law. The study of the subject is important because it allows a scientific analysis of the impacts of these conducts in the criminal sphere and regarding its current application by the higher courts. Inductive and hypothetical-deductive approaches will be used, through a monographic procedure, classifying the research as applied, explanatory, bibliographical, documentary and qualitative. Finally, it is concluded that the culture of cancellation is contrary to the constitutional principles of criminal procedure, and the recognition of the constitutionality of the right to be left alone would be compatible with a criminal policy to combat misinformation and internet courts.

**Keywords:** Virtual Cancellation. Right to be left alone. Criminal Law. Lynching. Internet Court.

### 1 INTRODUÇÃO

---

<sup>2</sup>Bacharelado do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Técnico em Têxtil pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte. Bolsista de Apoio Técnico da Biblioteca Setorial do CERES-UFRN.

<sup>3</sup> Mestre em Direito Constitucional (UFRN). Especialista em Direito Digital e Compliance (Instituto Damásio de Direito). Bacharel em Direito (UFRN). Advogado licenciado (OAB/RN 17.198). Professor substituto do Departamento de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Assessor jurídico do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte.

A cultura do cancelamento cresce diariamente na sociedade atual, e quando se trata dos meios digitais, como a internet, por exemplo, esse crescimento chega a ser incontrolável, trazendo, assim, aspectos negativos no que concerne ao direito brasileiro, ainda mais quando se advém de uma ideia presunçosa do “tribunal da internet”.

Este artigo abordará os aspectos penais da cultura do cancelamento virtual sob a perspectiva do direito ao esquecimento, ressaltando a necessidade de se separar as condutas morais, éticas e jurídicas de uma forma de linchamento que vem crescendo exponencialmente no decorrer da evolução da sociedade informatizada, bem como garantir a proteção das pessoas, resguardada pelo direito ao esquecimento.

Justifica-se a pesquisa diante da importância de se entender as consequências jurídicas da cultura do cancelamento virtual na sociedade atual, bem como, o modo que o Código Penal enxerga tais condutas, demonstrando, assim, a necessidade de se encontrar meios efetivos para lidar com a temática que vem crescendo diariamente não só na esfera das mídias digitais, mas na seara jurídica.

Objetiva-se, então, compreender como se concretizam as condutas do cancelamento virtual, diante de situações diversas, analisando-se o tema sob o olhar do Direito Penal e das condutas sociais que envolvem o tema.

Quanto à metodologia, serão utilizadas as abordagens indutiva e hipotético-dedutiva. O método monográfico prevalecerá em relação aos procedimentos, e a pesquisa será classificada como aplicada, explicativa, bibliográfica, documental e qualitativa.

O artigo será seccionado da seguinte forma: no primeiro tópico será tratado sobre o linchamento virtual e a cultura do cancelamento. Por fim, o último tópico tratará sobre os aspectos penais do direito ao esquecimento sob uma análise das condutas empregadas pelo Código Penal.

## **2 LINCHAMENTOS VIRTUAIS E A CULTURA DO CANCELAMENTO**

A cultura do cancelamento consiste, segundo Marques e Freitas (2021), na “[...] exclusão e punição social para determinado grupo ou indivíduo em razão de erros considerados imperdoáveis pelos usuários de redes sociais”. Trata-se, portanto, de um fenômeno pós-moderno proporcionado pela internet, que impede o diálogo, o

perdão e o esquecimento, e viola o processo de ressocialização, a intimidade e a vida privada do apenado e do egresso no âmbito do Processo Penal (Marques; Freitas, 2021). Entende-se, segundo Rodrigues (2020), “[...] como um acerto público de contas e um pedido de ajustamento de condutas em relação à alguma transgressão social que não passou por um controle adequado nos canais tradicionais”.

Ao mesmo tempo em que a Constituição Federal (Brasil, 1988) garante, como um direito fundamental, a livre manifestação do pensamento em seu artigo 5º, inciso IV, define como invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando-se o direito à indenização pelos danos materiais ou morais decorrentes de sua violação (art. 5º, X). No mesmo sentido emerge a Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) que, na medida em que prevê a liberdade de expressão, nos termos da Constituição Federal, como um dos seus princípios, também garante a privacidade e a proteção dos dados pessoais (Brasil, 2014).

A cultura do cancelamento se insere, portanto, em um paradoxo firmado entre a livre manifestação do pensamento e a violação à honra, caracterizando-se como uma manifestação típica da sociedade da informação e uma deturpação dos processos de democracia digital. Camilloto e Urashima (2020) retratam a complexidade do processo de comunicação social em meio à pluralidade social e de um quadro de polarização política nos âmbitos públicos e privados, enfatizando a presença de uma dimensão moral no cancelamento, que seria “[...] resposta à não-observância de alguma norma tida por um grupo identitário como fundamental para atendermos ao respeito às obrigações recíprocas [...]” (Camilloto; Urashima, 2020). Desse modo, o cancelamento segue da seguinte forma:

O grupo que faz um linchamento digital, por sua vez, parte da premissa de que, pelo menos naquele ato especificamente, é moralmente superior a quem está sendo justificado. A comunidade de linchadores se sente justificada porque um dos seus patrulheiros, em seu turno de guarda das fronteiras da identidade, constatou um erro, um pecado, uma violação de alguma das suas crenças por parte de algo ou alguém.

Cabe ao patrulheiro tocar a corneta e chamar às armas os vigilantes da identidade para que a punição seja aplicada e o valor pecaminosamente violado seja restaurado e reafirmado (Gomes, 2020).

A cultura do cancelamento é avessa ao princípio da presunção de inocência. Esse é, então, seu pior “inimigo”, na medida em que os “tribunais da internet” antecipam a aplicação de penas cruéis e, muitas vezes, perpétuas, que sequer

existiriam se houvesse a real persecução criminal até uma condenação sob o devido processo legal. A questão é ainda mais grave quando a prática decorre unicamente de fofocas, *fake news* e especulações populares e midiáticas. Muitas vezes, a imprensa veicula reportagens sensacionalistas pautadas apenas na instauração de investigações e inquéritos policiais, os quais podem futuramente ser arquivados sem gerar qualquer consequência nos antecedentes do indivíduo que se torna vítima do cancelamento. Dados pessoais são vazados e há a publicação, em alguns casos, de informações que estão sob sigilo de justiça. Seria o direito ao esquecimento, então, a solução para o agente “cancelado” e/ou vítima dos linchamentos virtuais?

Partindo desse pressuposto, este processo de etiquetagem social, desempenhado em parte fundamental pela mídia, outra pela população, serve como uma rede de ódio e intolerância, principalmente quando se trata de uma rede “informativa” reformulada por likes e engajamento midiático (Marques; Freitas, 2021). Essa teoria, data do seu surgimento nos Estados Unidos da América, sendo definida segundo Lavôr (2019), como:

A teoria supra significa “rotulação”, “estigma” para criminologia crítica. Tratam-se de dados altamente seletivos e discriminatórios, nos quais os indivíduos ali etiquetados são na maioria das vezes pobres, negros, semialfabetizados, ou seja, há uma nítida omissão da classe dominante, o que desvia o foco de estudo da teoria para as áreas degradadas, ficando os “engravatados” despercebidos (Lavôr, 2019, p.78).

Apesar de tratar-se de um nicho bem definido, a cultura do cancelamento, em face da Revolução 4.0, se estende entre os vários meios de espaço, sejam eles físicos ou virtuais, o que demonstra a expansão constante do “estigma” e “rotulação” citados por Lavôr (2019), assim se estendendo para uma nova abordagem, a informacional de mídias digitais.

A conduta do cancelamento gera o que se denomina de “linchamento”. A palavra “linchar” teve sua origem com o fazendeiro americano William Lynch, no começo do século XIX, que, juntamente com seus vizinhos, criou um “tribunal” privado que lhe dava o direito de julgar, condenar e matar quem cometesse crimes dentro daquele espaço em que eles residiam, ficando conhecido como “*Lynch Law*” que logo daria lugar ao verbo “*to lynch*”, em inglês (DE JESUS, 2014). Entretanto, no Brasil, o linchamento não é uma novidade, de modo que documentos históricos comprovam

que esse tipo de “justiça” ocorre no país desde meados do século XVI, quando a palavra linchamento ainda não fazia parte do vocábulo brasileiro (MARTINS, 1996).

Segundo Martins (2015), o primeiro linchamento no País se dá em épocas datadas em torno do século XVI:

O mais antigo linchamento ocorrido no Brasil de que se tem notícia é de 1585, em Salvador, Bahia, quando foi linchado o índio Antônio Tamandaré. Fugido de uma aldeia jesuítica, proclamou-se papa. Liderou um movimento religioso no sertão, conhecido como Santidade, que teve como adeptos índios tupinambás, mamelucos, negros da Guiné e brancos, inclusive fidalgos. Os próprios índios fugidos das aldeias queimaram-lhe o templo, prenderam-no, mataram-no cortaram-lhe a língua e o estrangularam (Martins, 2015).

Partindo dessa premissa, é possível ver como o linchamento não é um fenômeno dos dias atuais, mas sim, uma adequação das práticas que datam historicamente do século XVI, tendo sua mudança não na sua forma/essência, mas nos meios ao quais agora ele ocorre, transpassando os muros físicos da sociedade e se espalhando pelo mundo digital.

As questões do linchamento virtual não destoam das do linchamento real. O que difere esses usuários é a distinção da divisão binária entre cidadãos de bem e mal, sendo esse resultado de um conceito moral e ético dos indivíduos e da sociedade (Freitas, 2017). Segundo Freitas (2017), “enquanto os linchados nas ruas são representados com características que o enquadram como de ‘alta periculosidade’, os que sofrem com o linchamento virtual são apenas pessoas comuns”. Ao estabelecer a relação entre o cancelamento e os linchamentos, Gomes (2020) afirma:

O cancelamento pode se seguir a linchamentos, só que o primeiro é reservado a poucos. Todo mundo pode ser um dia linchado digitalmente, mas só pessoas com visibilidade e importância social e, o que é mais importante, que pareçam vinculadas a ou simpatizantes da pauta identitária, é que podem ser canceladas. O cancelamento envolve ruptura e luto, uma vez que o cancelado tem que ter representado alguma coisa para quem o cancela, mas o sentido de ultraje moral e a fúria linchadora é mesma.

A partir da perspectiva supracitada apresentada por Gomes (2020), haveria uma diferenciação entre o cancelamento e o linchamento, apesar de ambos poderem fazer parte do mesmo fenômeno e serem etapas consecutivas em um mesmo processo. Assim, todos podem ser linchados; mas, para ser cancelado, é preciso



“existir” socialmente e ter relevância social, o que desencadeia, muitas vezes, práticas racistas e segregacionistas na rede.

Apesar de apresentar características distintas e vítimas das mais variadas camadas sociais, a noção de linchamento moral/virtual/público reforça a ideia já instalada socialmente de uma interconexão entre o real e o virtual, importante para se compreender os discursos e as representações das complexas relações sociais cotidianas, inclusive ligadas à violência (Freitas, 2017). Portanto, discutir essas condutas que levam os indivíduos a cometer tais barbáries ajuda a compreender a conjuntura social vigente, bem como o real sentido de justiça em uma sociedade globalizada em ascensão.

Dessas condutas, surge o “tribunal da internet”, que pode ser visto como uma busca incessante pelo valor de justiça vingativo nas redes sociais a qualquer custo, ocasionando um julgamento que é realizado por uma pessoa que não tem legitimidade para tal, remontando às práticas dos antigos Tribunais da Inquisição, onde os cristãos se davam ao direito de julgar aqueles que consideravam hereges (Santos; Nunes, 2020). Nesse sentido, é importante mencionar que “[...] o cancelamento se revela como uma ação na qual há convenções e normas que regem a interação entre seus membros e que servem de referência para avaliar terceiros” (Camilloto; Urashima, 2020).

O “tribunal da internet” se apresenta como uma espécie de julgamento social pelos usuários das redes digitais, de modo que, ao visualizarem determinada acusação nos meios digitais, ainda que esta ocorra de maneira informal, sentem-se no direito de opinar, ou até mesmo punir, através de uma tentativa de encontrar justiça em um caso concreto. Desse modo, tendo em vista que tal julgamento se concretiza apenas com a informação repassada pela fonte, as consequências podem ser vistas como resultantes do ferimento aos direitos fundamentais que foram conquistados ao longo da história (Melo, 2020).

Concomitante, percebe-se que a cultura do linchamento/cancelamento/“tribunal da internet” se apresenta como uma justiça pessoal, dos indivíduos da rede, para a sociedade (Inocêncio; Rebouças, 2019). Assim essa conduta causa diversos empecilhos no que tange às garantias de direitos fundamentais inerentes a todos os seres humanos, garantidos por meio da Declaração dos Direitos Humanos, da ONU, e da evolução do ordenamento jurídico vigente,

ultrapassando até mesmo os princípios expostas na Constituição como cláusulas pétreas. A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu art. 5º, inciso LVII sobre:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; [...] (Brasil, 1988).

Desta forma, considerar alguém culpado por um julgamento virtual realizado em meio a um “tribunal popular” fere diretamente o seu direito garantido constitucionalmente. Sendo assim, “cancelar” alguém por culpabiliza-lo, julgando-o culpado de uma ação que não está expressa em lei, nada mais é do que a inaplicação do art. 1º do Código Penal, que discorre que “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal” (Brasil, 1940), não podendo ser o sujeito penalizado sem as garantias do devido processo legal.

Não obstante, percebe-se que não é preciso estar vivo para ser cancelado. Um dos exemplos dessa aplicação se dá com o músico Raul Seixas, que não escapou do tribunal da internet. Em uma biografia escrita por Jotabê Medeiros sobre o cantor, existia uma fala que acusava Raul de ter entregue seu amigo Paulo Coelho aos agentes da Ditadura Militar (Carvalho; Silva, 2020). Apesar de se tratar de uma biografia não oficial, isso não foi um impedimento para que o cantor fosse cancelado bruscamente pelo tribunal da internet (Carvalho; Silva, 2020). Situações como essa destoam ainda mais a linha tênue sobre o cancelamento na sociedade da informação e o direito ao esquecimento, de modo a instigar como inverdades, desinformação e notícias falsas podem se transformar em penas cruéis e perpétuas.

### **3 DA CULTURA DO CANCELAMENTO AO DIREITO AO ESQUECIMENTO: ASPECTOS PENAIIS**

Define-se o direito ao esquecimento como “[...] uma perspectiva que admite que um fato, mesmo verídico, ocorrido em determinada época, deixe de ser revelado ao público, ou, ainda, possibilita que este mesmo fato seja retirado dos meios de comunicação [...]” (Nunes; Santos; Martini, 2019).

O direito ao esquecimento tem forte relação com o caráter humanizador das penas em um Estado Democrático de Direito, cujas garantias constitucionais asseveram a inexistência de penas cruéis e de caráter perpétuo, a exemplo do que está previsto no artigo 5º, XLVII, da Constituição Federal. Sob essa perspectiva, Bitencourt (2020) estabelece um panorama da aplicação do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito:

Tomando como referente o sistema político instituído pela Constituição Federal de 1988, podemos afirmar, sem sombra de dúvidas, que o Direito Penal no Brasil deve ser concebido e estruturado a partir de uma concepção democrática do Estado de Direito, respeitando os princípios e garantias reconhecidos na nossa Carta Magna. Significa, em poucas palavras, submeter o exercício do *ius puniendi* ao império da lei ditada de acordo com as regras do consenso democrático, colocando o Direito Penal a serviço dos interesses da sociedade, particularmente da proteção de bens jurídicos fundamentais, para o alcance de uma justiça equitativa.

Se a própria Constituição Federal estabelece, como direito fundamental, a vedação a penas cruéis e perpétuas (Brasil, 1988), não se pode permitir que a imputação de condutas criminosas e a cominação de penas sejam marcas indelévels na vida do agente que, em um dado momento, figurou como sujeito ativo de uma infração, ainda que sua culpabilidade tenha se confirmado por uma sentença condenatória transitada em julgado. Diante dessas considerações iniciais, Ehrhardt Júnior, Nunes e Porto (2017) concluem que “[...] os registros da condenação não devem se perpetrar além do tempo da respectiva pena”. Nesse sentido, é pertinente discutir a incidência do direito ao esquecimento, definido como “[...] o direito fundamental da pessoa física fazer com que a informação sobre ela seja apagada depois de um determinado período de tempo” (Marques; Freitas, 2021).

É possível relacionar o direito ao esquecimento com a incidência da reincidência e dos maus antecedentes na dosimetria da pena. A reincidência é circunstância agravante genérica prevista nos artigos 61, I, e 63, todos do Código Penal. É verificada “[...] quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior” (Brasil, 1940). Há, ainda, para a aplicação da reincidência, a observação de um lapso temporal de cinco anos (período depurador), entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, conforme determina o artigo 64, I, do Código Penal:

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação (Brasil, 1940).

Desse modo, “chama-se *reincidente* aquele que cometeu um crime após a data do trânsito em julgado da sentença que o condenou por crime anterior, enquanto não transcorrido o prazo de cinco anos, contados a partir do cumprimento ou da extinção da pena” (Bitencourt, 2020). O ordenamento jurídico brasileiro adotou, portanto, o sistema da temporariedade que, conforme Capez (2020),

Com a adoção da prescrição da reincidência, o CP afastou o sistema da perpetuidade, adotando o da temporariedade da reincidência. O estigma da sanção penal não é perene. Limite-se no tempo. Assim, transcorrido certo lapso de tempo sem que outro delito tenha sido praticado, evidencia-se a ausência de periculosidade e sua normal reinserção social. O condenado quita sua obrigação com a Justiça Penal. Assim, a reincidência só prevalece se o crime for praticado até certo tempo após a extinção da pena imposta pelo anterior.

Já os antecedentes são definidos por Bitencourt (2020) como “[...] os fatos anteriores praticados pelo réu, que podem ser bons ou maus”. Correspondem, conforme Greco (2022), “[...] ao histórico criminal do agente que não se preste para efeitos de reincidência”. O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento, por meio da Súmula 444, que “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base” (Brasil, 2010). No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal fixou, com repercussão geral reconhecida, a tese relativa ao Tema 129, sob o seguinte entendimento: “a existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena” (Brasil, 2015).

As questões ora levantadas a respeito da reincidência e dos maus antecedentes são decorrentes do respeito aos princípios constitucionais do devido processo legal e da presunção de inocência, concebendo-se a aplicação de sanções sob um caráter humanizador ante a vedação de penas perpétuas e cruéis. Se condenações transitadas em julgado e infrações anteriores cometidas pelo agente são “esquecidas” após um lapso temporal (período depurador), que validade teriam os

juízos proferidos pela mídia e pelos “tribunais da internet” em um contexto promovido pela cultura do cancelamento?

A cultura do cancelamento tem efeitos nefastos e ultrapassa os limites virtuais, incidindo em condutas criminosas. Como exemplo, tem-se o caso que resultou no falecimento de Fabiane Maria de Jesus, morta em 05 de maio de 2014, após ser espancada por moradores de Guarujá/SP diante de um boato em uma página em rede social que afirmava que a mesma sequestrava crianças e praticava bruxaria em rituais de magia negra (Rossi, 2014). Em síntese,

Na época, a página no Facebook Guarujá Alerta publicou informações sobre “uma mulher que está raptando crianças para realizar magia negra”, supostamente na região. Além da frase “se é boato ou não devemos ficar alerta”, o administrador postou imagens: um retrato falado (associado a um crime cometido no Rio, em 2012) e a foto de uma mulher loira, que tampouco tinha a ver com o caso.

Naquele ano, não houve denúncia de sequestro de crianças em Guarujá para os órgãos competentes do município, o que torna o caso mais trágico. Ou seja, a informação foi totalmente inventada. O caso de Fabiane é o primeiro de maior repercussão no Brasil em que boatos pela internet promoveram a morte de uma inocente. Oito anos depois, o caso ainda ecoa pelo país (Alencar, 2022).

A veiculação, pela mídia e pelas redes sociais, de retratos falados e de pessoas suspeitas de cometerem crimes antecipam, muitas vezes, condenações perpétuas instigadas por linchamentos virtuais, como ocorreu no caso de Fabiane Maria de Jesus. Nesse sentido, os aspectos da publicidade são maléficos e geram, ao invés de promover o direito à informação típicos dos atos processuais, juízos populares e antecipações de penas em um processo de autotutela penal. E se Fabiane tivesse sobrevivido? Seria o Estado capaz de reparar os danos que a mesma sofrera? Perderia ela o estigma de “bruxa”, ainda que comprovada sua inocência perante o Judiciário?

Associam-se as discussões do direito ao esquecimento, no âmbito das ações penais, à prevalência do princípio da publicidade, estando o sigilo reservado à fase inquisitorial (inquérito policial) e às situações que demandam o segredo de justiça. A fundamentação dessa norma está no artigo 93, IX, da Constituição Federal, segundo o qual:

Todos os juízos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar

a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (Brasil, 1988).

A publicidade dos atos processuais está disposta no artigo 792, do Código de Processo Penal, que também a excetua nas situações em que “[...] puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem [...]” (BRASIL, 1941). Além disso, conforme o artigo 5º, LX, da Constituição Federal, “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (Brasil, 1988).

Quando se trata do direito ao esquecimento, observa-se, assim, um evidente conflito entre a necessidade de publicidade e acesso à informação dos atos processuais versus o direito à intimidade, à privacidade e, até mesmo, à proteção de dados pessoais da parte. Apesar da publicidade dos atos processuais, aplicar-se-ia o direito ao esquecimento, segundo Ehrhardt Júnior, Nunes e Porto (2017), a partir da perspectiva da perda de interesse dos fatos públicos divulgados no passado, devendo ser excluídos em um eventual conflito com a proteção do nome, da reputação e do direito de ser deixado em paz dos envolvidos. Não obstante, “o resguardo à privacidade não pode apagar parte da história, tampouco obstar o direito da imprensa de divulgar fatos relevantes e de interesse público” (Ehrhardt Júnior; Nunes; Porto, 2017).

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 1010606, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese de repercussão geral (Tema 786), que trata da aplicabilidade do direito ao esquecimento no País:

É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível (Brasil, 2021).

Observa-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a incompatibilidade do direito ao esquecimento com o ordenamento jurídico vigente, sendo possível a sua aplicação diante das circunstâncias a serem analisadas nos

casos concretos, de forma excepcional, ante aos excessos à liberdade de expressão e informação e aos sinais de violação de bens que são protegidos penalmente, como a honra e a privacidade.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade da informação emerge, na pós-modernidade, em um contexto em que, cada vez mais, os meios informatizados de comunicação proporcionam a ampla divulgação de informações, em tempo real, ao mundo inteiro. Do mesmo modo em que as tecnologias da informação e comunicação aperfeiçoam os recursos tecnológicos disponíveis na internet, em especial, nas redes sociais, verifica-se um crescimento do processo de desinformação e divulgação de notícias falsas (*fake news*) que geram, na sociedade, o sentimento de insegurança e incapacidade de distinguir o que é real do que não é.

O fortalecimento de uma democracia digital e da liberdade de expressão e informação em rede dá brechas para que excessos sejam cometidos e violações a direitos humanos sejam praticadas sob a única justificativa da liberdade em si. Essa liberdade fortalece e dá margem a redes de ódio, que constituem verdadeiros “tribunais virtuais” e modelam o que se denominou como cultura do cancelamento.

Paralelamente aos verdadeiros tribunais legitimados pela Constituição Federal a proferir julgamentos pelo Poder Judiciário, surgem os “tribunais virtuais” como esferas sociais aptas a provocar a desinformação, o ódio e a antecipação de penas cruéis e, muitas vezes, perpétuas, cujas tipificações têm como preceitos secundários o “cancelamento”, a exclusão social, o ódio em massa, a morte social e, muitas vezes, a morte real, como foi demonstrado com o caso de Fabiane Maria de Jesus, explanado no desenvolvimento deste trabalho.

Diante da cultura do cancelamento, que tem seus reflexos agravados pela desinformação e divulgação de notícias falsas nas redes sociais, surge o direito ao esquecimento como uma forma de minimizar seus danos e proporcionar, ao agente, a chance de ser julgado sob um verdadeiro processo legal e ser desvinculado de estigmas que o acompanham desde a acusação até a publicidade dos atos comuns à persecução criminal.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 1010606, o Supremo Tribunal Federal fechou o cenário para a aplicação do direito ao esquecimento no Brasil e abriu

margem para uma atuação cada vez mais ativa do Judiciário (para não chamar de ativismo judicial), na medida em que permite a sua aplicação excepcional diante da análise de cada caso concreto. Qual seria, então, a solução para a cultura do cancelamento, se o direito ao esquecimento resta afastado pela jurisprudência da Suprema Corte?

É preciso perceber a linha tênue que existe entre a regulação das mídias e redes sociais, e a prática da censura. Em um Estado Democrático de Direito, não se pode permitir que a liberdade de informação e expressão, tão duramente conquistada após o período de redemocratização, abale a proteção a bens juridicamente tutelados pela Constituição Federal e pela legislação penal, como a honra, a intimidade e a privacidade. Apesar de haver tipos penais específicos para combater as violações a esses objetos jurídicos, como os crimes contra a honra, seu caráter sancionador não parece suficiente para resguardar as vítimas dos tribunais da internet e, principalmente, para reparar os danos causados pela cultura do cancelamento.

Conclui-se, portanto, que o reconhecimento da constitucionalidade do direito ao esquecimento seria, portanto, uma solução viável se sua aplicação não ficasse restrita ao olhar de cada julgador e se houvesse, para fins de política criminal, meios concretos de executá-lo juntamente com o combate à desinformação e à cultura do cancelamento na sociedade da informação.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Marta. Caso Fabiane Maria de Jesus: desinformações podem até matar inocentes. **Coar**, 06 maio 2022. Disponível em:

<https://coarnoticias.com/2022/05/06/caso-fabiane-maria-de-jesus-desinformacoes-podem-ate-matar-inocentes/>. Acesso em: 26 jun. 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: volume 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília: Presidência da República, 1940. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 19 jun. 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília: Presidência da República, 1941. Disponível em:



[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 18. jun. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 18. jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília: Presidência da República, 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 02 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 444**. Brasília, 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 129**. Consideração de ações penais em curso como Maus Antecedentes para fins de dosimetria da pena. Brasília, 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2631969&numeroProcesso=591054&classeProcesso=RE&numeroTema=129>. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 786**. Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares. Brasília, 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5091603&numeroProcesso=1010606&classeProcesso=RE&numeroTema=786>. Acesso em: 26 jun. 2022.

CAMILLOTO, Bruno; URASHIMA, Pedro. Liberdade de expressão, democracia e cultura do cancelamento. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, Guanambi, v. 7, n. 2, e317, jul./dez. 2020. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/317/190>. Acesso em: 02 jul. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral, volume 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CARVALHO, Hércules Moreira Rezende de; SILVA, Eduardo Moraes Lameu. A cultura de cancelamento: Tribunal da internet. **Revista Pixels**, v. 11, Ano II, jan-jun. 2020. Disponível em: [http://fdcl.edu.br/revista/pixels/wp-content/uploads/2020/12/fdcl\\_pixels\\_ano2\\_vol1\\_2020-1\\_artigo01.pdf](http://fdcl.edu.br/revista/pixels/wp-content/uploads/2020/12/fdcl_pixels_ano2_vol1_2020-1_artigo01.pdf). Acesso em: 18 jun. 2022.

DE JESUS, Damásio Evangelista. Linchamentos. **Jornal Carta Forense**, 2014.

Disponível em:

<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/linchamentos/13792>. Acesso em: 20 jun. 2022.

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**, v. 54, n. 213, 2017. Disponível em:

[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril\\_v54\\_n213\\_p63.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p63.pdf). Acesso em: 18 jun. 2022.

FREITAS, Rosiane da Cruz de. **Linchamentos e silenciamentos**: uma análise sobre os justicamentos e os meios de comunicação no Mato Grosso do Sul.

Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Universidade Federal da Grande Dourados. Dourados, p. 145. 2017. Disponível em:

<https://repositorio.ufgd.edu.br/jspui/bitstream/prefix/1253/1/RosianedaCruzdeFreitas.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2022.

GOMES, Wilson. O cancelamento da antropóloga branca e a pauta identitária. **Folha de São Paulo**, 11. ago. 2020. Disponível em:

[https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2020/08/o-cancelamento-da-antropologa-branca-e-a-pauta-identitaria.shtml?utm\\_source=mail&utm\\_medium=social&utm\\_campaign=compmail](https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2020/08/o-cancelamento-da-antropologa-branca-e-a-pauta-identitaria.shtml?utm_source=mail&utm_medium=social&utm_campaign=compmail). Acesso em: 02 jul. 2022.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: volume 1, parte geral. 24. ed. Barueri: Atlas, 2022.

INOCÊNCIO, Luana; REBOUÇAS, Davi. Já que é pra tombar, TOMBEI!: cultura do cancelamento, o tribunal da internet e representação de marcas nos memes do “close errado” de Karol Conká no BBB 21. *in*: VII Seminário Internacional de Pesquisas em Mídia e Cotidiano, [s.n.], 2019, [s.l.]. **Anais Eletrônicos**. [s.l.]: VII Seminário Internacional de Pesquisa em Mídias e Cotidiano, 2019. Disponível em: [http://designnaleitura.net.br/8sipmc/files/gt4\\_080\\_18213.pdf](http://designnaleitura.net.br/8sipmc/files/gt4_080_18213.pdf). Acesso em: 26 jun. 2022.

LAVÔR, Isabelle. Lucena.. **Criminologia crítica e sistema punitivo**. Porto Alegre: Editora Canal Ciências Criminais, 2019.

MARQUES, Anna Elisa Alves; FREITAS, Beatriz Amâncio de Paiva. Cancelamento no Brasil: uma análise da tese de repercussão geral nº 786 do Supremo Tribunal Federal. **Revista Transgressões**: ciências criminais em debate, v. 9, n. 1, ago.

2021. Disponível em:

<https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/24187/14628>. Acesso em: 18 jun. 2022.

MARTINS, José de Souza. Linchamento: o lado sombrio da mente conservadora.

**Revista Tempo Social**, [s.l.], v. 8, n. 2, p. 11-26, 1996. Disponível em:

<https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/86293/88957>. Acesso em: 26 jun. 2022.

MARTINS, José de Souza. **Linchamentos**: justiça popular no Brasil. 1. Ed. São Paulo: Contexto, 2015.

MELO, Patrícia Tonelli de. A cultura do cancelamento digital e o tribunal da internet:

Há limites para essa nova concepção?. **Jus.com.br**, 2020. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/85477/a-cultura-do-cancelamento-digital-e-o-tribunal-da-internet-ha-limites-para-essa-nova-concepcao>. Acesso em: 20 jun. 2022.

NUNES, Giullia Eckert; SANTOS, Dailor dos; MARTINI, Sandra Regina. O direito ao esquecimento frente à sociedade da informação. **Revista Conhecimento Online**, ano 12, v. 1, jan./abr. 2020. Disponível em:

<https://periodicos.feevale.br/seer/index.php/revistaconhecimentoonline/article/view/1877>. Acesso em: 02 jul. 2022.

RODRIGUES, Cristiano. Pode o cancelado cancelar? **Gama Revista**, 11 ago. 2020.

Disponível em: <https://gamarevista.uol.com.br/sociedade/pode-o-cancelado-cancelar/>. Acesso em: 02 jul. 2022.

ROSSI, Mariane. Mulher espancada após boatos em rede social morre em Guarujá, SP: ela foi agredida após ser acusada de praticar magia negra com crianças.

Moradores registraram vídeos mostrando a agressão e postaram na web. **G1**,

Santos/SP, 05 maio. 2014. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2014/05/mulher-espancada-apos-boatos-em-rede-social-morre-em-guaruja-sp.html>. Acesso em: 26 jun. 2022.

SANTOS, Dionas Rodrigo Leite dos; NUNES, Gabrielle Dutra. A internet como tribunal da inquisição digital e a responsabilização à luz da lei 12.965/14 - Marco civil da internet. *in*: XI Jornada de Pesquisa e X Jornada de Extensão do Curso de Direito da Faculdade Metodista Centenario,[s.n.], 2020, [s.l.]. **Anais Eletrônicos**. [s.l.]: XI Jornada de Pesquisa e X Jornada de Extensão do Curso de Direito da Faculdade Metodista Centenario, 2020. Disponível em:

<http://metodistacentenario.com.br/jornada-de-direito/anais/11a-jornada-de-pesquisa-e-9a-jornada-de-extensao-do-curso-de-direito/gt-2-as-novas-midias-e-o-direito-na-sociedade-informacional/a-internet-como-tribunal-da-inquisicao-digital-e-a.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2022.

## O DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO: ORIGEM E DESENVOLVIMENTO NA HISTÓRIA DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

THE RIGHT AGAINST SELF-INCRIMINATION: ORIGIN AND DEVELOPMENT IN THE HISTORY OF BRAZILIAN CONSTITUTIONS

ASSIS, Éder Pereira de<sup>4</sup>  
ALMEIDA, Patrícia Silva de<sup>5</sup>  
PISSOLATO, Solange Teresinha Carvalho<sup>6</sup>

**RESUMO:** o artigo explora aspectos gerais da não autoincriminação e o instinto de autopreservação, sua possível gênese no direito hebreu, direito anglo-saxão sob as vestes do *the privilege against self-incrimination*, no direito romano, dentre outros. A questão norteadora é a dificuldade para definição de sua origem por ser da essência do homem, em todo o tempo e lugares. A pesquisa é bibliográfica e o método é o dedutivo, ancorado na legislação, artigos científicos e jurisprudência. A previsão da quinta emenda à Constituição dos Estados Unidos da América em 1791, foi um marco para o reconhecimento e efetivação do direito a não autoincriminação, bem como a Convenção Americana de Direitos Humanos em 1969. No Brasil, durante o período das Ordenações do Reino, não havia o reconhecimento explícito ou implícito do direito à não autoincriminação e ao longo das Constituições que se seguiram, previsto em nível de cláusula pétrea na Constituição Federal de 1988. Por conclusão têm-se a dificuldade na definição da origem do direito a não autoincriminação, havendo defensores de que decorre do direito canônico, outros sustentando que das ideias iluministas, e outros de que deriva do *common law*, com aplicação mais restrita sob a forma do *privilege against self-incrimination*.

**PALAVRAS-CHAVE:** Não autoincriminação. História. Constituição Federal.

**ABSTRACT:** The article explores general aspects of non-self-incrimination and the instinct of self-preservation, its possible genesis in Hebrew law, Anglo-Saxon law under the garb of the privilege against self-incrimination, in Roman law, among others. The guiding question is the difficulty in defining its origin because it is of the essence of man, in all times and places. The research is bibliographic, and the method is deductive, anchored in legislation, scientific articles, and jurisprudence. The provision of the Fifth Amendment to the Constitution of the United States of America in 1791 was a milestone for the recognition and realization of the right not to self-incrimination, as well as the American Convention on Human Rights in 1969. In Brazil, during the period of the Ordinances of the Kingdom, there was no explicit or implicit recognition of the

<sup>4</sup> Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação “Sistema Constitucional de Garantia de Direitos” pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru (ITE), professor assistente da Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT). E-mail: eder.assis1@unemat.br. ORCID: 0009-0005-2487-7100.

<sup>5</sup> Doutora e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR), Oficiala Registradora e Tabeliã de Notas no Estado de São Paulo. E-mail: patriciadealmeida3110@gmail.com. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4094-4976>.

<sup>6</sup> Doutoranda em Direito em Empreendimentos Econômicos, Processualidade e Relações Jurídicas pela Universidade de Marília (UNIMAR). E-mail: solangepissolato.mestrado@gmail.com. ORCID 0000-0002-1447-5045.

right not to self-incrimination and, throughout the Constitutions that followed, provided for at the level of a stony clause in the Federal Constitution of 1988. In conclusion, there is the difficulty in defining the origin of the right not to self-incrimination, with some arguing that it derives from canon law, others arguing that it derives from Enlightenment ideas, and others that it derives from common law, with more restricted application in the form of privilege against self-incrimination.

**KEYWORDS:** Non-self-incrimination. History. Federal Constitution.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo buscou, explorar aspectos gerais sobre a não autoincriminação e o instinto de autopreservação. Realiza-se uma análise acerca da sua possível gênese no direito hebreu, no direito anglo-saxão sob as vestes do *the privilege against self-incrimination*, no direito romano, dentre outros. Examina-se a problemática perante a dificuldade de definição das origens do direito a não autoincriminação, que não ocorre exclusivamente no campo da doutrina, refletindo também nos julgados das cortes superiores.

A questão norteadora da pesquisa reside em demonstrar a dificuldade de precisar sua nascente, justamente por ser a autopreservação atinente ao ser humano, em qualquer tempo e lugar. Da abordagem das possíveis origens, embora se identifiquem elementos embrionários no direito romano e canônico, o sistema inquisitorial com a primazia da confissão enquanto meio de prova, a imposição de juramento *ex officio* de dizer a verdade e o emprego de tortura, inviabilizava qualquer efetivação do direito a não autoincriminação, verificando-se no common law sob a forma do *the privilege against self-incrimination*, ainda que mais restrito que o *nemo tenetur se detegere*, importantes bases de sustentação e desenvolvimento para o último, o que foi objeto de várias manifestações expressas pelo Supremo Tribunal Federal, a exemplo do HC 78.708/SP.

Para alcançar os resultados da pesquisa foi adotado o método dedutivo, partindo de ideias gerais para as particularidades. A pesquisa é bibliográfica, legislativa e jurisprudencial. Analisa ao redor do texto, alguns elementos essenciais cingidos pelas Constituições Brasileiras, compaginando os traços comuns entre elas.

A pesquisa parte de uma leitura ampla da bibliografia pertinente ao tema, além da introdução e da conclusão, o trabalho está estruturado em tópicos, empregando-

se o esforço para discorrer sobre o tema direito a não autoincriminação: origem e desenvolvimento na história das constituições brasileiras.

Enseja o primeiro na introdução, destinando-se o segundo a apresentar o ponto de origem do direito a não autoincriminação, o qual deita raízes na antiguidade, faz uma discussão sobre o tema percorrendo o trajeto histórico que o conduz até a contemporaneidade, na sequência acompanha a tecitura do fio condutor presente nas constituições brasileiras.

No que se refere as Constituições brasileiras, inicia-se a abordagem com a Constituição Política do Império do Brasil de 1824, na sequência a constituição Republicana de 1891, mais a frente, foi tratado sobre a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, seguida pela abordagem da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Outro ponto de destaque é a Emenda Constitucional n.1 de 1969 -Constituição da República Federativa do Brasil de 1969, discorrendo na sequência sobre a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Por derradeiro traça as considerações finais.

## **2 A ORIGEM DO DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO**

Definir a gênese do direito a não autoincriminação mostra-se dificultoso, tendo em vista que o instinto de autopreservação é atinente a todo ser humano, em todo o tempo e lugares, consistindo em princípio de justiça universalmente acolhido (Capotorti, 1947).

Segundo Haddad (2005, p. 89) o direito a não autoincriminação deita suas raízes na Antiguidade, segundo o aforismo latino *nemo tenetur prodere seipsum*, oriundo da carta de São João Crisóstomo aos hebreus que proclamava que nenhuma pessoa poderia ser compelida a descobrir-se em público (407 a. C.).

Havendo posicionamentos sobre a previsão no Talmude, de disposições voltadas ao direito a não autoincriminação, inclusive, com o reconhecimento do brocardo jurídico supracitado (Andrade, 1992, p. 121).

Com a advertência de Haddad (2005, p. 90) no sentido de que não basta a mera insurreição do imputado contra uma acusação que entende injusta, pois inerente ao instinto de autopreservação, somente se podendo falar em surgimento do direito a não autoincriminação a partir do momento em que tal insurgência passou a ser respeitada, ainda que não positivada nos ordenamentos jurídicos.

No direito romano, embora vários de seus institutos tenham servido de base para o sistema *civil law*, alguns empregados até os dias atuais, ainda que de forma parcial ou modificada, verifica-se debate doutrinário quanto à possibilidade do direito a não autoincriminação ter se originado no mesmo, já que admitia a existência de poderes ilimitados ao julgador, inclusive para obrigar o acusado a depor, pois o silêncio era inadmitido, legitimando o emprego de tortura para obtenção de declarações e para confissão, pela imposição de juramento de dizer a verdade e pela defesa em determinado período ter sido realizada exclusivamente pelo mesmo.

Segundo José de Souza Gama (1984, p. 63) “[...] o princípio *nemo tenetur se accusare* secularmente inspirou o *common law* inglês, mas remonta ao Direito Romano: *nec enim oequum est, dolum suum quemquam revelae*”. Já Helmholz (1997, p. 186) sustenta que “[...] o princípio contra a auto-incriminação era desconhecido em Roma.”

Quanto à contradição entre o direito a não autoincriminação e a imposição de juramento de dizer a verdade, sustenta Malatesta (1996, p. 431) que “o juramento é uma coação sobre seu espírito e toda a coação, interior ou exterior, forçando o acusado a confessar, é sempre ilegítima e, por isso, rejeitada.”

E afirma Haddad (2005, p. 99) que “é perigoso afirmar não terem os romanos conhecido o princípio contra a auto-incriminação, ainda que em sua forma embrionária”, pois em Roma “o homem foi concebido como pessoa e tornou-se, pela primeira vez, sujeito de direitos”.

Embora, posteriormente, consigne que, ainda que reconhecidas as contribuições dos institutos do direito romano para o processo penal, não parecia haver uma cultura civilizatória no Império Romano que acatasse o direito a não autoincriminação e lhe desse efetividade, assegurando ao acusado “aquela área intocável da liberdade humana subtraída à intervenção dos poderes estatais (Malatesta, 1996, p. 100-101).

No direito canônico surgiu o aforismo *nemo tenetur se detegere turpitudinem suam*, segundo o qual, ninguém seria obrigado a se tornar testemunha contra si mesmo, porque ninguém deve ser obrigado a revelar sua própria vergonha.

Segundo Queijo (2012, p. 32):

A regra que vedava compelir alguém à autoincriminação foi expressa no mais popular manual processual medieval do *ius commune*, o *Speculum iudiciale*, compilado por William Durantis, em 1.296, representada pela máxima *nemo tenetur detegere turpitudinem suam*, significando que ninguém pode ser

compelido a ser testemunha contra si mesmo porque ninguém está obrigado a revelar sua própria vergonha.

Marteleteo Filho (2012, p. 9) afirma em relação ao possível surgimento do direito a não autoincriminação do direito canônico, que “a ideia central consiste em que o homem somente é obrigado a revelar suas faltas perante Deus, não possuindo o dever de confessar seus próprios pecados a outros homens, expondo-se ao risco de ser processado criminalmente.”

E que, “ainda que não se tivesse a consciência, no medievo, de um verdadeiro direito à privacidade, ao menos nos contornos da contemporaneidade, já se construíam importantes bases teóricas para a proteção de uma esfera da vida privada, imunizando-a contra a ingerência do Estado e da Igreja” (Marteleteo Filho, 2012, p. 9).

Entretanto, o direito canônico enquanto período marcado pelo sistema inquisitorial e pelo alinhamento entre Estado e Igreja, atribuindo à última, poderes quase ilimitados para a investigação, julgamento e repressão a crimes não só de heresia, mas também aos crimes comuns, não apresentou solo fértil ao desenvolvimento e efetivação do direito a não autoincriminação, dado o emprego de tortura e de imposição de juramento de dizer a verdade (*veritate dicenda*), inadmitindo-se o silêncio do acusado, sendo considerado um escárnio ao inquisidor.

Nesse sentido Ada Pelegrini Grinover (1978, p. 98) afirma que o procedimento da Inquisição visava, inicialmente, repreender com mais eficácia os excessos cometidos pelos membros do clero. Contudo, a forma inquisitória foi estendida ao procedimento comum por favorecer a luta contra os hereges, primeiramente abrangendo as ofensas à moral ou à religião. Em seguida, acabou por prevalecer sobre todos os delitos, devido ao inevitável favor que encontrava junto aos governos absolutos.

Com o que concorda Haddad (2005, p. 99) ao asseverar que o Direito Canônico não foi “o cenário inaugural ou de desenvolvimento do princípio contra a não auto-incriminação”, porque o mesmo somente poderia ter se desenvolvido em um sistema acusatório, com supressão da tortura e da submissão à juramento *veritate dicenda*.

Nesse sentido Haddad (2005, p. 99) consigna:

Parecer não haver dúvida de que fora invocado nos julgamentos promovidos pela Igreja, como protesto contra os métodos manifestamente inquisitórios e injustos de interrogatório das pessoas acusadas de um crime. Mas por se



constituir em infrutíferas irresignações em relação às quais as autoridades encarregadas da repressão penal pouca atenção dispensável, não é exato dizer ter sido o Direito Canônico cenário inaugural ou de desenvolvimento do princípio contra a auto-incriminação.

Já no sistema do *common law*, verifica-se a origem e desenvolvimento do *the privilege against self-incrimination*, reconhecido e efetivado a partir do século XVII no direito inglês e expressamente consagrado na Constituição dos Estados Unidos da América (1791), consistente na quinta emenda, que, embora possua contornos diversos em relação ao *nemo tenetur se detegere*, dadas as especificidades do direito anglo-saxônico e a figura do acusado em tal sistema, apresenta forte indicativo que o direito a não autoincriminação serviu de base para a instituição do primeiro.

Em relação aos países anglo-saxões, denota-se que, enquanto na idade média os demais países europeus encontravam-se em pleno sistema inquisitivo, com poderes ilimitados ao inquisidor e desprovido de direitos e garantias individuais, pautado na busca incessante pela confissão e na imposição de juramento *ex officio* ou *veritate dicenda*, na Inglaterra adotou-se o *trial jury*, com a submissão dos acusados a julgamento pelo júri, embora imperasse o sistema *accused speaks*<sup>7</sup>.

E prossegue Haddad (2005, p. 107):

A criação e o desenvolvimento do direito ao silêncio se deram na Inglaterra e estiveram intimamente ligados com a grande divergência entre os sistemas processuais rivais, acusatório e inquisitório: os tribunais do *common law* e os tribunais eclesiásticos. Enquanto aqueles privilegiavam o método de confiar primariamente em provas independentes, estes tinham como componente essencial a confissão.

Com a criação das cortes eclesiásticas (*Court of High Commission* e *Court of the Star Chamber*), que possuíam inicialmente competência exclusivamente para o julgamento de crimes de heresia e lesa majestade, e posteriormente passaram a avocar o julgamento de qualquer caso criminal ocorrido em qualquer lugar do país (Haddad, 2005, p. 108), e que aplicavam o juramento *ex officio*, intensificou-se o embate com as cortes do *common law*, com a concessão de *writs* de proteção contra a imposição de juramento e a anulação de sentenças por afronta à regras procedimentais e à direitos e garantias, em especial, ao *the privilege against self-incrimination*.

---

<sup>7</sup> Pelo qual incumbia ao acusado realizar a própria defesa, sem a assistência por advogado.

No decorrer dos anos foram desenvolvidas teorias limitativas da utilização da prova (regras de exclusão) oriunda das declarações do acusado e testemunhas, coagidas a tal pelo juramento *ex officio*, consistentes na *confession rule*, na *desqualification for interest* e na *witness privilege*, as quais garantiam uma incidência restrita e indireta ao *the privilege against self-incrimination*.

Somente com a efetivação da defesa do acusado por advogado, a partir do século XVII (*Treason Act*, 1696) passou-se a admitir a autodefesa negativa, consistente no direito ao silêncio, o que restava inviabilizado anteriormente, já que era o próprio inculpado que realizava a defesa perante o júri e o silenciar importava praticamente em sua atitude defensiva suicida.

Queijo (2012, p. 40) consigna que

[...] o acusado poderia replicar, pessoalmente, as acusações formuladas contra ele. Não havia advogados de defesa. Assim, silenciar significava praticamente autoacusar-se, pois se ele não falasse, ninguém o faria em sua defesa. Valorizava-se o aspecto testemunhai das declarações do acusado, daí não se admitir que terceiro falasse por ele. Mas, surpreendentemente, não se registram invocações dos acusados, nessa fase, do *privilege against self-incrimination*.

A efetiva assistência por advogado somente se consagrou no direito inglês a partir de 1730, chegando ao seu apogeu em 1836, aliado à abolição pelo Parlamento das cortes eclesiásticas em 1641, que impediu a imposição do juramento *veritate dicenda*, criando solo fértil ao desenvolvimento do *privilege against self-incrimination*<sup>8</sup>.

Segundo Marteleto Filho (2012, p. 31), entre os séculos XVIII e XIX o direito inglês abandonou o sistema *accused speaks* e passou ao *testing the prosecution*, assegurando a efetiva participação de advogado na defesa do acusado: “Em 1836, garante-se ao réu o integral direito à Defesa, permitindo-se que o defensor se dirija diretamente ao Júri, pondo-se fim ao modelo do *accused speaks*, e viabilizando-se o exercício do direito ao silêncio.”

Nos Estados Unidos da América exsurgiu movimento pela efetivação de direitos e garantias individuais aos colonos, os quais só eram assegurados aos ingleses, além da busca pela aplicação às leis (*Common law*) por conta da

---

<sup>8</sup> O caso *R. v. Garbett* (*Garbett case*) de 1847 é considerado o principal precedente no direito inglês para o desenvolvimento do *privilege against self-incrimination*, embora tenha havido menções ao mesmo anteriormente nos casos *Maunsell & Ladd* (1607) e *John Lilburn* (*Freeborn John* em 1637)

preocupação com possíveis inovações tirânicas do parlamento, o que resultou na produção das *bill of rights* do final do século XVIII (Marteleteo Filho, 2012, p. 33).

Nesse sentido a Declaração de Direitos da Virginia de 1776 introduziu em seu artigo 8º o direito a não fornecer evidência contra si mesmo, sendo considerada a primeira posituação do *privilege against self-incrimination* no direito norte-americano, embora não tenha sido adotado em vários outros estados, vindo a ser consagrada na Constituição dos Estados Unidos da América em 1791 pela quinta emenda. Segundo Marteleteo Filho (2012, p. 33): “O *privilege*, é, então, acrescentado à Constituição em 1791, por intermédio da 5ª Emenda, proclamando-se, expressamente, que ‘*no person [...] shall be compelled in any criminal case to be witness against himself*’”.

O *Garbet case* de 1847 serviu de precedente para o *leading case* americano *Horstman v. Kaufman* em 1881, notando-se diversos julgados tratando da temática, tais como, o caso *Griffin vs. Califórnia* de 1965 (“o acusador não pode se valer do direito ao silêncio para prejudicar o réu”); o caso *Shmerber vs. Califórnia* de 1966 (limitação do *privilege* aos atos comunicativos orais e escritos); e o caso *Miranda vs. Arizona* de 1966, o mais importante caso e que resultou nas chamadas *Miranda rules/warnings*, consistentes em padrões de atuação policial, enfatizando que o Estado tem que produzir as provas de forma independente, sem contar com a colaboração do réu.

Nessa direção, verifica-se que a dificuldade de definição das origens do direito a não autoincriminação não ocorre exclusivamente no campo da doutrina, pois também se refletiu no Supremo Tribunal Federal brasileiro, a exemplo do HC 78.708/SP, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 09/03/1999, citado como precedente em diversos outros julgados.

No aresto em questão, o relator reconhece que o direito a não autoincriminação decorre do aforismo *nemo tenetur se detegere* e que, em sua faceta de direito ao silêncio, origina-se da máxima *nemo tenetur prodere se ipsum, quia nemo tenere detegere turpitudinem suam*, embora sustente que a feição contemporânea esteja ligada ao precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, *Miranda vs. Arizona* de 1966, a partir do que, “ganhou dignidade constitucional” (Brasil, 1999).

E mais recentemente no julgamento do RE 971.959 (Brasil, 2018), de relatoria do ministro Luiz Fux, julgado em 14/11/2018, com repercussão geral (Tema 907), em que reconhece que tem suas raízes no *jus commune* medieval, tendo se desenvolvido

tanto na Europa Continental a partir do século XVIII com o movimento iluminista, em resposta ao sistema inquisitivo então predominante.

Quanto na Inglaterra, com a “publicação da Carta Magna em 1215, tendo, ao longo dos séculos seguintes, se desenvolvido e expandido para as colônias, principalmente nos Estados Unidos, traduzida sob a forma do *privilege against self compelled incrimination*.”

E em relação ao desenvolvimento no contexto brasileiro, afirmou que no período da Ordenações do Reino não possuía campo fértil para tornar-se efetivo, o que foi mudando gradativamente ao longo das Constituições brasileiras, embora em algumas fosse perceptível o viés inquisitivo, tendo assumido status constitucional a partir da Constituição de 1988 e com a alteração do Código de Processo Penal advinda da Lei 10.792/2003, o que será abordado no tópico seguinte (Brasil, 2018).

Portanto, de difícil definição a origem do direito a não autoincriminação, havendo defensores de que decorre do direito canônico, outros sustentando que das ideias iluministas, e outros de que deriva do *common law*, ainda que, com aplicação mais restrita sob a forma do *privilege against self-incrimination*.

### **3 O DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS**

O primeiro ordenamento aplicado ao direito brasileiro foram as chamadas Ordenações do Reino (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas) com forte influência do direito canônico e com viés inquisitorial (sistema da prova legal), com a admissão do juramento *ex officio*, do emprego de tortura e do interrogatório por meio de técnicas cavilosas, com perguntas sugestivas e métodos violentos quando a confissão não era obtida nas primeiras (Nucci, 1997, p. 137).

Segundo Couceiro (2004, p. 103), embora houvesse previsão esparsa nas Ordenações do Reino do direito a não declarar ou a não prestar juramento, tais direitos mostravam-se notadamente ineficazes ao se admitir expressamente o emprego de tortura em determinados casos, mencionando o disposto no Livro V, Título LXIV das Ordenações Manuelinas e no Livro V, Título CXXXIII, das Ordenações Filipinas.

#### **2.1 A Constituição Política do Imperio do Brazil de 1824**

Com a fundação do Império e outorga da Constituição de 1824, com forte influência do liberalismo inglês e na esteira da Constituição dos Estados Unidos da América e da Revolução Francesa, aboliu-se a tortura (art. 179, XIX) e o juramento *ex officio*, adotando o sistema do julgamento pelo júri, tendo o Código de Processo Criminal do Império de 1832 disciplinado o interrogatório como ato de defesa, possibilitando o silêncio do acusado (Haddad, 2005, p. 115-116), ainda que este não estivesse expressamente consignado no texto legal.

Característica defensiva esta, que foi confirmada pelo Regulamento 737, de 1850 (artigos 206 a 208) e pelo Decreto 848, de 1890 em sua exposição de motivos.

A Constituição do Império avançou ao reconhecer diversos direitos e garantias individuais, fortemente influenciada pelo movimento iluminista europeu, entretanto, quanto ao direito à não autoincriminação em sua veste originária de direito ao silêncio, não houve reconhecimento expresso.

## **2.2 A Constituição Republicana de 1891**

A Constituição da República de 1891 (art. 72) igualmente reconheceu expressamente diversos direitos e garantias individuais concernentes à inviolabilidade dos direitos à liberdade, à segurança individual e à propriedade, tais como a legalidade, a igualdade, o asilo inviolável do cidadão, a ampla defesa, garantias referentes à presunção de inocência, à liberdade provisória e de não ser levado à prisão sem culpa formada e antes da pronúncia, dentre outros.

Entretanto, tal qual a Constituição do Império de 1824, não fez menção expressa ao direito à não autoincriminação na forma de direito ao silêncio, tendo por característica a atribuição de competência aos Estados para estabelecer suas próprias constituições e legislar, inclusive, em matéria processual, embora poucos tenham legislado em caráter local e alguns dos que legislaram, ainda que tenham reconhecido o direito ao silêncio, estabeleciam que tal silêncio poderia ser interpretado em desfavor da defesa. Nesse sentido Marteleto Filho (2012, p. 39) cita os códigos processuais do Distrito Federal (art. 139), do Rio Grande do Sul (art. 286) e do Paraná (art. 330).

Segundo Haddad (2005, p. 117): “Minas Gerais foi um dos poucos Estados a elaborar um Código de Processo Penal próprio, no qual a interrogatório era disciplinado como meio de defesa, [...]” E prossegue:

O Código de Processo Civil de Minas Gerais, datado de 1922, também assegurou o direito ao silêncio a quem corresse o risco de auto-incriminação. O art. 278, 2 estabelecia que a parte, apesar de ser obrigada a depor, poderia eximir-se caso os fatos fossem criminosos, difamatórios ou meramente negativos, à semelhança do Regulamento 737 de 1850 (Haddad, 2005, p. 117).

Na visão de João Cláudio Couceiro (2004 *apud* Marteleto Filho, 2012, p. 39), “a Constituição Republicana de 1891 consagrava, em seu artigo 72, § 16, a plenitude de defesa, outorgando, ainda que de forma implícita, o direito ao silêncio.”

### **2.3 A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**

Já a Constituição de 1934 estabeleceu a competência exclusiva da União para legislar sobre direito penal e processual penal, acarretando na reunificação nas legislações de natureza processual editadas pelos Estados, o que ocasionou na publicação do Código de Processo Penal em 1941, cuja vigência deu-se a partir de 1º de janeiro de 1942 e que continua vigente até os dias atuais.

Tendo igualmente consagrado diversos direitos e garantias individuais (art. 113) como o sigilo de correspondência, a inviolabilidade do domicílio, a ampla defesa, a garantia de não ser preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei, o direito à liberdade provisória, dentre outros, igualmente sendo omissa quanto ao reconhecimento explícito do direito à não autoincriminação em sua versão originária de direito ao silêncio.

Necessário enfatizar que a Constituição Federal de 1934 reconheceu expressamente em seu art. 14 que “a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota”, deixando clara a opção do constituinte pela possibilidade de reconhecimento de outros direitos e garantias não consagrados expressamente no texto constitucional.

### **2.4 A Constituição dos Estados Unidos do Brasil “Polaca” de 1937**

Em 10 de novembro de 1937 é outorgada a quarta constituição brasileira, mesma data em que foi implantado o Estado Novo pelo então presidente Getúlio Vargas, conhecida por “Polaca” pela clara inclinação ao modelo semifascista polonês,

e embora se apresentasse como pretensamente democrática, revelou-se centralizadora e concessiva de poderes praticamente ilimitados ao presidente da república.

Afirma Villa (2011, p. 47-48):

A Constituição de 1937 em tudo difere das anteriores – e também nenhuma das posteriores vai seguir exatamente as suas pegadas. Ainda bem, como veremos. Diferentemente da tradição constitucional ocidental, o texto começa com um longo preâmbulo de cinco parágrafos. É como uma declaração de direitos às avessas, um grande salto para trás na defesa das liberdades e da democracia. Logo no primeiro parágrafo justifica a nova Carta. Diz que o presidente da República estava ‘atendendo às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social’. Bem de acordo com o clima da época, fala de “infiltração comunista”, que igia ‘remédios de caráter radical e permanente’.

Ademais, trouxe de volta a pena de morte fora dos casos de tempo de guerra e regulamentados na legislação militar (art. 13), com a redação dada pela Lei Constitucional nº 1, de 1938, pena capital esta, que havia sido abolida do ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição da República de 1981 (art. 72, § 21).

No tocante aos direitos e garantias individuais, reconheceu expressamente o contraditório e a ampla defesa, a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, a garantia de não ser preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei, o direito à liberdade provisória, a liberdade de pensamento e de expressão, a garantia do *habeas corpus*, dentre outros, igualmente sendo omissa quanto ao reconhecimento explícito do direito à não autoincriminação em sua versão originária de direito ao silêncio.

Tal qual o texto constitucional anterior, reconheceu outros direitos e garantias, ainda que não contemplados na Constituição, resultantes da forma de governo e dos princípios nela consignados, com clara limitação em favor da preponderância do bem e do interesse públicos, do bem-estar e da paz e ordem social.<sup>9</sup>

Direitos e garantias individuais que foram suspensos em 1942, por meio do Decreto n. 10.358, de 31 de agosto de 1942, que declarou estado de guerra em todo o território nacional.

---

<sup>9</sup> Art. 123 - A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição. (Brasil, 1988).

E em decorrência da competência exclusiva da União para legislar em matéria processual penal, foi decretado o Código de Processo Penal de 1941, que inovou ao estabelecer em seu art. 186 o direito do acusado de não responder às perguntas que lhe fossem formuladas em seu interrogatório, no entanto, demonstrando o seu viés autoritário e a sua inspiração no Código de Processo Penal Italiano de 1930 (Código Rocco), de matriz fascista, consignou em sua redação original a possibilidade do magistrado interpretar o silêncio em desfavor da defesa do acusado.

Tal disposição ensejou profundas críticas doutrinárias no sentido de que o direito ao silêncio havia recebido tão somente um tratamento formal pelo Código de Processo Penal de 1941, conforme enfatizado por Ada Pellegrini Grinover (1978, p. 17).

Sustenta Haddad (2005, p. 118):

O Código deixou antever laivos de autoritarismo, mas sem se esquecer do direito de defesa. [...] Além de assegurar a liberdade de declaração, dispensar o juramento do acusado e relativizar o valor probatório da confissão, admitiu o exercício do direito ao silêncio. [...] Inicialmente, o Código de Processo Penal vigente assegurou a desnecessidade de o acusado responder às perguntas que lhe fossem formuladas durante o interrogatório. Contudo, acrescentou poder o silêncio ser interpretado em prejuízo da própria defesa, retirando com uma mão o direito conferido pela outra.

No mesmo sentido enfatiza Queijo (2012, p. 128):

É verdade que o acusado não estava obrigado a colaborar no interrogatório. Não estava obrigado a dizer a verdade e não era obrigado a responder às indagações, em que pese a advertência ameaçadora consignada na redação original do art. 186 do referido diploma. Contudo, a possibilidade de silenciar, arcando com conseqüências prejudiciais à defesa, nem de longe representava efetiva tutela do direito ao silêncio.

## **2.5 A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**

Com a queda dos regimes fascista e nazista na Europa ao fim de Segunda Guerra Mundial, que serviram consideravelmente de inspiração à Constituição de 1937, percebe-se um enfraquecimento do Governo Vargas e de suas ideias nacionalistas e autoritárias, de repulsa ao comunismo e de poderes ilimitados ao chefe do poder executivo, acarretando na Constituição Federal de 1946.

Com a anistia a perseguidos políticos e a impossibilidade de reeleição de Vargas, temendo por novo golpe para perpetuar-se no poder, oposicionistas unem-se



a militares e forçam a deposição do presidente, assumindo temporariamente a presidência da república o ministro presidente do Supremo Tribunal Federal José Linhares, com a função de presidir a transição democrática, assegurando assim a realização das eleições presidenciais que resultou na vitória de Eurico Gaspar Dutra, iniciando-se os trabalhos da Assembleia Constituinte em 02/02/1946, que teve por base a Constituição de 1934 e suas ideias liberais.

Sustenta Iglésias (1987, p. 31):

Fiel às linhas do liberalismo clássico, a Constituição representa avanço pequeno relativamente às anteriores de 91 e 34, sobretudo se for considerada a profunda mudança verificada no país de 30 em diante. Reafirma os princípios liberais daqueles documentos, incorpora a legislação social feita sob o Estado Novo — no que se revela falta de sentido crítico, pois esse não tinha nada de liberal e carecia mesmo de legitimidade trabalhista —, não mais. Ora, a sociedade e a economia são bem diversas, de modo que a expressão política devia ser mais avançada. De fato, a política negou o Estado Novo, mas não se livrou de muitas de suas construções antidemocráticas, mantendo a legislação trabalhista tuteladora, as medidas equívocas de segurança nacional.

A Constituição de 1946 caracteriza-se por incorporar conquistas sociais da Constituição de 1934 e pela criação, autonomia e organicidade da Justiça do Trabalho, embora com críticas quanto ao seu caráter corporativista, igualmente com previsão expressa de diversos direitos e garantias individuais em seu art. 141.

No mesmo sentido, Iglésias (1987, p. 34):

O texto constitucional de 46 incorporou as conquistas sociais do de 34 e as medidas da política populista do estadonovismo. Em 34 já se tratava da ordem econômica e social (Título IV), a Justiça do Trabalho, mas como corpo independente do Judiciário comum, como uma Justiça especial; de 37 a 45 a legislação relativa aumenta consideravelmente, pelo corporativismo da Carta; 46 representa um avanço, dando mais organicidade a essa Justiça, como parte do Judiciário (Secção VI, Cap. IV, Título I). Ganha autonomia o Direito do Trabalho, mais reconhecido pelo novo texto..

Dentre os direitos e garantias individuais, reconheceu, dentre outros, a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, a garantia de não ser preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei, o direito à liberdade provisória, a liberdade de pensamento e de expressão, a garantia do *habeas corpus*, do mandado de segurança, do contraditório e da ampla defesa (§ 25), igualmente nada dispendo sobre o direito à não autoincriminação em sua versão originária de direito ao silêncio.

Além disso, aboliu a pena de morte, com exceção aos casos dispostos na legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro (§ 31), confirmando o reconhecimento de outros direitos e garantias, ainda que não contemplados na Constituição, resultantes da forma de governo e dos princípios que ela adota (art. 144).

## **2.6 A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**

Com o golpe civil-militar de abril de 1964 e a instituição do chamado Comando Supremo da Revolução, formado pelo general Costa e Silva, pelo vice-almirante Augusto Hademaker e pelo brigadeiro Francisco de Mello, foi editado o Ato Institucional (AI) n.º 1, de um total de 17, por meio do qual, ainda que se considerasse vigente a Constituição de 1946, foram sendo desrespeitadas suas disposições, iniciando pela não observância da ordem de sucessão prevista no texto constitucional, pois já havia um governo constituído, chefiado pelo presidente da Câmara dos Deputados, Ranieri Mazzili.

Citando o preâmbulo do AI-1 e a autointitulada “revolução vitoriosa”, afirma André Ramos Tavares (2020, p. 158-159):

O primeiro Ato Institucional (n. 1), em seu preâmbulo, dispunha: ‘A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular’.

Em seguida pela convocação de eleições indiretas ao cargo de Presidente da República em 11/04/1964, com mandato até 31/01/1966, com a eleição do marechal Castelo Branco por um Congresso com número reduzido por contas das inúmeras cassações de mandato.

Nos Atos Institucionais que se seguiram verificou-se a imposição de período máximo de duração de projetos de lei nas duas casas (90 dias), sob pena de aprovação da forma como foram encaminhados, a abolição da eleição direta para Presidente da República, passando a ser realizada pelo Congresso Nacional, e posteriormente de governadores dos estados e prefeitos, a extinção dos partidos

políticos então existentes e a obrigação de que os novos tivessem, no mínimo, 120 deputados e 20 senadores, forçando o bipartidarismo, o fechamento do Congresso, dentre outros (Villa, 2011, p. 66-67).

Com a eleição indireta de Costa e Silva e posse em pleno fechamento do Congresso Nacional, por meio de mero ato da mesa do Senado, convocou-se o Congresso por meio do AI-4, para, no prazo de 43 dias, analisar o texto da nova Constituição, encaminhado pelo Executivo, resultando na sexta constituição brasileira, a Constituição de 1967, promulgada em 24/01/1967<sup>10</sup>.

Que em seu art. 150 reconheceu diversos direitos e garantias individuais, nos mesmos moldes das constituições anteriores, explicitando a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, a garantia de não ser preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei, o direito à liberdade provisória, a liberdade de pensamento e de expressão, o respeito à integridade física e moral do preso, a garantia do *habeas corpus*, do mandado de segurança, o contraditório (§ 16) e a ampla defesa (§ 15), omitindo-se quanto ao reconhecimento expresso do direito à não autoincriminação em sua versão originária de direito ao silêncio.

Enfatiza Bernardo Fernandes (2017, p. 280):

No que tange aos direitos e garantias fundamentais, foram previstos no Título II, a partir do art. 140 (prevendo os direitos de nacionalidade, direitos políticos, dos partidos políticos e individuais). Nesses termos, no Capítulo IV desse Título, foi alocado um rol exemplificativo de direitos e garantias individuais, assegurando a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos do art. 150. Também foram feitas previsões normativas sobre a ordem econômica e social, no Título 111, e sobre a família, educação e cultura no Título IV.

O reconhecimento formal de tais direitos e garantias não garantiu sua efetividade, haja vista a ampla discricionariedade e arbitrariedade atribuída ao Presidente da República, constando do texto constitucional a expressa vedação de abuso de direito e as consequentes sanções, não havendo solo fértil para o reconhecimento explícito e para qualquer aplicação prática do direito a não autoincriminação.

---

<sup>10</sup> O que designou Bonavides e Andrade (1991, p. 431) de “farsa constitucional”, dado o estado de coação parlamentar e os prazos exíguos impostos para a análise do projeto enviado pelo Executivo.

O regime militar constitucionalizou parte da legislação arbitrária que tinha produzido. De acordo com o artigo 151, “aquele que abusar dos direitos individuais [...] e dos direitos políticos, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção, incorrerá na suspensão destes últimos direitos pelo prazo de dois a dez anos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal cabível, assegurada ao paciente a mais ampla defesa”. O estilo era do Estado Novo, mas temperado com a linguagem do “pronunciamento” de 1.º de abril de 1964. Dessa forma, pendia uma espada de Dâmocles sobre qualquer parlamentar. Afinal, as definições de “abusar” e de “atentar contra a ordem democrática” eram elásticas, servindo ao poder segundo suas conveniências. (Villa, 2011, p. 69).

Entretanto, a Constituição de 1967 teve vida curta, pois em 13 de dezembro de 1968 foi editado o Ato Institucional n. 05, que, com claro viés recrudescedor da ditadura e rompendo com a ordem constitucional, estabeleceu poderes discricionários ao Presidente da República para fechamento do Congresso Nacional, Assembleias Legislativas e Câmaras dos Vereadores, cassação de mandatos, suspensão de direitos políticos e garantias funcionais, e de direitos e garantias individuais em determinados casos.

Nesse sentido Sarmento (2010, p. 69) consigna:

Nesses termos, [...] com a edição do AI-5, desfaz-se a expectativa de que a Constituição pudesse institucionalizar o regime. Tornara-se claro que o governo militar só seguiria a Constituição se e quando isto lhe conviesse. Quando não lhe interessasse cumpri-la, bastava editar um novo ato institucional. E, de fato, seriam editados outros doze atos institucionais, até a outorga da Constituição de 1969 – do AI-6 ao AI-17, impondo medidas diversas’.

## **2.7 A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de Outubro de 1969/Constituição da República Federativa do Brasil de 1969**

Quanto a Constituição de 1969, verifica-se debate doutrinário até mesmo se tratou-se de uma nova constituição<sup>11</sup> ou apenas de uma emenda constitucional à Constituição de 1967 (Tavares, 2020, p. 162-163), destacando-se o posicionamento de Paulo Bonavides (1999, p. 29) quanto à arbitrariedade e autoritarismo do regime militar imposto, ao consignar que “não era Emenda, nem Constituição, mas, com certeza, o estatuto da ditadura, o decreto magno do autoritarismo e da discricionariedade”.

---

<sup>11</sup> Esta é a posição de José Afonso da Silva (2003, p. 89), de Daniel Sarmento (2010, p. 70-71, 2010), dentre outros.

Em decorrência dos problemas de saúde de Costa e Silva, os ministros das Forças Armadas assumiram provisoriamente a presidência da república (Ato Institucional n. 12), impedindo que o então vice-presidente o assumisse, tendo declarado vagos os cargos de presidente e vice-presidente da república (Ato Institucional n. 16), até que novas eleições fossem realizadas, outorgando a Emenda Constitucional n. 01, de 17/10/1969 antes da realização das eleições, utilizando-se da tese de competência do chefe do Poder Executivo (representado pelos ministros) para elaborar emendas à Constituição durante o recesso parlamentar (Tavares, 2020, p. 163).

Embora denominada de Emenda Constitucional, trouxe novo texto constitucional em relação à Constituição de 1967, alterando vários dispositivos, caracterizando-se pelo autoritarismo e pela concentração de poderes, de forma arbitrária, ao Presidente da República e aos seus Ministros de Estado e outras autoridades, com previsão expressa de limitação e suspensão de direitos políticos e de direitos e garantias individuais (Tavares, 2020, p. 163-164).

Tratou de reconhecer os direitos e garantias individuais em seu art. 153, tal qual o fizeram os textos constitucionais anteriores, prevendo novamente a pena de morte, de prisão perpétua, de banimento ou confisco, nos casos de guerra psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva, nos termos que a lei determinar (art. 153, § 11), ampliando ainda, as hipóteses de abuso de direito individual e político, a ensejar a suspensão dos direitos políticos (art. 154, *caput*).

Embora tenha reconhecido expressamente as garantias individuais do contraditório (§ 16) e da ampla defesa com os recursos a ela inerentes (§ 15), além da obrigatoriedade de respeito à integridade física e moral do preso (§ 14), o viés autoritário do regime militar inviabilizava o reconhecimento e desenvolvimento do direito à não autoincriminação em sua veste inicial de direito ao silêncio.

## **2.8 A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**

Com o desgaste do regime militar durante os governos de Ernesto Geisel e João Batista Figueiredo, ocorreram atos tendentes à lenta reabertura democrática, inicialmente com a revogação dos atos institucionais (AI) e complementares contrários à Constituição, seguido da anistia por crimes políticos, que permitiu que vários

personagens da política brasileira retornassem, além de reformas legislativas que possibilitaram o retorno do pluripartidarismo.

Com o amplo movimento popular postulando o restabelecimento da democracia, eleições diretas para Presidente da República e uma nova Constituição, foi encaminhada proposta de Emenda Constitucional pelo então presidente José Sarney convocando a instalação de Assembleia Nacional Constituinte, que iniciou seus trabalhos em 01/02/1987 sob a presidência do Deputado Ulisses Guimarães e que após vários meses de trabalho, resultou na promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 05/10/1988.

A Constituição Federal (Brasil, 1988) inovou ao reconhecer, além de direitos e garantias individuais, direitos sociais e direitos difusos e coletivos, enquanto direitos fundamentais, trazendo vedação expressa de alteração do texto por meio de emenda constitucional, quando voltada a abolição de direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º), revestindo-se de cláusulas pétreas.

Diferentemente dos textos constitucionais anteriores que reconheciam diversos direitos e garantias individuais, em especial, o contraditório e a ampla defesa, mas que em decorrência do momento histórico e dos regimes autoritários impostos pelos chefes do Poder Executivo, eram relegados a segundo plano, a Constituição Cidadã<sup>12</sup> surgiu do anseio do povo pela redemocratização do país, pelo fim do autoritarismo, da violação a direitos políticos e desrespeito aos direitos e garantias individuais.

Apresentando solo fértil para o expresse reconhecimento do direito a não autoincriminação em sua forma originária de direito ao silêncio<sup>13</sup>, tendo sido explicitamente consagrado no inciso LXIII<sup>14</sup> do art. 5º da Constituição Federal (Brasil, 1988), sendo a primeira previsão na história das constituições brasileiras, embora já constasse do art. 186 do Código de Processo Penal de 1941.

Não obstante ao reconhecimento do direito ao silêncio em nível de direito fundamental, prosseguia no Código de Processo Penal a advertência de que a autodefesa negativa poderia ser interpretada desfavoravelmente à defesa pelo

---

<sup>12</sup> Assim definida pelo presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Deputado Ulisses Guimarães.

<sup>13</sup> Embora o Supremo Tribunal Federal já o tivesse reconhecido anteriormente à Constituição de 1988. (Brasil, 1987; Brasil, 1984).

<sup>14</sup> LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado (Brasil, 1988).

magistrado<sup>15</sup>, gerando debate doutrinário e jurisprudencial acerca da não recepção de tal dispositivo infraconstitucional pela atual Constituição.

Queijo (2012, p. 154-155) afirma:

Antes da promulgação do citado texto constitucional, admitia-se o silêncio do acusado, mas dele poderiam ser extraídas consequências desfavoráveis para a defesa, com repercussões sobre o convencimento do julgador. Vale dizer, não havia, efetivamente, direito ao silêncio, pois do exercício regular de um direito não pode advir qualquer consequência negativa para o seu titular. [...] Em que pese tal sedimentação doutrinária do direito ao silêncio e seus reflexos, na jurisprudência, sobretudo antes da Lei n. 10.792/2003, não raro, praticamente se negava o conteúdo desse direito fundamental, valorando-se o silêncio do acusado, de modo desfavorável à defesa, em uma versão contemporânea do modelo inglês *accused speaks*. Nessa ótica, defendia-se que o acusado, inocente, tinha todo interesse em responder ao interrogatório. Somente ao culpado interessaria ao silêncio.

Discussão esta, alimentada pela existência de tratados e convenções internacionais das quais o Brasil é signatário e que reconhecem expressamente o direito a não autoincriminação na forma de direito ao silêncio<sup>16</sup> e pela divergência quanto a hierarquia dos direitos e garantias individuais reconhecidos em tais tratados, quando em confronto com a legislação interna, já que anteriores à Emenda Constitucional 45/2004, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da CF (Brasil, 1988)<sup>17</sup>.

Com a vigência da Lei 10.792/2003, deu-se nova redação ao art. 186 do CPP, extirpando a possibilidade de interpretação do silêncio em desfavor da defesa do acusado, incluindo-se o parágrafo único que consigna expressamente que “o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”, assegurando que a norma infraconstitucional se harmonizasse com o texto constitucional e dando efetividade ao direito a não autoincriminação em sua forma originária.

Em sede jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal, mesmo anteriormente à Lei 10.792/2003 já possuía reiterado entendimento acerca do direito à não

---

<sup>15</sup> Até a vigência da Lei 10.792/2003, esta era a redação do art. 186 do CPP: “Art. 186. Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.” (Brasil, 2001, p. 53).

<sup>16</sup> O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14, 2 e 3, g), ratificado no direito interno pelo Decreto 592 (Brasil, 1992a) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, 2, g), ratificada no direito interno pelo Decreto 678 (Brasil, 1992b).

<sup>17</sup> Tendo o Supremo Tribunal Federal firmado a tese de suprallegalidade dos tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos e que não foram submetidos ao quórum descrito no § 3º do art. 5º da Constituição Federal (Brasil, 1988).

autoincriminação<sup>18</sup>, inicialmente limitado ao direito ao silêncio, e posteriormente, vindo a ampliar seu âmbito de proteção em face de qualquer ato estatal que obrigue o cidadão à prática de comportamento positivo na produção de provas de caráter autoincriminatório<sup>19</sup>, e por fim, de qualquer conduta positiva ou negativa<sup>20</sup> da qual se possa extrair elemento de prova autoincriminatória<sup>21</sup>, além de ampliar os destinatários da garantia<sup>22</sup>.

Entretanto, em julgado recente consistente no HC 971.959 (Brasil, 2018), de relatoria do Min. Luiz Fux, com repercussão geral (tema 907), o relator posicionou-se pela ausência de violação ao direito a não autoincriminação em atividades persecutórias estatais que importem em intervenções corporais, enfocando a evolução jurisprudencial do Tribunal, e com base na existência de expressa previsão legal (art. 5, XII da Constituição Federal e Lei 12.654/2012) e na teoria da proporcionalidade, reputou constitucionais tais atos, embora não guardasse relação direta com a matéria objeto do habeas corpus, voto acompanhado pela maioria dos ministros.

Por fim, encontra-se pendente de julgamento o Recurso Extraordinário 973.837/MG (Brasil, 2016), de relatoria do min. Gilmar Mendes, que pretende o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei 8.072/1990, introduzido pela Lei 12.654/2012, ao qual foi reconhecida repercussão geral do tema em 23/06/2016 (Tema 905), que prevê a coleta coercitiva de material genético para identificação criminal e abastecimento de Banco de Dados de DNA.

Julgamento este que, certamente abordará a possível colisão de tais diligências persecutórias com o direito a não autoincriminação e o seu âmbito de proteção no sentido de não ser o cidadão obrigado a ceder material genético ou a

---

<sup>18</sup> Nesse sentido verificam-se os julgados: HC 69.026/DF – rel. Min. Celso de Mello, j. 10/12/1991; HC 69.818/SP – rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 03/11/1992; e o reiteradamente mencionado HC 78.708/SP –rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 09/03/1999.

<sup>19</sup> RHC 64354/SP, rel.: Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, j. 01/07/1987 (reprodução simulada dos fatos); HC 77135 / SP - rel. Min. ILMAR GALVÃO, j. 08/09/1998 (fornecimento de padrões gráficos para exame grafotécnico); HC 83.096/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE, j. 18/11/2003 (fornecimento de padrões vocais); RE 1204152 AgR - rel(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, j. 09/08/2019 (submissão a exame etilômetro); ADPF 444/DF – rel. Min. GILMAR MENDES, j. 14/06/2018 (condução coercitiva).

<sup>20</sup> Rcl. 2040/DF – rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, j. 21/02/2002 (intervenções corporais invasivas).

<sup>21</sup> HC 99.289/RS - rel. Min. Celso de Mello, j. 23/06/2009.

<sup>22</sup> Inicialmente destinada ao suspeito/indiciado/acusado preso, abrangendo posteriormente também ao que se encontrava em liberdade (HC 68.742/DF, j. 28/06/1991); ampliando sua proteção à qualquer pessoa que deva prestar depoimento e no qual possa autoincriminar-se (HC 79812/SP, rel. Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 08/11/2000), inclusive em Comissões Parlamentares de Inquérito (HCMC 206.773/DF, j. 22/09/2021).



permitir que lhe retire material genético para produção de prova pericial que possa vir a incriminá-lo.

Portanto, com a expressa previsão na Constituição Federal - art. 5º, LXIII (Brasil, 1988), em tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil e com *status* supralegal, além de regulamentação no art. 186 do Código de Processo Penal, o direito a não autoincriminação foi consagrado como direito fundamental, com âmbito de proteção amplificado em relação ao direito ao silêncio, devendo ser observado tanto em procedimentos investigativos quanto em processos judiciais e tendo por titular de direito qualquer pessoa que deva prestar depoimento do qual possa se incriminar.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Efetuada a pesquisa, inicialmente tratou de explanar sobre as origens do direito a não autoincriminação, com posicionamentos diversos sobre sua gênese na antiguidade, no direito romano, no direito canônico ou no *common law* sob a forma do *the privilege against self incrimination*, o que demonstra a dificuldade de precisar sua nascente, justamente por ser atinente ao ser humano, em qualquer tempo e lugar, o instinto de autopreservação.

Da abordagem das possíveis origens, embora se identifiquem elementos embrionários no direito romano e canônico, o sistema inquisitorial com a primazia da confissão enquanto meio de prova, a imposição de juramento *ex officio* de dizer a verdade e o emprego de tortura, inviabilizava qualquer efetivação do direito a não autoincriminação, verificando-se no *common law* sob a forma do *the privilege against self-incrimination*, ainda que mais restrito que o *nemo tenetur se detegere*, importantes bases de sustentação e desenvolvimento para o último, o que foi objeto de várias manifestações expressas pelo Supremo Tribunal Federal, a exemplo do HC 78.708/SP.

E na história do ordenamento jurídico brasileiro, somente veio a receber expresso reconhecimento na Constituição Federal - art. 5º, LXIII (Brasil, 1988) e regulamentação com a alteração do art. 186 do Código de Processo Penal, trazida pela Lei 10.792/2003 que consagrou o interrogatório como ato de defesa e extirpou qualquer possibilidade do julgador interpretar o silêncio desfavoravelmente à defesa,

embora o STF já o reconhecesse anteriormente, ainda que no âmbito do devido processo legal e da ampla defesa.

Quanto ao âmbito de proteção do direito a não autoincriminação, foi concebido inicialmente na jurisprudência do STF como o direito de não declarar (silêncio), vindo a ampliar-se o âmbito protetivo para quaisquer medidas que demandem um comportamento ativo do cidadão, e por fim, a quaisquer diligências que ocasionem um fazer um apenas um tolerar, das quais se possa extrair provas autoincriminatórias, embora verifique-se uma tendência recente à limitação do *nemo tenetur se detegere* no tocante às intervenções corporais que não dependam de colaboração ativa do sujeito.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manoel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial**: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BRASIL. [Constituição de 1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 07 out. 2021.

BRASIL. **Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992a**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 29 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992b**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 29 nov. 2023.

BRASIL. Mesa da Câmara dos Deputados (Biênio 2001/2002). **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, ano LVI, n. 112, p. 1-624, ago. 2001. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD15AGO2001.pdf#page=53>. Acesso em: 29 nov. 2023).

BRASIL. Superior Tribunal Federal. 1. Turma. **Habeas corpus n.º 78.708-1**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 09 mar. 1999. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77928>. Acesso em: 23 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n.º 971.959**. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 14 nov. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753361628>. Acesso em: 23 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 973.837**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 30 maio 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4991018>. Acesso em: 23 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RExt n.º 103.266**. Relator: Min. Rafael Mayer. Brasília, 04 dez. 1984.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC n.º 64.354**. Relator: Min. Sydney Sanches. Brasília, 01 jul. 1987.

CAPOTORTI, Enrico. Il contegno processuale dell'imputado. **Archivio Penale**, Roma, v. 3, n. 1-2, p. 227, gen./feb., 1947.

COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. Coleção Estudos de Processo Penal Joaquim Canuto Mendes de Almeida. v. 8. São Paulo: RT, 2004.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

GAMA, José de Souza. **Confissão penal e direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em sua unidade**. São Paulo: Saraiva, 1978, p 15-31.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação**. Campinas: Bookseller, 2005.

HELMHOLZ, Richard H.; GRAY, Charles M.; LANGBEIN, John H.; MOGLEN, Eben; SMITH, Henry E.; ALSCHULER, Albert W. **The privilege against self-incrimination: its origins and development**. Chicago: The University of Chicago Press, 1997.

IGLÉSIAS, Francisco. **Constituintes e constituições brasileiras**. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

MALATESTA, Nicola Framarino Del. **A lógica das provas em matéria criminal**. Campinas: Bookseller, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal.** São Paulo: RT, 1997.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

VILLA, Marco Antônio. **A história das constituições brasileiras:** 200 anos de luta contra o arbítrio. São Paulo: Texto Editores, 2011.

## O CONCEITO E OS EFEITOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO E LEGISLAÇÃO SIMBÓLICAS SOB A ÓTICA DO NEOCONSTITUCIONALISMO

SILVESTRIN, Álvaro Graça<sup>23</sup>  
BREGA FILHO, Vladimir<sup>24</sup>

**RESUMO:** O artigo analisará o conceito e os efeitos da constitucionalização e legislação simbólicas sob a ótica do neoconstitucionalismo. Verificar-se-á, assim, a face simbólica de alguns dos institutos jurídicos produzidos pelo Estado. Não menos importante, serão observados os efeitos provenientes da constitucionalização e legislação simbólicas, destacando-se as principais consequências advindas dos instrumentos destituídos de eficácia. Ainda, será abordada a perspectiva trazida pelo neoconstitucionalismo como verdadeiro movimento de alteração da leitura constitucional. Dessa maneira o trabalho busca, como objetivo geral, trazer uma visão panorâmica constitucionalização e legislação simbólicas. Especificamente, a compreensão destas últimas será efetivada em análise conjunta aos efeitos produzidos pelo fenômeno, bem como pela possível mitigação deste último em virtude da nova ótica engendrada pelo neoconstitucionalismo. A pesquisa baseou-se na literatura jurídica, em legislações e em artigos científicos. Assim, será implementada uma metodologia condizente com aspectos qualitativos de uma pesquisa teórica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constitucionalização simbólica. Legislação simbólica. Efeitos. Neoconstitucionalismo.

**ABSTRACT:** The article will analyze the concept and effects of symbolic constitutionalization and legislation from the perspective of neoconstitutionalism. Thus, the symbolic face of some of the legal institutes produced by the State will be verified. No less important, the effects arising from constitutionalization and symbolic legislation will be observed, highlighting the main consequences arising from instruments deprived of effectiveness. Furthermore, the perspective brought by neoconstitutionalism as a true movement to change constitutional reading will be addressed. In this way, the work seeks, as a general objective, to bring a panoramic view of constitutionalization and symbolic legislation. Specifically, the understanding of the latter will be achieved through a joint analysis of the effects produced by the phenomenon, as well as the possible mitigation of the latter due to the new perspective engendered by neoconstitutionalism. The research was based on legal literature, legislation and scientific articles. Thus, a methodology consistent with qualitative aspects of theoretical research will be implemented.

**Keywords:** Symbolic constitutionalization. Symbolic legislation. Effects. Neo-constitutionalism.

---

<sup>23</sup> Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

<sup>24</sup> Graduação em Direito - Instituição Toledo de Ensino (1989), Mestrado em Direito - Instituição Toledo de Ensino (2001), doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004) e estágio de pós-doutoramento na Universidade de Lisboa (2013). Professor adjunto da Universidade Estadual do Norte do Paraná e promotor de justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo

## 1 INTRODUÇÃO

Em virtude da inerência dos dispositivos constitucionais e legais à sociedade, inafastável se faz o estudo da constitucionalização e legislação simbólicas, os efeitos destas e a possível mitigação do fenômeno diante do neoconstitucionalismo. Insta-se observar, desde já, que a abordagem da perspectiva simbólica dos institutos será realizada partindo-se do conceito e efeitos provenientes destes últimos, bem como de sua posição quando em contato com o neoconstitucionalismo.

Destacar-se-á, como objetivo geral deste trabalho, a análise do panorama simbólico apresentado por alguns dos institutos jurídicos emanados pelo Estado. Especificamente, além de abordar o conceito e os efeitos provenientes da constitucionalização e legislação simbólicas, verificar-se-á, mediante a nova dogmática trazida pelo neoconstitucionalismo, um possível caminho à mitigação dos malefícios produzidos pela face simbólica dos institutos.

Com a problematização da pesquisa, o trabalho buscará responder a determinadas indagações. Nesse sentido, a análise, ainda que breve, do conceito de Constituição, o papel desta última como possível instrumento de veiculação legítima de poder e as faces trazidas pela constitucionalização e legislação simbólicas ganharão respaldo científico. Ainda, os efeitos promovidos pelo cerne simbólico dos institutos, quando destinados ao corpo social necessitado de eficácia, bem como o cenário engendrado pelo neoconstitucionalismo no sentido da concretização dos direitos fundamentais, serão observados na face hipotética da pesquisa.

Por intermédio da literatura jurídica, diplomas legais e artigos científicos, a pesquisa estruturar-se-á sobre os moldes qualitativos e sobre as abrangências da pesquisa bibliográfica, traçando concepções teóricas inerentes à delimitação do tema. Em vista disso, a fundamentação do trabalho será promovida através da utilização de autores que concentram parte de suas forças no tratamento do assunto, destacando-se Marcelo Neves, com importante trabalho referente à constitucionalização simbólica, Dirley da Cunha Júnior, produtor de encorpado trabalho acerca do controle de constitucionalidade e Luís Roberto Barroso, cujo texto concernente ao neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito não deixará de ser abordado.

Assim, a primeira seção do artigo trabalhará com o conceito da constitucionalização e legislação simbólicas. Isso com o auxílio de outras assimilações

fundamentais à compreensão da perspectiva trazida por Marcelo Neves. A segunda seção destacará a ótica dos efeitos provenientes da constitucionalização e legislação simbólicas. A terceira parte do texto, em seu turno, trará a análise do neoconstitucionalismo como possível movimento mitigador dos malefícios advindos da face simbólica dos institutos. Será compreendido, então, que a importância do respectivo tema é justificada pela inerência da eficácia dos institutos jurídicos ao corpo social que clama pela concretização de valores e direitos fundamentais.

## **2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO E LEGISLAÇÃO SIMBÓLICAS**

A percepção do Texto Constitucional como instrumento de veiculação de poder não de hoje detém espaço nas nações. Como primeiro documento a expor a face jurídica de determinado Estado, as Constituições abarcam, ainda que, por vezes, de forma sintética, as mais variadas demandas sociais, políticas e econômicas. Um verdadeiro instituto que, em muito, define os passos da respectiva Nação, mostrando os sentidos adotados para a efetivação de direitos, a instituição de políticas públicas e os valores mais fundamentais ao povo.

O conceito de Constituição não se afasta da amplitude trazida acima. Os sentidos atribuídos ao Texto Constitucional demonstram a pura concepção de um documento que pode ser visualizado sob diferentes primas, sem que um deles seja ofuscado pelo outro. Uma convivência harmônica que se sobrepõe a possíveis tentativas de restrições ao conceito de Constituição. Veja-se, assim, que os parâmetros aqui trazidos servirão tão somente como guia de exposição dos pontos que, posteriormente, serão abordados. A doutrina de Silva (2005), partindo da fragmentação da palavra Constituição, bem define que

A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado (Silva, 2005, p. 37-38).

A definição acima aproxima ainda mais a ótica da Constituição como elemento que traz extensão e amplitude considerável. Aqui reside, assim, o início da perspectiva da utilização do Texto Constitucional aos fins que lhe atribuem e permitem a dimensão

considerada. Assimila-se que as normas constitucionais devem ser emanadas de forma a abranger a sustentar os princípios e valores mais caros à sociedade.

Justamente neste ponto, indispensável é a percepção de que, em não raras vezes, a Constituição é utilizada para fins que desviam de sua imagem inicial. Diversos são os motivos que levam às alterações constitucionais e à emanação de leis, pautadas na Constituição, que sinalizam uma falsa mitigação de conflitos e desarranjos sociais. Emerge, então, o uso dos institutos jurídicos, por vezes, para solidificação de políticas que, mesmo necessárias, desaguam na falsa ótica do cumprimento de deveres sociais.

A perpetuação desta forma de agir culmina em verdadeira sobreposição das funções políticas sobre as funções jurídicas, sem que isso possa ser visualizado, num primeiro momento, aos olhos dos mais inocentes. Os efeitos deste movimento, tratados no segundo capítulo com mais zelo, conduzem à inexorável desarticulação da função instrumental do sistema jurídico. Um verdadeiro descrédito gerado ao ambiente jurídico em virtude de premissas que partem da ótica predominantemente política.

A percepção de Constituição não para aqui. Nem poderia. Como instrumento que o é, a Constituição é assimilada, em vezes, como mecanismo que garante a autonomia do Direito. Um verdadeiro organismo que define licitude e a ilicitude dos demais dos atos que se guardam sob aquela, analisadas, aqui, a partir da ótica da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade.

A Constituição propicia essa autonomia ao definir, por meio da hierarquia entre ela e as demais normas legais, quais são aquelas que passam pelo crivo da licitude/ilicitude – que, nesse nível, é o crivo da constitucionalidade/inconstitucionalidade. Com isso, o direito pode reproduzir-se de maneira autorreferencial, com base na aplicação a si de seu próprio código binário. Ao mesmo tempo, operacional e normativamente fechado, o direito pode abrir-se cognitivamente a seu ambiente, recebendo interferência de outros sistemas sociais – como a economia, a moral, a religião – sem perder sua autonomia, posto que as informações advindas desses outros sistemas somente adentram o sistema jurídico nos termos do código binário deste (Gomes, 2017, p. 448).

Observa-se, desde então, ser o Direito considerado, para alguns, como sistema que se comunica com os demais. Um sistema que propicia a ligação com ramos que se adequem ao código por ele mesmo engendrado. A Constituição adquire, assim, a responsabilidade de definir as possíveis comunicações a serem implementadas pelo sistema do Direito. Neste ponto, mora a discussão do uso deste



último para fins que, embora concretos, carecem de eficácia e ganham em demasia ares do ambiente simbólico.

Marcelo Neves (2011), trazendo à baila a perspectiva do simbolismo que passa a ser acostado ao ambiente jurídico de forma exacerbada, relaciona uma verdadeira hipertrofia da função simbólica sobre a concretização jurídica dos textos constitucionais. Frise-se, desde o início, que a problemática suplanta a mera perspectiva da inefetividade das normas constitucionais. A ausência de concretização jurídica não se estanca tão apenas na perspectiva da inefetividade. Vai além. Conduz à verdadeira distinção entre norma e texto constitucionais.

Os conceitos trazidos por Neves (2011) traduzem a perspectiva simbólica assumida não apenas pela constitucionalização simbólica, mas também pela legislação simbólica. Diferem estas duas justamente pelo fundamento acima explanado, qual seja, a amplitude que a constitucionalização simbólica apresenta nas dimensões social, material e temporal.

A constitucionalização simbólica vai diferenciar-se da legislação simbólica pela sua maior abrangência nas dimensões social, temporal e material. Enquanto na legislação simbólica o problema se restringe a relações jurídicas de domínios específicos, não sendo envolvido o sistema jurídico como um todo, no caso da constitucionalização simbólica esse sistema é atingido no seu núcleo, comprometendo-se toda a sua estrutura operacional (Neves, 2011, p. 99).

Veja-se que a finalidade trazida pelo autor na consubstanciação da legislação simbólica, pode ser aplicada, num primeiro momento, à constitucionalização simbólica. Neves (2011, p. 102) aponta que a constitucionalização simbólica pode manifestar-se sob as mesmas perspectivas da ratificação de valores, da forma de dilação de compromissos e da constitucionalização-álibi. Em momento posterior, entretanto, o autor propõe uma restrição ao panorama da constitucionalização simbólica.

Daí porque restrinjo a questão da constitucionalização simbólica aos casos em que a própria atividade constituinte (e reformadora), o texto constitucional e o discurso a ele referente funcionam, antes de tudo, como álbi para os legisladores constitucionais e governantes (em sentido amplo), como também para detentores de poder não integrados formalmente na organização estatal (Neves, 2011, p. 103-104).

Verifica-se desde então, que os institutos da legislação simbólica e da constitucionalização simbólica, embora apresentem ponto de contato, diferem na

perspectiva trazida por Neves (2011, p. 103-104). Cumpre-se agora, então, analisar os fundamentos trazidos pelo autor no estudo específico da legislação simbólica, assunto de inegável relevância na compreensão de parte das manifestações trazidas pelo ambiente simbólico através do sistema jurídico.

Neves (2011, p. 33) apresenta uma forma tripartida de se visualizar o fenômeno da legislação simbólica. A essência desta, segundo o autor, pode ser assimilada através da confirmação de valores sociais, da demonstração da capacidade de ação do Estado e, não menos importante, do adiamento da resolução de conflitos sociais mediante compromissos dilatatórios. Veja-se que a perspectiva trazida converge à noção de um ambiente jurídico em que se tem, de forma inegável, a hipertrofia da função simbólica em detrimento da concretização jurídica.

A confirmação de valores sociais traduz nitidamente a aproximação, por parte do legislador, de grupos sociais que tendem a sagrarem-se vencedores com determinada produção legislativa. A presença de instrumentos legais compatíveis com os valores sociais solidificados por determinados grupos e nações conduzem à sensação de uma verdadeira vitória legislativa. Veja-se, no entanto, que o plano da eficácia normativa passa a ser considerado tão apenas em segundo momento. A pressão exercida por grupos se sagra como verdadeira fonte de produção de uma vitória legislativa, ainda que a análise da concreta juridicidade dos institutos fique em segundo plano.

A legislação para a confirmação de valores sociais tem sua ocorrência em razão da pressão social para que os legisladores se posicionem diante de situações normalmente polêmicas, envolvendo valores conflitantes, os quais são defendidos por grupos que defendem posicionamentos e valores divergentes. Estes grupos exercem uma pressão para que o legislador emita um posicionamento que lhe é favorável, no sentido de reprimir as condutas que ele considera nocivas, portanto, sendo de certa forma “vitorioso”, em detrimento dos demais, cujo posicionamento não fora abarcado por um diploma legislativo estatal (Pinheiro, 2013, p. 21).

Nesse sentido, a intensa tentativa de influência social na atividade legiferante, bem como o *lobby* destinado aos participantes do processo legislativo ganham grande repercussão e força. São fatores que permeiam, neste ambiente, a produção de leis simbólicas. Veja-se, desde já, que não se busca, aqui, a ideia de ausência de participação social na produção das leis, ou mesmo a classificação da conduta de grupos sociais diante da pressão destinada aos produtores das leis. Analisa-se tão

somente a qualidade conferida aos institutos legais atingidos pelas respectivas condutas, qual seja, a ínfima eficácia normativa a eles atribuída.

Neves (2011, p. 33) traz exemplos da legislação simbólica manifestada através da confirmação de valores sociais. O autor, num primeiro momento, trabalha com o clássico molde da lei seca nos Estados Unidos. Em estudo que analisa a presença da força simbólica nos direitos humanos, Neves (2005, p. 4) sinaliza no sentido de que a força político-simbólico desta legislação estadunidense revela, com exatidão, a falta de eficácia jurídica do instituto. Em mesmo sentido, ao trabalhar com legislação relacionada ao aborto na Alemanha, Neves (2011, p. 34) traduz a busca, com o referido instrumento, de meios para a diferenciação de grupos, bem como seus interesses e valores, afastando-se da eficácia normativa dos institutos.

Exemplos outros também podem ser visualizados no Brasil. Em interessante trabalho que analisa a influência dos líderes de bancadas na produção legislativa, Morais (2019) traça a capacidade de repercussão, por parte dos representantes eleitos, na construção, ou não, de instrumentos legislativos que convirjam a valores assegurados pelo grupo representado. Ainda que não seja objeto do presente trabalho, a dinâmica da produção legislativa brasileira pode culminar, em vezes, em leis simbólicas que caminham tão somente na busca pela confirmação de valores sociais.

O espaço da política é por si só um ambiente de dimensões complexas, demonstrando haver múltiplas formas de manifestação da representação dentro do Congresso Nacional. Entendemos que, além dos partidos e das estratégias do *lobby*, as frentes e bancadas parlamentares temáticas podem adicionar compreensão mais ampla sobre o dinamismo das propostas e dos interesses que disputam espaço na agenda política, na medida em que agrupam interesses de várias naturezas e adotam estratégias que não somente incorporam, mas também extrapolam os mecanismos do *lobby* (Araújo; Silva, 2016, p. 5).

Neves (2011, p. 36), como acima mencionado, não estanca a análise da legislação simbólica tão somente na ótica da confirmação de valores sociais. O autor traz a plano a perspectiva da utilização de leis simbólicas como forma de demonstração da capacidade estatal na mitigação de desarranjos sociais. Assimila-se, aqui, a imagem da legislação-álibi, instituto que gera a falsa sensação de afastamento de problemas apresentados pela sociedade.

Deixa o Estado, com o produção da legislação-álibi, de responsabilizar-se com as mazelas que a ele são apontadas. Figura-se aquela como verdadeiro instituto

que prontifica a presença do Estado, dando uma reação rápida, ainda que inefetiva, aos problemas visados. São inúmeros os exemplos que podem ser levados a plano. O autor traz, a título de ilustração, a produção legislativa destinada ao controle de venda de peixes em território alemão, causadora, esta última, de mazelas aos respectivos consumidores. Em ambiente brasileiro, a utilização do Direito Penal não raramente é prejudicada pelo instituto da legislação-álibi.

O revogado Estatuto de Defesa do Torcedor, a Lei n. 10.671/2003, ao sofrer alterações em 2010, passou a conter determinadas figuras que se voltavam à mitigação de tumultos ocorridos em proximidade aos locais de promoção de eventos esportivos (BRASIL, 2003). Veja-se que a tipificação ocorrida se voltou à tentativa de emissão rápida de resposta por parte do Estado diante dos problemas que envolviam os tumultos próximos dos locais de realização de eventos esportivos, sem, todavia, eficácia.

Neves (2011, p. 36) bem explicita que a legislação-álibi traz como pressuposto a encenação por parte dos que a emitem e por parte dos que são por ela, a legislação, atingidos. Frise-se, não menos importante, que a legislação-álibi pode trazer uma sensação de bem-estar, apaziguando tensões surgidas em decorrência do problema social tido como objeto. Em interessante análise, tem-se que:

A legislação-álibi busca dar a aparência de solução de um determinado problema social ou da vontade do Estado em atuar em prol do bem comum. Na prática, observa-se que tal espécie de legislação simbólica não apenas deixa os problemas sem solução, como também dificulta o processo de resolução (Azevedo, 2014, p. 12).

As consequências da demonstração de capacidade estatal por meio da legislação referida, no entanto, caminham em direção ao descrédito dos sistemas jurídico e político. Promovem, assim, não obstante a presença de um suposto bem-estar coletivo, a desmaterialização do ambiente jurídico e a sensação posterior de um inegável engano.

O uso abusivo e imoderado da legislação-álibi acaba sendo lesivo aos próprios interesses do legislador, tendo em vista que, se, por um lado, tal modalidade de legislação simbólica acalma os ânimos da população insatisfeita, por outro, tende a desgastar a imagem das instituições políticas e jurídicas, levando a uma descrença generalizada da sociedade na capacidade de ação do Estado (Azevedo, 2014, p. 13).

Neves (2011, p. 41) opta pela análise, ainda, da legislação simbólica sob terceira perspectiva, a saber, a efetivação de compromissos dilatatórios voltados ao adiamento de conflitos sociais. Veja-se que o autor, aqui, trabalha com a exata ótica da ineficácia jurídica da legislação. Os conflitos sociais detêm suas soluções adiadas em justa proporção à ineficácia apresentada pelo instituto legal. As dissonâncias apresentadas pelos respectivos grupos conflitantes deixam de ser resolvidas.

Emerge, então, questionamento referente ao motivo da aprovação do instrumento legislativo que, sabidamente, não será capaz de mitigar as desavenças. Neves (2011, p. 42), então, justifica que a aprovação pelos grupos discordantes é feita justamente por conta da ineficácia apresentada pelo instituto. Isso solidifica a transferência de solução a momento outro.

Enquadra-se nesta categoria a lei cuja função hipertroficamente simbólica destina-se a adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios. Em outros termos, o corpo legislativo promulga uma lei a despeito da existência de diferenças político-ideológicas inconciliáveis, buscando apenas dar ao público a aparência de capacidade de composição democrática das divergências. É, grosso modo, uma forma de “não resolver” um problema (Azevedo, 2014, p. 14).

A título de exemplo, Neves (2011, p. 41) trabalha com os casos da lei norueguesa e da Constituição de Weimar no tratamento dos empregados domésticos. Enquanto no primeiro instituto os empregados domésticos ganharam a sensação de possível proteção social, os empregadores não se descontentaram em virtude da nítida inaplicabilidade da legislação. Veja-se que foi perpetuada, então, a posterior solução do conflito. Uma falsa mitigação deste último através de um instituto legal aparentemente progressista.

Este capítulo trouxe, ainda que de forma a não esgotar o assunto, a perspectiva da constitucionalização e legislação simbólicas desenvolvida por Marcelo Neves (2011). Uma visão dos institutos legais que ganham outra leitura com a percepção de mecanismos que alavancam em demasia a ótica simbólica em detrimento da ótica jurídica. A confirmação de valores sociais, a demonstração de capacidade de ação do Estado (através da legislação-álibi) e, não menos importante, o adiamento da resolução de conflitos mediante compromissos dilatatórios caminham no exato sentido da hipertrofia da perspectiva da legislação simbólica.

A constitucionalização simbólica, como acima trazido, não foge do estudo pelo autor. Adquire, no entanto, análise mais ampla. Justamente em decorrência de seu

próprio objeto. Cumpre-se, então, partir da análise dos possíveis efeitos advindos da constitucionalização e da legislação simbólicas, um breve estudo das verdadeiras consequências produzidas a partir daquelas.

## **2 OS EFEITOS TRAZIDOS PELA CONSTITUCIONALIZAÇÃO E LEGISLAÇÃO SIMBÓLICAS**

Superada a análise conceitual da constitucionalização e legislação simbólicas, cumpre-se, de forma sequencial, apresentar os efeitos advindos daquelas, indicando ainda, o cenário das consequências que são trazidas em paralelo aos institutos jurídicos destituídos de eficácia. Frise-se, desde já, que este capítulo, além de trazer os efeitos a partir dos sentidos positivos e negativos da legislação simbólica, tem por finalidade engendrar uma visão material do fenômeno.

Em um primeiro momento, cumpre-se trazer a plano a perspectiva arguida por Neves (2011, p. 148) em relação à constitucionalização simbólica. O estudo deste último fenômeno ganha particularidades quando observado o espaço em que se manifesta. Insta-se destacar que a constitucionalização simbólica garante distintos efeitos e representa diferentes pesos em acordo ao grau de desenvolvimento de nação que vivencia a hipertrofia da função político-simbólica sobre a eficácia normativa dos institutos.

Para tanto, interessante observar que Neves (2011, p. 128), em análise comunicada com a teoria dos sistemas, proposta por Niklas Luhmann, trabalha com a perspectiva da formação do Direito a partir das disposições ambientais que o cerceiam. Veja-se que a constitucionalização simbólica, aqui, assume papel da denominada alopoiese do sistema jurídico. A compreensão da alopoiese trazida por Neves (2011), todavia, deve ser efetivada em conjunto com as perspectivas trazidas pela ideia da autopoiese apresentada pelos sistemas.

Em proveitoso trabalho, Moura e Rafagnin (2018) trazem a análise do Direito a partir da teoria proposta por Niklas Luhmann, promovendo reflexões acerca do próprio fechamento, a partir da autopoiese, do sistema jurídico. Os autores trabalham com a perspectiva da sociedade enquanto ambiente composto de subsistemas. Ainda que os indivíduos sejam não estejam no sistema social, são incluídos no ambiente que cerceia este último.

Assim, a autopoiesis leva a compreensão do sistema como operacionalmente fechado, que não pode importar nenhuma operação do meio/entorno –

reproduz-se sobre a base dos acontecimentos autoproduzidos. O conceito de autopoiesis do sistema, no entanto, não pode ser compreendido como processo que se realiza no âmbito do isolamento e da autocriação. A autonomia do sistema não pode ser confundida como falta de conexão com o entorno ou ausência total de “câmbios” entre sistema/entorno/meio/demais sistemas. Tal percepção falha, na medida em que omite a reflexão sobre um conceito chave da teoria autopoietica que é o de acoplamento estrutural (Moura; Rafagnin, 2018, p. 191).

O corpo social e os respectivos subsistemas abrigam as comunicações, e não os indivíduos, na visão trabalhada pelos autores acima referidos. Isso, entretanto, não ofusca a dimensão das pessoas, mas sim as garante a qualidade de ambiente. O centro da teoria trazida por Luhmann, de acordo com os autores, é o ser humano. Justifica-se tal assimilação notadamente em virtude da comunicação ser possível através do encontro e da linguagem dos indivíduos.

Calil e Estevão (2019, p. 764), em profícuo trabalho, bem trazem a análise da alopoiese do Direito na modernidade periférica brasileira como veículo de libertação a partir do dirigismo constitucional. Os autores trabalham com a perspectiva da alopoiese em contato com a ótica da autopoiese. Nesta, partindo-se da ideia de que os sistemas se autorreproduzem, tem-se a intensa intervenção do ambiente no qual aqueles estão inseridos. Isso não afasta, em seu turno, a possível inter-relação de um sistema com os demais.

O Direito, sob tal perspectiva, pode ser assimilado como um verdadeiro subsistema, do sistema social, que se comunica com os demais. Não se afasta, aqui, a presença de características próprias ao Direito que permitem com que ele seja visualizado de forma autônoma. Entretanto, inegável a comunicação com outros sistemas, característica que garante ao Direito a própria manutenção. A operacionalidade fechada do subsistema do Direito não afasta, assim, sua cognição aberta.

Dessa forma, o sistema jurídico é enclausurado operativamente, todavia, aberto no sentido cognitivo ou normativo. Com os acoplamentos estruturais, os sistemas realizam conexões com o meio/entorno/ambiente, procedendo a leitura a partir dos códigos internos e nos limites estabelecidos pelo próprio sistema, daqueles ruídos ou ressonâncias, que permitem transformações no interior dos sistemas. (Moura; Rafagnin, 2018, p. 188)

Tem-se, nesse sentido, que o Direito passa a ser observado em comunicação com os demais subsistemas a partir da própria ótica de sua abertura cognitiva e do acoplamento estrutural, ainda que se apresente, em âmbito interno, com a

operacionalidade fechada. Assim, a diferenciação do Direito é encontrada, na teoria luhmanniana, através das disposições que o destinam a abertura do sistema em sua perspectiva cognitiva.

É inegável que o direito, assim como a política e a economia, é um sistema social, que pode ser observado por intermédio da teoria Luhmanniana, podendo, também, se auto (re)produzir. Ocorre que o direito se diferencia dos demais sistemas, especialmente no que concerne às teorias que o consideram como um sistema aberto. Na autopoiese do direito, a normatividade não é a finalidade em si do sistema; é, sim, condição de sua abertura. A autorreferência pertence à realidade do direito como sistema social, não sendo tratada como um problema lógico, de modo que é condição imprescindível à unidade operacional e estrutural do sistema jurídico (Calil; Estevão, 2019, p. 761).

O principal ponto de análise da alopoiese neste capítulo se dá na diferenciação que é feita a partir da modernidade vivenciada pelos países centrais e pelos países periféricos. A constitucionalização simbólica não desmente a sua marcante presença quando analisada a modernidade periférica. Veja-se que esta é característica que não afasta a existência de disposições simbólicas em países “centrais”. Todavia, explana justamente manifestação robusta da constitucionalização simbólica em países da modernidade periférica.

Enquanto a autopoiese, como trazida por Calil e Estevão (2019, p. 764), mitigaria as complexidades apresentadas pelo corpo social a partir da promoção, pelo Direito, do denominado fechamento normativo e a da reconhecida abertura cognitiva do ambiente jurídico, a alopoiese não promove referidos fenômenos. Isso é justificado pela não superação de pré-modernidades, requisito *sine qua non* para a autopoiese.

Como se observa, a autopoiese do direito é característica de países de modernidade central, tendo em vista que a influência do ambiente, nesses países, obedece ao sistema de expectativas observado por Luhmann. Resta, porém, questionar se haveria possibilidade de se ter, por exemplo, no Brasil, um direito autopoietico. Seria necessário, como visto, que o direito fosse um sistema “normativamente fechado, mas cognitivamente aberto”. Mas o que se observa é um fechamento cognitivo e uma abertura às normas impostas, em especial, pelo sistema econômico. No quadro de nulificação da normatividade, a própria Constituição sofre abalos em sua normatividade (Calil; Estevão, 2019, p. 767).

Neves (2011, p. 90) ao abordar as perspectivas dos efeitos da legislação simbólica, bem aponta que esta garante não apenas consequências de índole negativa. A legislação simbólica traz consigo, além da inegável ineficácia jurídica e descrédito à vigência social, a produção precípua de efeitos de cunho propriamente



políticos. Veja-se que tais efeitos são símbolos de institutos que promovem verdadeiro desarranjo social. As consequências, de forma não distinta, podem ser observadas, também, de acordo com a face da legislação simbólica observada.

Na legislação destinada à confirmação de valores sociais, verifica-se a existência de três efeitos socialmente relevantes. Como tais atos servem para convencer a população da consistência de determinado comportamento, tranquilizam os indivíduos do grupo glorificado, lhes transmitindo a sensação de que seus valores estão devidamente incorporados pelo ordenamento jurídico. Além disso, as principais instituições da sociedade passam a reverberar a lógica posta pela lei, o que amplifica sobremaneira sua força simbólica. Por fim, tal modalidade de legislação simbólica, ao distinguir as culturas detentoras de legitimação e dominação pública das consideradas “desviantes”, gera profundos conflitos entre o grupo glorificado e o grupo degradado (Azevedo, 2014, p. 15).

Em sequência, Azevedo (2014, p. 16) apresenta que a legislação-álibi, destinada à demonstração de capacidade do Estado na solução de problemas sociais, promove verdadeiro esvaziamento das forças populares voltadas à pressão de grupos políticos que detêm o poder. A imagem passada pelo ente estatal no sentido do pleno controle sobre a situação corrobora uma forma de manipular e iludir os indivíduos afetados pela medida. Uma autêntica maneira de dar a vazia sensação às pessoas de que o Estado, nas hipóteses, apresenta controle. A conversão do bem-estar momentâneo na descrença do sistema jurídico, assim, é fenômeno de difícil afastamento.

Não menos importante, a postergação do deslinde de conflitos mediante compromissos dilatórios culmina na própria manutenção do estado em que as coisas se encontram. A apresentação de lei que transpareça o progresso e a superação dos conflitos sociais é o modo pelo qual o ente estatal joga para frente o tratamento de questões que há muito deveriam ser apreciadas com zelo. Veja-se que este fenômeno fortifica a ideia no sentido de que a quantidade de leis de determinada nação não significa a exata mitigação dos problemas sociais. Frise-se, desde já, isso não desvaloriza as leis. O contrário. Estimula-se o engendramento de institutos que apresentam real eficácia.

Traz-se a plano, agora, perspectiva outra que os efeitos advindos da legislação simbólica podem ser observados. Mesmo que não discordante das perspectivas anteriores, caminha, em alguns casos, à apreciação de cenário distinto das consequências promovidas pela legislação simbólica, qual seja, o da omissão inconstitucional. Esta, ainda que parte de fenômeno afeto ao estudo do controle de

constitucionalidade, detêm significativa proximidade da legislação simbólica quando analisados os respectivos efeitos desta última. Para tanto, imprescindível a disposição dos pressupostos de caracterização da omissão inconstitucional.

O pressuposto essencial para o surgimento da *omissão inconstitucional* situa-se na ideia de Constituição escrita e rígida, dotada de supremacia no ordenamento jurídico do Estado e obra de um Poder Constituinte que represente a vontade do povo. Essa noção de Constituição, por suas características, nasce para ser cumprida e respeitada pela sociedade e pelos poderes estatais que o texto constitucional institui e cujas funções e limitações se encontram expressas na Lei Maior. (Araújo, 2017, p. 15, grifos do autor)

Tem-se, desde já, que a omissão inconstitucional não é caracterizada em qualquer abstenção por parte do ente estatal. Pela própria nomenclatura, a ausência de ação ou, não raramente, a ação parcial desprovida de eficácia apenas adquire a qualidade de inconstitucional quando se voltam contra o Texto Maior. Assim, a legislação simbólica, quando produzida em despreço ao que trazido é pela respectiva Constituição, ao não evidenciar relevante inconstitucionalidade por ação, pode adquirir esta qualidade sob a perspectiva omissiva. Explica-se.

A omissão legislativa inconstitucional consiste numa abstenção indevida, ou seja, em não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado a fazer, por imposição de norma certa e determinada. É dizer: ela não é aferida em face do sistema constitucional em bloco, mas em face de uma norma constitucional específica, cuja exequibilidade é dependente de integração normativa. Só é possível falar em inconstitucionalidade por omissão quando há o dever constitucional de atuação. Sabe-se que muitas normas constitucionais facultam — mas não obrigam — o exercício de certas competências (Puccinelli Júnior, 2013, p. 132).

O controle de constitucionalidade brasileiro se desvincula da percepção de que apenas leis ou atos normativos emanados por órgãos públicos ensejam a incompatibilidade frente à Carta Política de 1988. A inércia e a omissão pública (abrangendo-se, aqui, não apenas o Poder Legislativo), diante de obrigações engendradas pelo constituinte originário, assumem fonte de incidência do controle de constitucionalidade por omissão. A finalidade do controle voltado à inconstitucionalidade por omissão consiste em:

[...] realizar, na sua plenitude, a vontade constituinte. Seja: nenhuma norma constitucional deixará de alcançar eficácia plena. Os preceitos que demandarem regulamentação legislativa ou aqueles simplesmente programáticos não deixarão de ser invocáveis e exequíveis em razão da inércia do legislador (Temer, 1996, p. 51).

A doutrina se apoia sobre classificações e os requisitos para que seja efetivado o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão. Nesse sentido, a omissão inconstitucional pode ser total ou parcial, formal ou material e absoluta ou relativa. A omissão total, pela própria nomenclatura, estabelece-se quando há a ausência de regulamentação das normas constitucionais nas quais o legislador originário tenha disposto a obrigação de posteriores disciplinamentos. A omissão parcial, por sua vez, concretiza-se havendo a regulamentação demandada pelo constituinte originário. Entretanto, a regulamentação é insatisfatória ou insuficiente para que os verdadeiros anseios da norma da Constituição sejam concretizados. (CUNHA JÚNIOR, 2019)

Pela proximidade entre as classificações, assimila-se que a omissão inconstitucional total se coaduna com a denominada omissão inconstitucional formal. Por outro lado, de forma lógica, a omissão inconstitucional parcial assume proximidade da omissão inconstitucional material. Como foco do presente capítulo, concentra-se o estudo da omissão inconstitucional em sua face material. A análise do aspecto material da conduta eivada pela inconstitucionalidade omissiva se aproxima do estudo do conteúdo do objeto. Tem-se, assim, que a ênfase da omissão inconstitucional material não está propriamente atrelada aos aspectos de índole formal.

A legislação simbólica produz, dentre outros efeitos, a nítida ineficácia dos institutos jurídicos. Esta, pode ser analisada sob a perspectiva da regulamentação defeituosa de aspecto jurídico por parte do legislador. A omissão inconstitucional parcial, aqui verificada pelos traços da omissão inconstitucional material caminha justamente neste sentido, qual seja, a apresentação de regulamentação deficiente ou injusta de determinada norma constitucional de eficácia limitada. A não produção de efeitos determinados pelo texto constitucional, característica que pode ser observada em determinadas legislações simbólicas, converge, assim, à caracterização da conduta omissiva, ainda que por via parcial.

### **3 POSSÍVEL LUZ TRAZIDA PELO NEOCONSTITUCIONALISMO**

Superada a análise, ainda que breve, dos possíveis efeitos trazidos pela constitucionalização e legislação simbólicas, insta-se adentrar, agora, ao estudo de uma possível luz trazida às desavenças geradas por aquelas. Veja-se, num primeiro momento, que o estudo demanda a assimilação de fenômenos que, não de hoje,

ganham espaço no novo cenário engendrado pelo constitucionalismo. Trata-se de um possível entusiasmo gerado, de forma justificada, com os rumos criados pelo Textos Constitucionais formados no século XX.

A constitucionalização e legislação simbólica, como abordado no primeiro capítulo, compadecem de um cenário no qual a hipertrofia da perspectiva político-simbólica suplanta a concretização jurídica dos institutos. A alopoiese, a descrença no ambiente jurídico em virtude da ineficácia dos institutos simbólicos e a omissão inconstitucional são alguns dos possíveis efeitos gerados com a implementação de disposições simbólicas. São consequências que cerceiam os Estados e os indivíduos atingidos pela constitucionalização e legislação simbólicas.

A leitura a ser abordada diante de tais fenômenos, assim, converge, não de hoje, à imagem da necessária presença do Poder Judiciário no caminho da efetivação das normas constitucionais e das disposições infraconstitucionais. Institutos como o do controle de constitucionalidade indicam que referido Poder detém, além de outras, a digna função de concretização dos institutos jurídicos. As Constituições, não menos importante, assumem e garantirão ainda maior papel em referida ótica da efetividade.

Traz-se a plano, então, a perspectiva sustentada pelo neoconstitucionalismo, fenômeno que ganha considerável relevo sobretudo a partir da leitura que adquirem algumas das Constituições mais recentes. Para tanto, não se pode afastar, a título de compreensão do neoconstitucionalismo e de seus benefícios, o entendimento do próprio constitucionalismo. Este pode ser assimilado através da perspectiva da limitação de poderes. A passagem de um modelo de Estado em que os governantes tudo podiam para um estado que os detentores do poder conviveram com este de forma limitada.

O abuso do poder por parte dos governantes fez com que esse poder passasse a ser questionado, desencadeando o constitucionalismo. O primeiro episódio a marcar o início desse movimento foi a *Magna Carta* de 1215, na Inglaterra, imposta ao Rei João, a qual pretendeu garantir uma série de direitos individuais. Nesse momento, o constitucionalismo é apontado como sendo um movimento que busca a limitação do poder dos governantes (Nunes Júnior; Bastos, 2020, p. 173).

De forma a estabelecer sentidos ao constitucionalismo, Tavares (2014, p. 21) bem denotou que referido movimento político-social tem como origem a ideia de limitação do poder. Não menos importante, a presença de cartas constitucionais escritas simboliza também uma marca do constitucionalismo. Este pode ser

visualizado sob distintas perspectivas, indicando, ainda, a função assumida pelos textos constitucionais no sentido de efetivar seus propósitos, bem como ser assimilado como verdadeira evolução dos Estados. Em qualquer dos sentidos, inegável a concepção do constitucionalismo como movimento que trouxe nova forma de manifestação e limite do poder.

O neoconstitucionalismo não ofusca as características então trazidas pelo constitucionalismo. Mas vai além. Traça, em suas linhas, a ótica que ultrapassa a limitação do poder e da singular previsão de direitos fundamentais. Caminha o neoconstitucionalismo, nesse sema, à concretização e efetivação dos Textos Constitucionais. Também denominado de constitucionalismo pós-moderno ou, até mesmo, pós-positivismo, o neoconstitucionalismo assegura a perspectiva axiológica dos institutos. Barroso (2006, p. 44), em interessante trabalho referente ao neoconstitucionalismo e à constitucionalização do Direito, bem aborda panoramas (marcos) que sustentam o neoconstitucionalismo. A história não desconfigura a movimentação tendente ao “novo” constitucionalismo.

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª. Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria. (Barroso, 2006, p. 45)

O cenário europeu, posterior à Segunda Guerra Mundial, convergia à necessidade por mudanças no comportamento e peso atribuídos à Constituição. Fenômeno esperado em um ambiente marcado por profundas rupturas aos direitos tidos hoje como fundamentais. A redemocratização dos Estados demandaram a presença de textos constitucionais que garantissem o manto dos direitos fundamentais, uma forma de afastamento do ambiente vivido anteriormente.

Cambi (2008, p. 96) bem demonstra que a dignidade da pessoa humana adquiriu, sob a ótica do neoconstitucionalismo, o centro valorativo da tutela jurídica, ultrapassando a perspectiva que restringia sua aplicação no contato estabelecido entre governantes e governados. Assim, ganhou a dignidade da pessoa humana aderência às relações propriamente privadas, diante de ameaça ou violação a direitos.

O cenário brasileiro, de forma símile, não desmente a movimentação democrática. A Constituição Federal de 1988 bem demonstra o anseio por mudanças, por perspectivas direcionadas à democracia. Casali (2008, p. 133) aborda a passagem do constitucionalismo moderno, pautado na perspectiva puramente legalista, ao ambiente em que as Constituições concentram o peso do ordenamento jurídico.

Desta maneira, a Constituição, como garantia de direitos fundamentais, deve servir a todos, mesmo quando não se encontra unidade social, possibilitando a convivência pacífica. A exaltação da Constituição como “projeto de conciliação social e política” e como instância de garantia dos direitos fundamentais acarreta na elaboração de um modelo de Estado Constitucional de Direito, onde são disciplinadas as formas de produção legislativa e os limites contra a violação de direitos de liberdade e sociais (Casali, 2008, p. 133).

Barroso (2006, p. 46), em continuidade, traz a perspectiva filosófica engendrada pelo neoconstitucionalismo. O afastamento do direito natural pelo positivo jurídico, em sequência, fez com este último também não mais fosse sustentado. A objetividade científica e a equiparação do Direito à lei deixa de ter fundamento. O neoconstitucionalismo sustenta, em sua face filosófica, uma releitura do posicionamento do direito frente demais institutos. A leitura da ciência do Direito ganha os afetos da filosofia. Os princípios adquirem carga normativa e a Constituição passa a suportar uma nova hermenêutica. Materializa-se, assim, o pós-positivismo.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana (Barroso, 2006, p. 47-48).

Veja-se, assim, que a concepção trazida pelo pós-positivismo não se prende à determinada corrente, de forma fixa. Tenta, assim, conjugar as perspectivas trazidas pelo jusnaturalismo e pelo juspositivismo. Uma verdadeira concordância prática entre os institutos. A Filosofia e o Direito, então distantes, passam a comunicar em suas nuances. A teoria dos direitos fundamentais adquire respaldo na dignidade da pessoa

humana. Em síntese, as anteriores barbáries promovidas sob manto da legalidade passam a perder força, cedendo espaço à ética e aos valores.

Barroso (2006. p. 48) destaca, além dos marcos histórico e filosófico, o marco teórico do neoconstitucionalismo. Uma das faces deste último que procura condensar, em linhas gerais, a alteração do peso das Constituições e do Poder Judiciário com o advento do neoconstitucionalismo. Insta-se observar, aqui, que o marco teórico do neoconstitucionalismo condensa a ideia da força normativa da Constituição, da expansão da jurisdição constitucional e da nova dogmática de interpretação constitucional. A imperatividade destinada às Cartas Políticas não desmente o novo peso a estas atribuído.

Inicia-se a abordagem da força normativa garantida às Cartas Magnas. O deslocamento da força normativa à Constituição assume destaque no acréscimo percebido pelo Texto Constitucional. Nas ideias de Barroso (2006. p. 49), o que antes era visto apenas como documento político passou a deter suas disposições protegidas pelo manto vinculativo e obrigatório. Em reconhecida obra, Hesse (1991), ao afastar a ideia da Constituição como mera “folha de papel”, expõe que o Documento Constitucional concentra importância de forma conjunta ao respeito e à efetivação da vontade de Constituição.

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição (Barroso, 2006, p. 48).

A constitucionalização e a legislação simbólicas, assim, passam a ser mitigadas pela normatividade atribuída ao Texto Constitucional. Veja-se que a as leis detentoras de sobrepeso político-simbólico deixam de ganhar respaldo frente às Constituições. As determinações advindas desta última e a supremacia constitucional passam a permitir um verdadeiro controle, aqui denominado de controle de constitucionalidade, de atos contrários às intenções da Carta Política. Assim, verifica-se que a força normativa da Constituição irradia efeitos que superam a pura análise do Texto Constitucional.

A expansão da jurisdição constitucional, em outra perspectiva, caminha no sentido de garantir ao Poder Judiciário maior atuação no exercício de suas funções. O peso que antes era atribuído ao Poder Legislativo passa a ser compartilhado com o Poder Judiciário. Frise-se que isso, com bem trazido por Ávila (2009, p. 18) não foi e não deve ser visto como um ofuscamento do Poder Legislativo. No entanto, inegável a benéfica consolidação do Poder Judiciário. Alguns fatores convergem à explicação do fenômeno. Vieira (2008, p. 442), preleciona que o encolhimento do sistema representativo, o modelo de mercado e a consolidação das Constituições rígidas podem ter corroborado a emergência do Poder Judiciário.

O fenômeno da expansão da jurisdição constitucional caminha justamente no sentido de dotar o Poder Judiciário de prerrogativas que possibilitam a melhor interação com atos dos demais Poderes. A atividade legiferante, quando simbólica, ganha via alternativa à obtenção e ao asseguramento de direitos. A omissão inconstitucional, como possível efeito proveniente da legislação simbólica, recebe institutos que tendem a mitigar a ausência ou ingerência de normas que regulamentem disposições constitucionais de eficácia limitada.

O mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão são exemplos de mecanismos que mitigam a omissão inconstitucional. Enquanto o mandado de injunção se substancia sob a ótica de uma garantia individual, delineada com a intuição de tornar efetivo o exercício de direitos fundamentais, legitimada a sua propositura por qualquer titular de direito, com os efeitos *inter partes* a partir da respectiva decisão, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, característica do controle abstrato de constitucionalidade, substancia-se como garantia da própria Constituição, sendo desenvolvida com o intuito de assegurar a efetividade de normas constitucionais, legitimada a sua propositura a partir de uma ótica restrita de indivíduos e produtora de efeitos *erga omnes* em face da respectiva decisão.

Enfim, mas não menos importante, tem-se a nova dogmática de interpretação constitucional. As normas (regras e princípios), quando confrontadas, passam, com o neoconstitucionalismo, a receber interpretação consonante aos próprios dizeres constitucionais. Reconhece-se, então, a necessidade de desenvolvimento de nova dogmática de interpretação constitucional. Uma verdadeira sistematização dos princípios aplicáveis aos casos. Princípios instrumentais que guiam a atividade do operador do Direito. A interpretação constitucional, na perspectiva de Rodrigues e



Cella (2014, p. 53), passa a operar com o auxílio de princípios, de ponderações e, em essência, da argumentação.

Sem prejuízo do que se vem de afirmar, o fato é que as especificidades das normas constitucionais (v. supra) levaram a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade (Barroso, 2006, p. 52).

Importa-se observar, desde já, que a interpretação jurídica tradicional não foi afastada. Como supramencionada, a essência do neoconstitucionalismo não se concretiza no afastamento das previsões antes tidas como benéficas. O engendramento de nova dogmática de interpretação constitucional, assim, passa a caminhar em conjunta à interpretação jurídica tradicional.

Antes de prosseguir, cumpre fazer uma advertência: a interpretação jurídica tradicional não está derrotada ou superada como um todo. Pelo contrário, é no seu âmbito que continua a ser resolvida boa parte das questões jurídicas, provavelmente a maioria delas. Sucede, todavia, que os operadores jurídicos e os teóricos do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional. A partir daí deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de nova interpretação constitucional, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico (Barroso, 2006, p. 52-53).

Nesse sentido, a perspectiva trazida pelo neoconstitucionalismo, sobretudo em análise de seus marcos histórico, filosófico e teórico, converge a uma nova leitura das Constituições. A constitucionalização e a legislação simbólicas tendem a perder força quando confrontadas aos parâmetros introduzidos pelo novo constitucionalismo operante na concretização e efetivação de direitos. A possível hipertrofia político-simbólica dos instrumentos legais passa a conviver com as Constituições ocupando o centro dos ordenamentos jurídicos.

#### **4 CONCLUSÃO**

O presente trabalho traçou a análise do conceito e dos efeitos da constitucionalização e legislação simbólicas sob a perspectiva engendradora pelo

neoconstitucionalismo. Na primeira seção do artigo, pôde-se observar, em análise inicial, o panorama do conceito de Constituição, bem como o estudo de Marcelo Neves referente à constitucionalização e legislação simbólicas. Assim, foi possível observar o conceito atribuído a estas últimas em conjunto às próprias formas de manifestação da legislação simbólica no ambiente social. A confirmação de valores sociais, a demonstração da capacidade do Estado por intermédio da legislação-álibi e o adiamento da resolução de conflitos mediante compromissos dilatatórios não desmentem a presença da legislação simbólica na sociedade.

O segundo capítulo do trabalho trouxe a plano a análise dos efeitos advindos da constitucionalização e legislação simbólicas. Quanto à primeira, foi verificada a ótica da alopoiese como verdadeiro fenômeno característico da não superação de denominadas pré-modernidades. Não menos importante, ao serem observados os efeitos provenientes da legislação simbólica, ratificou-se a noção do descrédito atribuído ao ambiente jurídico justamente em virtude da falsa sensação de bem-estar promovida pelos institutos simbólicos. Ainda, foi engendrada a análise um possível efeito advindo, também, da legislação simbólica, qual seja, a omissão inconstitucional.

A terceira seção do trabalho abordou a existência de possível luz ao fenômeno da constitucionalização e legislação simbólicas. Assim, ventilou-se a ótica do neoconstitucionalismo como movimento que não mitiga os traços constituídos pelos constitucionalismos anteriores, mas que vai além. O neoconstitucionalismo foi observado como fenômeno que remonta nova leitura ao Texto Constitucional. Um verdadeiro movimento que move a Constituição ao centro do ambiente jurídico. Isso pôde ser efetivado mediante a compreensão da própria essência do constitucionalismo.

Para a análise do constitucionalismo pós-moderno ou, também denominado, pós-positivismo, contou-se com auxílio de interessantes marcos apresentados pelo fenômeno. O marco histórico, demonstrando a redemocratização de países europeus em cenário posterior à Segunda Guerra Mundial bem como, em ambiente brasileiro, com a Constituição de 1988, o marco filosófico, ilustrado pelo pós-positivismo, e o marco teórico, caracterizado pela força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a nova dogmática de interpretação constitucional, sustentaram a existência de possível luz aos malefícios provenientes da constitucionalização e legislação simbólicas.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Paulo Alves Netto de. **Omissão inconstitucional: teoria e prática**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-12022021-114644/publico/8874128\\_Dissertacao\\_Original.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-12022021-114644/publico/8874128_Dissertacao_Original.pdf). Acesso em: 07.08.2023.

ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de; SILVA, Rafael Silveira e. Frentes e bancadas parlamentares: uma proposta teórico-metodológica e de agenda de pesquisa. *In*: Encontro de ciência política e a política: memória e futuro. 10., 2016, Belo Horizonte. Disponível em: [https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/6517/2016\\_araujo\\_frentes\\_bancadas\\_parlamentares.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/6517/2016_araujo_frentes_bancadas_parlamentares.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 05.08.2023.

AZEVEDO, Caio Cesar Lopes Rangel de. **Legislação simbólica no direito positivo brasileiro**. 2014. 35f. Monografia (graduação) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2014. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/8621/AZEVEDO%2C%20Caio%20Cesar.%20Legisla%C3%A7%C3%A3o%20Simb%C3%B3lica%20no%20Direito%20Positivo%20Brasileiro%20%282014%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 05.08.2023.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./fev./mar., 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=316>. Acesso em: 16.08.2023.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, p. 43-92, 2006. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista33/Revista33\\_43.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista33/Revista33_43.pdf). Acesso em: 07.02.2021.

BASTOS, Juliana Cardoso Ribeiro; NUNES JÚNIOR, Vidar Serrano. O constitucionalismo e a evolução da interpretação. **Revista Direitos Democráticos & Estado Moderno**, São Paulo, n. 1, p. 171-197, 2020. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/DDEM/article/view/50407>. Acesso em: 14.08.2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 28.11.2020.

BRASIL. **Lei n. 10.671, de 15 de maio de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 mai. 2003. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.671.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.671.htm). Acesso em: 05.08.2023.

CALIL, Mário Lúcio Garcez; ESTEVÃO, Roberto da Freiria. A alopoiese do direito na modernidade periférica brasileira como veículo de libertação a partir do dirigismo constitucional. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 24, n. 3, p. 757–780, 2019. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/15489>. Acesso em: 09.08.2023.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, Salvador, BA, n. 17, 2008.2, p. 93-130. Disponível em: [https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/662/o/Eduardo\\_Cambi\\_Neoconstitucionalismo\\_e\\_Neoprocessualismo.pdf](https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/662/o/Eduardo_Cambi_Neoconstitucionalismo_e_Neoprocessualismo.pdf). Acesso em: 26.02.2024.

CASALI, Guilherme Machado. **Aspectos históricos e conceituais do neoconstitucionalismo e sua relação com o positivismo jurídico**. 2008. 148 f. Dissertação (Mestrado em Fundamentos do Direito Positivo) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019. 432 p.

GOMES, David Francisco Lopes. Para uma crítica à tese da constitucionalização simbólica. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 12, n. 2, p. 442-471, ago. 2017. ISSN 1981-3694. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/24821>. Acesso em: 02.08.2023

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

MORAIS, Leonardo Rodrigues de. **Manda quem pode?** A influência do perfil dos líderes de bancada na disciplina de proposições na Câmara dos Deputados. 2019. 68f. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2019. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/>. Acesso em: 03.08.2023.

MOURA, Marcelo Oliveira de; RAFAGNIN, Thiago Ribeiro. O Direito na teoria de Niklas Luhmann: observações acerca do “fechamento” autopoietico do sistema jurídico / The Law in theory from Niklas Luhmann: comments about the autopoietic "shutdown" from juridical system. **Revista Quaestio Iuris**, [S.l.], v. 11, n. 1, p. 173-194, jan. 2018. ISSN 1516-0351. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/25850/23306>. Acesso em: 10.08.2023.

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/>. Acesso em: 03.08.2023

NEVES. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

PINHEIRO, Ana Carolina Lucena. **A legislação simbólica aplicada ao direito penal**. 2013. 70f. Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2013. Disponível em:  
[https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/27281/1/2013\\_tcc\\_aclpinheiro.pdf](https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/27281/1/2013_tcc_aclpinheiro.pdf). Acesso em: 03.08.2023.

JÚNIOR, André P. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. *E-book*. ISBN 9788502206441. Disponível em:  
<https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502206441/>. Acesso em: 08.08.2023.

RODRIGUES, Renê Chiquetti; CELLA, José Renato Gaziero. Considerações teóricas sobre a noção de neoconstitucionalismo. **Revista Argumenta – UENP**, Jacarezinho, PR, n. 20, p. 47-61, 2014. Disponível em:  
[https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/522/pdf\\_48](https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/522/pdf_48). Acesso em: 26.02.2024.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 12<sup>a</sup> ed., 2014.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. 222 p.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441- 464, 2008. Disponível em:  
<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35159/33964>. Acesso em: 16.08.2023.

## A POSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE AOS INFLUENCIADORES DIGITAIS: UMA ANÁLISE ATRAVÉS DA TUTELA CONSUMERISTA

THE POSSIBILITY OF ATTRIBUTION OF RESPONSIBILITY TO DIGITAL INFLUENCERS: AN ANALYSIS THROUGH CONSUMER GUARDIANSHIP

MARANGONI, Lara Wehbe<sup>25</sup>  
DESTRO, Carla Roberta Ferreira Destro<sup>26</sup>

**RESUMO:** O avanço tecnológico, oportunizou uma nova percepção das relações de consumo, uma vez que são nas plataformas online que os influenciadores digitais por meio de parcerias ou contratados com grandes marcas conseguem veicular publicidades de produtos e serviços, na qual o público que os segue é influenciado a consumi-los, de modo a possibilitar maiores alcances e lucros para a organização. Assim, o artigo analisa a responsabilidade das personalidades digitais diante das publicidades por eles realizadas a luz do Código de Defesa do Consumidor, sempre tendo como ponto de partida a vulnerabilidade atrelada aos consumidores seguidores. Para este fim, o método de abordagem empregado foi o dedutivo, realizado por meio de pesquisa bibliográfica baseada em obras nacionais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Influenciadores Digitais. Relação de Consumo. Responsabilidade Civil. Publicidade.

**ABSTRACT:** Technological advances have provided a new perception of consumer relations, since it is on online platforms that digital influencers, through partnerships or contracted with big brands, are able to advertise products and services, in which the public that follows them is influenced to consume them, in order to enable greater reach and profits for the organization. Thus, the article analyzes the responsibility of digital personalities in relation to the advertisements they carry out in light of the Consumer Protection Code, always taking as a starting point the vulnerability linked to consumer followers. To this end, the approach method used was deductive, carried out through bibliographical research based on national works.

**KEYWORDS:** Digital Influencers. Consumer relationship. Civil responsibility. Advertising.

---

<sup>25</sup> Discente do 9º Termo do Curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente.

<sup>26</sup> Doutoranda em Ciências Jurídicas pela UENP. Mestre em Ciências Jurídicas pela UENP. Possui Pós-Graduação em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Aperfeiçoamento em Compliance pela FGV. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Advogada. Atualmente é Coordenadora de Pesquisa e Extensão do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. É também Professora Universitária e Tutora dos Cursos de Pós-Graduação EAD (Civil e Penal) do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos Humanos e Pessoa com Deficiência. Editora da Revista Intertemas. Autora do livro: Pessoa com Deficiência: Direito à Acessibilidade, Cidadania e Inclusão à Luz da Teoria do Reconhecimento de Axel Honneth.

## **1 INTRODUÇÃO**

A princípio cumpre ressaltar que objeto de estudo do presente artigo, foi a possibilidade do influenciador digital ser responsabilizado por publicidades, veiculadas nas suas plataformas digitais, que violem os consumidores, seja por caracterizar-se como abusivas e/ou enganosas ou até mesmo por danos provocados, em razão do induzimento que eles exercem sobre os seus seguidores.

Abordou-se em um primeiro momento a respeito da sociedade da informação e a influência da realidade virtual nas relações sociais, principalmente aquela contidas nas redes sociais. Posteriormente, empenhou-se em uma minuciosa reflexão a respeito de como as relações de consumo foram modificadas com o avanço tecnológico e as facilidades que o meio digital poderia oferecer neste meio.

Por conseguinte, foi discorrido sobre os influenciadores digitais, ressaltando quem são, seus objetivos, o motivo das organizações visualizarem eles como veículos de publicidade altamente lucrativos e o poder de influência que exercem em seus seguidores, que se tornam moldados por suas opiniões e acabam comprando aquilo que está sendo indicado, mesmo que não tinham pretensão alguma de consumir.

A diante, foi analisado sobre a possibilidade de as personalidades digitais serem responsabilizadas através da tutela consumerista, por suas publicidades veiculadas nas redes sociais e em qual medida que isso ocorreria.

Por fim, diante de tudo o que foi exposto, apresentou-se as conclusões finais a respeito da temática e do problema questionado. Para tanto, o método de abordagem empregado foi o dedutivo, realizado por meio de pesquisa bibliográfica baseada em obras nacionais, compondo-se estas por artigos e doutrinas.

## **2 A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E AS REDES SOCIAIS**

Para melhor compreensão, não parece lógico tratar da responsabilidade civil dos influenciadores digitais, antes mesmo de analisar como estamos constantemente apegados a realidade virtual presente nas redes sociais.

A sociedade da informação, que surgiu no período da nomeada pós-modernidade, é integralmente caracterizada por difundir informações e pelo grande

avanço tecnológico que proporcionou velocidade nas comunicações e novas habilidades para o processamento de conhecimentos e estruturação para o consumo.

*Ab initio*, é importante destacar que existem várias nomenclaturas para definir a sociedade da informação. Para Borges (2008, p. 5) não existe distinção entre essa sociedade e a sociedade do conhecimento ao definir que: “A sociedade da informação e do conhecimento é reconhecida pelo uso intenso da informação, do conhecimento e das tecnologias da informação e da comunicação, na vida do indivíduo e da sociedade, em suas diferentes atividades”.

Destarte, a nova estruturação contemporânea decorre de um novo paradigma tecnológico associado a ampliação do capitalismo que promove impactos sobre a economia que se torna globalizada.

Nesta perspectiva, como forma de idealização prática desta sociedade do conhecimento, no período da Guerra Fria, mais especificadamente em 1957 foi desenvolvido a internet, uma forma de difusão rápida das telecomunicações, que se molda com base nas percepções econômicas e sociais de um período.

Sobre a origem da internet, Limeira (2011, p. 15) acrescenta:

Em 1957, em plena guerra fria entre os Estados Unidos e a União Soviética, o Departamento de Defesa (DoD) dos Estados Unidos criou a agência Advanced Research Projects Agency (ARPA), com o intuito de estabelecer a liderança norte-americana em ciência e tecnologia na área militar. A ARPA apoiou diversos projetos no setor de informática, principalmente os assuntos relacionados a redes de computadores e a sistemas operacionais. Um desses projetos foi a criação de uma rede que pudesse conectar diferentes computadores, a distância [...].

Adentrando em uma perspectiva nacional, Turchi (2018, p. 9) sustenta que no Brasil a inclusão inicial da internet ocorreu em 1989:

No Brasil, a Internet começou a dar seus primeiros passos em 1989, quando uma rede conectou a Fapesp (Fundação de Amparo à Pesquisa de São Paulo) ao Fermilab (Laboratório de Física de Altas Tecnologias de Chicago/EUA), por meio da troca de arquivos e correio eletrônico, e o Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (Ibase) colocou no ar a rede Alternex. [...].

A Autora ainda adiciona o momento em que foi possível a exploração comercial nacional dela:



[...] somente em 1995 é que foi possível, pela iniciativa do Ministério das Telecomunicações e do Ministério da Ciência e Tecnologia, a abertura ao setor privado da Internet para exploração comercial. Naquele mesmo ano, a RNP redefiniu seu papel, deixando de disponibilizar o backbone apenas para o meio acadêmico, para estender seus serviços de acesso a todos os setores da sociedade (Turchi, 2018, p. 9).

Percebe-se que esta inovação se tornou um meio facilitador que dispõe de várias opções partindo da procura por referências, onde o internauta insere um conjunto de palavras que resultam em fontes compatíveis com aquilo que foi pesquisado.

A internet foi incorporada no cotidiano das pessoas, propiciando novas formas de comunicação e interação social com segmentos específicos de grupos, sendo uma delas as redes sociais.

Visando estabelecer uma concepção mais aprofundada, Silva (2012, s.p.) argumenta que:

[...] mídias sociais, em seu sentido atual, podem ser definidas como sistemas on-line usados por pessoas para a produção de conteúdo de forma descentralizada, provocando a interação social a partir do compartilhamento de informações, opiniões, conhecimentos e perspectivas, exteriorizados por meio de textos, imagens, vídeos e áudios. Nessa medida, “redes sociais” são espécies do gênero “mídias sociais” e significam as interações sociais em forma de rede mediadas pela internet.

As redes, como o *Facebook*, *Instagram*, *Twitter* e *YouTube*, ganharam espaço nas plataformas online, facilitando a oportunidade de adaptar e alterar o próprio perfil do usuário rapidamente, bem como atrelando a satisfação dos interesses de um grupo consumidor, proporcionando a intensificação de capital de grandes marcas provedores de produtos e serviços.

Dentro desta sistemática, o mundo real se tornou um ambiente muito propício de ser influenciado pelo mundo virtual, uma vez que o número de usuários das redes sociais vem crescendo gradativamente e a importância de estar conectado e mostrar tudo o que ocorre no decorrer do dia a dia se tornou uma necessidade diária.

O crescimento da utilização das novas tecnologias, embora facilite a comunicação, altera nitidamente as relações sociais, hábitos e costumes. Contudo, preocupa o fato de a vida online dispostas nas redes não passar de meras encenações, afetando a percepção dos acontecimentos, que poderiam levar a manipulações de quem as utiliza, favorecendo relações efêmeras por ricochete.

Neste contexto, é indiscutível como a sociedade da informação está atrelada a “modernidade líquida” uma forma de analogia ao estado da matéria que mais se transforma, idealizado originalmente pelo sociólogo polonês Zygmunt Baumann (Bauman, 2001).

Em suma, o tempo presente, é marcado pela liquidez, volatilidade e fluidez, em que a conexão e desconexão é um processo célere (Bauman, 2001).

As sociedades, até a primeira metade do século XX, possuíam rigidez e solidificação nas relações sociais visando garantir a ordem, presidindo o que o autor determina como “modernidade sólida”. Não obstante, no período pós-moderno, a modernidade líquida obteve vigor fazendo com que as relações econômicas se sobressaíssem sobre as conexões sociais, resultando em mudanças rápidas e uma rachadura nas relações interpessoais (Bauman, 2001).

Naturalmente a propensão da sociedade agir iria mudar, principalmente pelo vislumbre do surgimento da internet, mas não era previsto os reflexos da alteração. O autor exemplifica “os efeitos colaterais” da modernidade, sendo algo decisivo para as relações sociais se tornarem mercantilizadas e individualizadas e, por consequência, perderem a estabilidade que possuíam:

A desintegração da rede social, a derrocada das agências efetivas de ação coletiva, é recebida muitas vezes com grande ansiedade e lamentada como “efeito colateral” não previsto da nova leveza e fluidez do poder cada vez mais móvel, escorregadio, evasivo e fugitivo (Bauman, 2001, s.p.).

No tocante ao consumo, este se tornou imperativo na modernidade, levando em conta que o período da volatilidade traz consigo uma característica marcante que demonstra que o indivíduo é definido primeiramente pelos produtos que consome. Nota-se que a questão moral, deu lugar ao consumismo, o que indica que o status e o dispêndio são significativamente providos de um ônus muito mais intenso, que assegura a fragmentação da coletividade, onde o indivíduo transforma-se em um objeto do capitalismo (Bauman, 2001).

A superficialidade nas interações entre os indivíduos da internet é a realidade, juntamente com a indiscutível percepção de que a virtualidade se tornou mais confortável do que o mundo real.

Num outro giro, indubitavelmente as redes sociais são uma fonte importante de comunicação que podem ser constantemente exploradas pelas empresas como

meio para propagar suas publicidades, colaborando em excedente para o consumo exagerado e sem necessidade, ou seja, o *Instagram*, o *TikTok* e o *Facebook* são sinônimos de compra e venda. “Com elas, as empresas puderam se aproximar mais do público (clientes e possíveis clientes), uma vez que tais plataformas auxiliam no acesso à informação” (Assunção; Fagundes; Révillion, 2019, p.187).

Posto isto, retorna-se ao fato de a vida na contemporaneidade estabelecer o questionamento se o que está consumindo não é apenas um reflexo do que está sendo manipulado pela internet, pois entramos em um sistema de influência onde os gestores das plataformas digitais indicam o que deve ser comprado.

Isto porque é cada vez mais comum a utilização do comércio social, ou também *S-Commerce*, uma forma revolucionária de comércio eletrônico que utiliza das redes sociais para alavancar o rendimento das compras dos respectivos itens da instituição. Sobretudo, são desenvolvidas estratégias e campanhas de vendas para alcançar o público-alvo e agradar os consumidores que estão em busca de informações acessíveis, experiência intuitiva e facilitada juntamente com o interesse principal de saber opiniões de outros clientes.

A título de exemplo as marcas podem, por meio do *Instagram*, ao habilitar o perfil no modo comercial, fazer parte do *Instagram Shopping*, um recurso que permite ser criado uma vitrine virtual. Desta maneira, existe a possibilidade das publicações do feed possuírem a marcação dos produtos presentes na foto e seus respectivos valores, de modo que, ao clicar no item desejado, o consumidor é direcionado rapidamente a mais detalhes do produto sem sair da rede social.

Por conseguinte, a moda chega mais ágil ao consumidor, e as redes sociais servem como um acordo de cooperação entre empresas que detém o monopólio do que será tendência das grandes massas nos próximos meses. Com o intuito de ser aceito e atrair os olhares faz com que o indivíduo siga o padrão institucionalizado sob o reflexo de que assim será mais feliz. Complementando esta linha de raciocínio, Kotler (s.d., p. 20): “Dada a conectividade em que vivemos atualmente, o peso da conformidade social está aumentando de forma generalizada. Os consumidores se importam cada vez mais com as opiniões dos outros.”

Partindo desta premissa, muito se observa como a felicidade tem sido rotineiramente reduzida a conquistas materiais. A ideia de preencher um vazio existencial é alcançada com a promessa da felicidade, ao consumir contido nas redes sociais, demonstrando claramente o efeito do capitalismo agravado na população.

Todavia, como a satisfação é momentânea, urge a obrigação de conseguí-la novamente favorecendo um ciclo vicioso e novas chances para o mercado lucrar.

Em virtude do atual cenário de influência das mídias sociais que veementemente vem sendo utilizadas pelas empresas, questiona-se como conseguiriam proporcionar o alcance exacerbado de chegar até indivíduos diferentes de modo a ensinar na alegria momentânea, além da utilização do comércio social. Deste modo, é indispensável entendê-las para aí sim dar prosseguimento a análise dos seus efeitos negativos de como tudo é personalizado para que o consumo ocorra.

O cotidiano virtual dispõe da utilização dos *cookies*, um meio principal de captura de dados pessoais, utilizado para aprimorar a experiência dos serviços desejados, personalizar publicidades e indicar conteúdo do interesse do consumidor. É em razão destes que os indivíduos podem visualizar anúncios de coisas e objetos que já procuraram quando acessam novos sites de qualquer assunto, mesmo que não vinculado com a fonte da pesquisa anterior, com o intuito de relembrar as preferências e de certa forma controlá-lo, para que ele volte a consumir aquele mesmo conteúdo, sob o argumento da plataforma obter um serviço mais personalizado a partir dos interesses do usuário.

Essas recomendações que são feitas por meio de algoritmos, podem até ser úteis e deixá-lo satisfeito, porém quanto mais interagir com os anúncios, o algoritmo entende que aquelas informações são relevantes e passa a disponibilizá-los com regularidade.

Além disso, era primordial encontrar algo que pudesse agir como meio de colaboração entre o público e a organização, trazendo um método mais humanizado, mesmo que isso viesse a alterar o modo de fazer as publicidades.

Daí surgiram os influenciadores digitais, que, de um lado, simplificam as compras e interagem com o consumidor, questão primordial para as organizações alavancarem a sua rentabilidade, e, por outro, evidência a postura societária de superficialidade e, por conseguinte a pressão de consumir por serem influenciados.

O alcance que estes indivíduos influenciadores proporcionam ao realizarem a divulgação dos produtos e serviços da marca seja de forma remunerada ou não, por disporem de milhares de seguidores e possuírem muito engajamento nas redes sociais superam qualquer formato de marketing já realizada anteriormente como rádio, TV, revista ou jornal que por óbvio se tornaram ultrapassadas.

As empresas notaram como a confiança e credibilidade que estes sujeitos transmitiam poderiam ser um diferencial. Logo passaram a contatar os influenciadores para agir como aliados e focar no marketing de influência.

### 3 OS INFLUENCIADORES DIGITAIS

Superada a brevíssima análise das redes sociais, após afirmarmos seu principal aspecto como um movimento habitual crescente, é imprescindível mostrar detalhadamente os agentes que desempenham papel crucial para este resultado.

O mundo virtual deu origem a novas oportunidades de modelos de negócio e de trabalho, sobretudo para aquelas pessoas que se propunham produzir conteúdo com constância, alcançando o maior número possível de seguidores que literalmente consumiriam as suas publicações.

O *digital influencer*, ou traduzindo do inglês, os influenciadores digitais para Karhawi (2017, p. 2):

[...] são aqueles que têm algum poder no processo de decisão de compra de um sujeito; poder de colocar discussões em circulação; poder de influenciar em decisões em relação ao estilo de vida, gostos e bens culturais daqueles que estão em sua rede.

Buscando a completude do conceito, Assunção, Fagundes e Révillion (2019, p.79), afirmam:

[...] surge um novo personagem no ecossistema do comércio eletrônico: o digital influencer e os seus vários tipos de vídeo ou postagens com depoimentos nas redes sociais, relatando experiências com determinados produtos ou serviços, recomendando-os ou até mesmo os não indicando. Os vídeos podem ser reviews de produtos, tutoriais, vlogs, gaming, haul, entre outros.

Em outras palavras, não existe um critério específico para defini-los. Em suma, são pessoas comuns que podem ou não ter capacidade civil plena, e acabaram se tornando virais por comentarem a respeito de algum segmento como beleza, gastronomia, cultura e entretenimento e em decorrência dessa situação passaram a ser visto como referência para um grupo ou organizações. Os influenciadores, são fonte de informação.

Com frequência é notório observar aqueles que começaram a fazer publicações e produzirem conteúdo sem intenção alguma de “estourar” nas redes sociais, em especial o *Instagram* e pouco tempo depois já conseguem lucrar com esta forma de vida, independentemente da quantidade de seguidores que possuem.

Em seu perfil, os influenciadores constroem suas publicações, divulgando suas opiniões, costumes, rotinas e principalmente, interagem com seus seguidores, proporcionando-lhes confiança e credibilidade. A constância, bem como o fato de abordarem eixos temáticos que julguem relevantes mesmo que não possuam nenhuma habilidade determinou que os usuários das redes sociais os acompanhem diariamente e tornam-se moldados por seus pontos de vista.

O estilo de vida do influenciador digital, define o tipo de perfil de seguidor presente na sua rede. Para melhor elucidar a questão é notório que ao abordar em sua maioria temas relacionados a moda, os seguidores em grande parte serão aqueles que se identificam com este eixo, todavia isso não significa que irá restringir outros usuários.

De igual forma, o grande poder de influência que exercem na sociedade de consumo, oportunizou que eles fossem contratados por organizações, para atingir especificamente o público-alvo desejado, garantindo a melhor performance do produto.

Portanto, aumentar o alcance e venda da mercadoria, atingindo milhares de pessoas com a mesma confiabilidade de um amigo, como também a troca de informações rápidas, otimização de processos e a efetivação da nova forma afeiçoada da relação entre o consumidor e o fornecedor realizado pelos influenciadores digitais, determina o fator primordial deles estarem a frente de publicidades e por conseguinte afetar o poder decisório do consumidor.

No momento em que um influenciador digital indica um produto ou serviço, a sua confiabilidade agrega poder persuasivo no comportamento do consumidor, gerando segurança sobre a qualidade daquele produto ou serviço que está sendo indicado. Os influenciadores assumem, portanto, uma posição de garantidores em face dos produtos e serviços indicados. Caso as qualidades atribuídas aos produtos e serviços não sejam condizentes com a realidade, o fator de persuasão dos influenciadores aparece de forma negativa e prejudicial ao consumidor, confrontando, assim, os princípios da boa-fé e da confiança (Gasparatto; Freitas; Efig, 2019, p. 79).

Tal posto que, reforçar-se como o consumidor desde a evolução digital depende convictamente da opinião dos outros e está em busca de novas formas

práticas de compra e de fácil determinação de relevância, onde consegue filtrar e decidir aquilo que é de seu interesse, ou seja, ele saiu de um agente passivo para outro que emite opiniões se tornando ativo nas comunicações, mesmo que isso signifique se espelhar e reproduzir os modos de pessoas públicas.

A ação que os influenciadores digitais exercem sobre os seus seguidores faz com que estes últimos entendam que o objeto alvo que está sendo mostrado é um produto ou serviço de qualidade por ser recomendado por alguém que possui teoricamente prestígio, e mesmo que naquele momento o indivíduo não precise do objeto ele acaba consumindo e efetiva o clique infinito de compra compulsiva.

Um estudo realizado em 2019 pelo Instituto Qualibest, em parceria com a empresa Spark (2019, p. 21), com o intuito de mensurar o poder de influência e formas de influência nas redes sociais, avaliar a receptividade dos consumidores em relação as publicidades e verificar hábitos de consumo e engajamento, concluiu que 76% dos 2.100 entrevistados já consumiram um produto ou serviço, fundado na indicação de um influenciador digital.

Por esse motivo, o ponto inicial da agência é escolher o influenciador correto para promover a publicidade e decidir o que querem atingir com o marketing. Se desejam apenas números, ou visam interação entre a pessoa pública e os consumidores, além de terem de escolher entre uma parceria ou um contrato de publicidade para formalizar o negócio e a prestação do serviço, contendo informações relevantes a serem respeitadas.

Na parceria é comum ocorrer dois cenários, um semelhante ao contrato, marcado pelo envio combinado de itens, podendo coexistir a definição da frequência que o influenciador digital irá receber os produtos e serviços, número de postagens e pagamento ou não em dinheiro, identificado como “permuta”, e por outro lado, aqueles entregues sem qualquer compromisso envolvido, ficando a critério a recomendação ou não da mercadoria, por serem caracterizados como “recebidos” ou “brindes”.

Diante disto, o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) no Guia de Publicidade por influenciadores digitais (2021, p. 5), em se tratando dos recebidos estabelece que “Para os fins da autorregulamentação publicitária, os referidos conteúdos não configuram anúncios, por não possuírem natureza comercial”.

Neste ponto é importante salientar que os influenciadores digitais não se sujeitam ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), devido aos tipos de

atividades que eles vêm desempenhando, que se trata de algo novo e que ainda não está devidamente regulamentado. Até que um projeto de Lei venha ser aprovado para este fim, outros meios poderão ser utilizados para suprir essa necessidade, em consonância com Andrade *et al* (2019, p. 5).

[...] – frise-se, enquanto não é aprovada uma legislação específica – utiliza-se das regras de prestação de serviços previstas no Código Civil, na Lei de Direitos Autorais, Código de Defesa do Consumidor (“CDC”), normas do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (“CONAR”) ou do Marco Civil da Internet, bem como outras normas aplicáveis, genericamente, às relações contratuais, conforme o caso, ou mesmo por políticas de publicidade e os termos de uso das plataformas digitais.

Tendo em mente a proporção e potencialidade que o mercado mundial está movimentado em decorrência das personalidades digitais, é importante que o serviço prestado as empresas contratantes e parceiras venham ser reconhecido legalmente por determinações que o entendam como uma nova profissão. Concomitantemente em casos de danos causados neste meio, a regulamentação legal dessa atividade é uma forma de facilitar o entendimento da culpa e responsabilidade presentes.

Mesmo não resguardados pelo conjunto de normas da CLT, o influencer detém direitos e obrigações, com destaque aos direitos da personalidade, marcante pelo aspecto essencial presente: a irrenunciabilidade, tutelados tanto pela Constituição Federal no artigo 5º, incisos V e X, quando pelo capítulo II do Código Civil. Em virtude de tal, vários direitos como à imagem consectário do direito da personalidade, à privacidade, à honra, o nome pode ser temporariamente cedido a outrem.

Ao serem efetivamente contratados, carece de ser estipulado até em que ponto os direitos da personalidade serão utilizados e em que plataforma será propagada as informações. Em casos que os direitos não forem respeitados ou utilizados de forma indevida o Superior Tribunal de Justiça (STJ) por força do teor da súmula 403, entente que poderá tratar de uma violação passível de indenização, na qual o dano é presumido, ou seja, *in re ipsa*: “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa.”

Em contrapartida Barbosa, Brito e Silva (2021, p. 20), ainda determinam que existe uma série de práticas que esses novos perfis de agentes publicitários normalmente devem seguir:



[...] O anunciante produz um pequeno resumo das características e informações do produto ou serviço (briefing) e o repassa para o influenciador digital, que lhe divulgará nas mídias sociais. A divulgação geralmente ocorre por meio de fotos no feed e por Stories (vídeos de no máximo 15 segundos que desaparecem em 24 horas) no caso do Instagram, e por meio de vídeos na plataforma do Youtube. Tais plataformas são as mais utilizadas, atualmente, ainda que existam divulgações em mídias sociais como o Facebook, Snapchat ou Twitter.

Desta maneira, para conseguirem chamar atenção das organizações, os influenciadores carecem de desenvolver um plano mercadológico voltado para a representatividade e identificação.

A questão é, os *digitais influencers*, efetivam um novo campo do marketing digital que começou a incorporar nas organizações para alcançar números expressivos de indivíduos influenciáveis: o chamado marketing de influência. “Por meio do Marketing de Influência, as marcas estabelecem e nutrem uma relação com os principais influenciadores de seu mercado. E assim conduzem o público que os segue a uma decisão de compra favorável” (Politi, 2017, s.p.).

O intuito é se tornar uma espécie de ligação entre o consumidor seguidor e a organização que está contratando-o como agente publicitário para somente assim alcançar o público específico desejado. Percebe-se como as pessoas não consomem apenas produtos, mas também formas de vida e a transparência que os influenciadores constroem, ou ao menos parecem construir, em um mundo marcado pela utilização das redes sociais, é mais que fundamental, para dar segurança e trazer o consumidor para perto da marca.

No entanto, nada adianta se tornar o porta voz do produto e não conseguir “alienar” o consumidor, e é neste ponto que podem surgir graves problemas, como falta de informações, valores, identificação da propaganda dentro outros requisitos importantes que obrigatoriamente devem conter na publicidade.

#### **4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLEUNCIADORES DIGITAIS**

Conforme exposto no tópico anterior, a cadeia causal que os influenciadores proporcionam no ambiente de consumo ante o poder de convencimento para com seus seguidores, faz com que as empresas os vejam como veículos de publicidade altamente rendáveis.

O óbice é que a maioria deles não possui um entendimento apropriado para poder realizá-las de tal forma que não venha lesar o consumidor.

Em vista disso, como ponto de partida é imperioso entender o que é publicidade e o seu modelo de regulamentação.

Segundo Dias (2018, p.9), a publicidade pode ser entendida da seguinte maneira:

Com efeito, do ponto de vista mercadológico, a publicidade pode ser conceituada como o meio de divulgação de produtos e serviços com a finalidade de incentivar o seu consumo. Trata-se do duto par excellence através do qual se leva ao conhecimento dos consumidores em geral a existência de bens e serviços a serem examinados e eventualmente adquiridos.

Passando a diante, para que pudesse evitar qualquer tipo de transgressão da utilização da publicidade, o Brasil adota o controle misto de autorregulamentação. Isto é, de imediato existe aquele feito pelo poder legislativo através da criação de leis em que neste momento destacasse o Código de Defesa do Consumidor e pelo poder judiciário quando provocado e de forma subsidiária acrescenta-se o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR).

O CONAR, criou um conjunto de normas éticas aplicáveis as publicidades e propagandas, denominado de Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP), onde consta os princípios gerais, as categorias especiais de anúncios, além de como abordar as responsabilidades das especialidades das situações e as infrações e penalidades (CONAR, 2022).

Incumbe ao Conar, dentre outras finalidades, “zelar pela comunicação social, sob todas as formas de propaganda” e “funcionar como órgão judicante nos litígios éticos que tenham por objeto a indústria da propaganda ou questões a ela relativas” (art. 5º do seu Estatuto Social). É a instituição privada por excelência que fiscaliza a ética na propaganda comercial veiculada no Brasil, norteando-se pelas disposições contidas no seu Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (Dias, 2018, p. 16).

Já o controle prestado pelo Código Consumerista realizado pelo Estado (Lei, nº 8.078/1990), tem o intuito de evitar abusos e preceitua dentre outros, como um direito básico do consumidor, possuir a informação básica daquilo que está sendo divulgado e ainda institui a proibição da prática da publicidade abusiva ou enganosa.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

**III** - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

**IV** - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços (Brasil, 1990).

Passando para a análise juntamente com a figura do influenciador digital, apesar dos esforços que este pode vir a fazer, é cotidiano as falhas realizadas no âmbito das publicidades, por isso é importante analisar a sua responsabilidade frente a este assunto e em que medida isso ocorreria.

Quando os influenciadores utilizam seu perfil nas redes sociais, para a divulgação da publicidade, deve existir uma vinculação do que está sendo ofertado com a realidade do produto ou serviço, bem como, não possuir uma transgressão com as regras consumeristas. Portanto, a responsabilidade irá decorrer principalmente da prática de uma publicidade abusiva ou enganosa e eventuais danos causados aos consumidores.

Diferentemente da publicidade enganosa, que induz o consumidor a erro, a publicidade abusiva é aquela ilícita por trazer como conteúdo o abuso de direito, tema que será aprofundado no próximo capítulo. Dispõe o art. 37, § 2º, da Lei 8.078/1990, em tom mais uma vez exemplificativo, que são abusivas, dentre outras, as seguintes práticas:

- a) A publicidade discriminatória de qualquer natureza.
- b) A publicidade que incita à violência.
- c) A publicidade que explora o medo ou a superstição.
- d) A publicidade que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança.
- e) A publicidade que despreza valores ambientais.
- f) A publicidade que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança (Tartuce; Neves, 2023, p. 454).

No contexto estatal principal, para aplicar as disposições do CDC, em regra é preciso ser caracterizada a relação de consumo entre as partes, existindo o consumidor e o fornecedor.

O próprio Código de Defesa do Consumidor contém elementos conceituais de quem seriam os consumidores: “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (Brasil, 1990).

É clarividente, portanto, a adoção da teoria finalista, de modo, a colocar o consumidor como aquele destinatário final do produto de forma *ipis literis*, não recolocando o produto na cadeia de consumo nem de forma direta nem indireta.

Por conseguinte, é necessário fazer com que o influenciador digital, integre a cadeia de consumo e para tanto, esse encargo fica a critério da doutrina. O escritor Leonardo Bessa (s.d.), criou a conceituação de “fornecedor por equiparação”.

Benjamin, Marques e Bessa (s.d., p.118) definem o fornecedor por equiparação:

[...] fornecedor-equiparado, aquele terceiro na relação de consumo, um terceiro apenas intermediário ou ajudante da relação de consumo principal, mas que atua frente a um consumidor (aquele que tem seus dados cadastrados como mau pagador e não efetuou sequer uma compra) ou a um grupo de consumidores (por exemplo, um grupo formado por uma relação de consumo principal, como a de seguro de vida em grupo organizado pelo empregador e pago por este), como se fornecedor fosse (comunica o registro no banco de dados, comunica que é estipulante nos seguro de vida em grupo etc.).

O elemento essencial que faz com que os agentes digitais sejam equiparados com os fornecedores é uma consequência lógica. Ora, os produtos não estariam nas mãos dos consumidores se não fosse a atuação dos influenciadores digitais, servindo de intermediário para a concretização da relação principal.

Consequentemente, uma vez compondo a relação consumerista, a depender do caso em concreto, inegável que os influenciadores digitais poderão ser responsabilizados seja na esfera judicial, ou até mesmo no CONAR em que neste último será utilizado o CBAP, na medida da extensão do dano ocasionado.

O que reforça ainda mais essa concepção é que o CDC, seguindo os mandamentos constitucionais, sobretudo o artigo 170, inciso V, da Constituição Federal, fixou a tutela de que o consumidor por si só é vulnerável em suas modalidades, seja ela, técnica, econômica ou científica, independentemente da sua condição financeira.

Bobbio, expõe a questão da vulnerabilidade:

A vulnerabilidade estabelece-se quando influenciadores digitais usam de técnicas refinadas da publicidade comercial, baseada em estudo das motivações para vender os produtos mais diversos, mobilizando e envolvendo seus seguidores por meio de emoções como a angústia, a sexualidade, o desejo, a avareza e a falsa ideia de beleza e saúde (Bobbio, 1998, p. 731).

Neste teor, o Código consumerista consagra igualmente, o princípio do *favor debilis*, preconizando, que as normas devem ser interpretadas a partir da ótica daquele que possui debilidade.

Inclusive, Benjamin, Marques e Bessa (s.d., p.37-38) em se tratando do consumidor, apontam:

Efetivamente, no Brasil de hoje, a proteção do consumidor é um valor constitucionalmente fundamental (Wertsystem), é um direito fundamental e é um princípio da ordem econômica da Constituição Federal (art. 170, V), princípio limitador da autonomia da vontade dos fortes em relação aos fracos ou vulneráveis (*debilis*), construindo um novo direito privado mais consciente de sua função social (expressão de Gierke).

Dessa forma, fixado o entendimento que as personalidades digitais não se ausentariam da responsabilidade, questiona-se: deve ser demonstrado a culpa diante a lesão cometida?

O Código de Defesa do Consumidor adota a teoria da responsabilidade objetiva, em que o fornecedor responde pelos danos causados independentemente de culpa. Nestes moldes:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos (Brasil, 1990).

Ademias, o Código acima mencionado estabelece no artigo 7, parágrafo único, que tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo (Brasil, 1990).

Para esmiuçar a problemática é relevante compreender que existem duas correntes a respeito da comprovação da culpa dos influenciadores, demonstrando a falta da unanimidade e entendimento vinculante.

Em um primeiro momento tem aqueles que entendem que a responsabilidade deveria ser subjetiva, pois contrário fosse, caracterizaria um excesso para com aquele que apenas contribuiu para a divulgação do produto ou serviço. Seguindo esse raciocínio, Oliveira (2010, p. 502):

Obviamente, atribuir-lhe responsabilidade objetiva seria um tanto quanto exagero. O senso do homem médio deve ser o parâmetro na avaliação do

produto. Caso demandando, deverá, portanto, provar que não agiu com culpa ao participar da publicidade viciada.

Mas encontra-se, aqueles que entendem que a forma de responsabilização independeria de culpa. Nas palavras de Azevedo (2021, p.57):

A adoção da responsabilidade solidária e objetiva, assim como a equiparação ao fornecedor da figura do digital influencer tem como fim primeiro facilitar a proteção aos direitos do consumidor, reparando em sua totalidade os danos suportados, compondo um aspecto material do acesso à justiça.

Defende de igual modo Mageste e Castro (2022, p.394):

Portanto, a relação de consumo em que os influenciadores digitais atuam efetiva e diretamente através da propaganda de produtos e serviços, de modo a motivar escolhas de consumo deve ser responsabilizada objetivamente quando houver qualquer abuso, engano e qualquer outra ofensa a algum bem jurídico, tudo com o amparo do CDC e CC.

A utilização da responsabilidade objetiva teria a finalidade de efetivar a tutela dos consumidores que são tidos como vulneráveis atrelada a teoria do risco do empreendimento, também adotada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, nota-se que mesmo sendo possível a responsabilização das personalidades digitais, proporcionando o indivíduo lesado retornar ao *status a quo*, uma vez que os influenciadores estariam rompendo com os princípios da transparência, solidariedade e boa-fé objetiva, ainda existe uma lacuna legislativa a respeito desse tema, em que a decisão final, determinado a incidência ou não da relação de consumo, a forma de responsabilização, seja ela objetiva ou subjetiva, irá depender do critério de convencimento daquele que está julgando a causa, assim como as particularidades da situação.

## **5 CONCLUSÃO**

Diante todo o exposto, nota-se que vivemos em uma sociedade da informação onde demos lugar para as redes sociais organizarem, publicarem, bem como moldarem nossas vidas e costumes.

Com o fim de adequar-se ao novo paradigma da atualidade, ante a modificação que as redes sociais realizaram nas relações de consumo, era necessário

que as grandes marcas achassem um meio de trazer seus consumidores para mais perto, de modo a demonstrar uma maior credibilidade. Para tanto surgiram-se os influenciadores digitais, que exercem forte interferência na cadeia de consumo e nas novas formas de fazer publicidades, proporcionando um alcance muito maior do que aquelas anteriormente realizadas.

Assim, verificou-se que a confiança transmitida pelas personalidades digitais, na maioria das vezes, é o fator primordial no convencimento dos seus seguidores para consumirem o produto e/ou o serviço indicado na publicidade.

Contudo nem sempre a publicidade está moldada a partir dos mandamentos constitucionais bem como, com as disposições dispostas no Código de Defesa do Consumidor e no Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária com o intuito não ferir os direitos dos consumidores, uma vez que o Brasil adota o controle misto de regulamentação publicitária.

Assim, uma vez constatado que os influenciadores digitais integram a relação de consumo, isto é, sejam tidos como fornecedores por equiparação é inegável a possibilidade de serem responsabilizados, seja na via principal realizada pelo Estado, ou subsidiariamente pelo CONAR.

Importante salientar, que a falta de regulamentação de sua atividade, ante a ausência de se submeterem a CLT, somado a lacuna de normas e entendimentos específicos para com este tema pode possibilitar na prática, insegurança jurídica.

Desta maneira, o critério de incidência da responsabilidade do influenciador digital, pelos danos causados em razão das publicidades irá ficar a critério daquele que está julgando a causa, não podendo ser dito em regra que eles serão sempre responsabilizados e se será a necessário a demonstração ou não de culpa desses agentes.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Andressa Bizutti. *et al.* **Manual Jurídico: Influenciadores Digitais.** Disponível em <https://baptistaluz.com.br/manual-juridico-sobre-influenciadores-digitais/>. Acesso em: 02 fev. 2023.

ASSIS, Vanessa Santos de; FERREIRA, Andressa. **Marketing de influência: A era do Digital Influencer.** Disponível em <http://www2.uesb.br/eventos/workshopdemarketing/wp-content/uploads/2018/10/VF-Marketing-de-Influ%C3%Aancia.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2023.

ASSUNÇÃO, Wagner da S.; FAGUNDES, Pâmela F.; RÉVILLION, Anya S P.  
**Comércio eletrônico.** Grupo A, 2019. *E-book*.

AZEVEDO, Lais Sales de. **A responsabilidade civil dos influenciadores digitais em face da relação de consumo:** uma análise da (im)possibilidade do “influencer” ser responsabilizado pelos danos causados aos consumidores. 74 f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito de Alagoas, Curso de Direito, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2021. Disponível em: <https://www.repositorio.ufal.br/jspui/handle/123456789/9570#:~:text=AZEVEDO%2C%20Lais%20Sales%20de.,74%20f>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida.** Disponível em: [https://lotuspsicanalise.com.br/biblioteca/Modernidade\\_liquida.pdf](https://lotuspsicanalise.com.br/biblioteca/Modernidade_liquida.pdf)  
Acesso em: 20 fev. 2023.

BARBOSA, Caio César do Nascimento; SILVA Michael César; BRITO Priscila Ladeira Alves de. **A responsabilidade civil dos influenciadores digitais pela publicidade ilícita por eles veiculada.** Disponível em: <https://docplayer.com.br/204734897-A-responsabilidade-civil-dos-influenciadores-digitais-pela-publicidade-ilicita-por-eles-veiculada-1.html>. Acesso em: 02 fev. 2023.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5712489/mod\\_folder/content/0/Manual%20de%20Direito%20do%20Consumidor%20-%20Benjamin%2C%20Marques%20e%20Bessa.pdf?forcedownload=1](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5712489/mod_folder/content/0/Manual%20de%20Direito%20do%20Consumidor%20-%20Benjamin%2C%20Marques%20e%20Bessa.pdf?forcedownload=1). Acesso em: 18 mar. 2023.

BORGES, Maria Alice Guimarães. A informação e o conhecimento como insumo ao processo de desenvolvimento. **Revista Ibero-Americana de Ciência da Informação.** 1(2), 175–196. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/RICI/article/view/1249>. Acesso em: 16 jan. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República [2016]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 fev. 2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. CONAR. **Guia de publicidade por influenciadores digitais.** Disponível em: [http://www.conar.org.br/pdf/CONAR\\_Guia-de-Publicidade-Influenciadores\\_2021-03-11.pdf](http://www.conar.org.br/pdf/CONAR_Guia-de-Publicidade-Influenciadores_2021-03-11.pdf). Acesso em: 09 jan. 2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. CONAR. **Código brasileiro de autorregulamentação publicitária.** Disponível em: [http://www.conar.org.br/pdf/codigo-conar-2021\\_6pv.pdf](http://www.conar.org.br/pdf/codigo-conar-2021_6pv.pdf). Acesso em: 18 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Código de Defesa do



Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 18 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 15 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 403**. Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa. Diário de Justiça: seção 2, Brasília, DF. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 16 fev. 2023.

CRUZ, Natália. **Modernidade Líquida**. Disponível em: <https://querobolsa.com.br/enem/sociologia/modernidade-liquida>. Acesso em: 17 jan. 2023.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de M. **Publicidade e direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. *E-book*.

DZIEKANIAK, Gisele; ROVER, Aires. **Sociedade do Conhecimento: características, demandas e requisitos**. Disponível em: <https://brapci.inf.br/index.php/res/v/7461#:~:text=Resumo-,Este%20ensaio%20define%20caracter%C3%ADsticas%2C%20requisitos%20e%20demandas%20que%20identificam%20a,%C3%A0s%20tecnologias%20de%20informa%C3%A7%C3%A3o%20e>. Acesso em: 16 jan. 2023.

ECODEBATE. **Uso acrítico das redes sociais pode levar a manipulação de consumo e massificação de gostos**. Disponível em <https://www.ecodebate.com.br/2020/01/15/uso-acritico-das-redes-sociais-pode-levar-a-manipulacao-de-consumo-e-massificacao-de-gostos/>. Acesso em: 16 de jan. 2023.

EQUIPE JÁCOME. **Como funciona o contrato com o influenciador digital?** Disponível em: <https://jacomeadvocacia.com.br/como-funciona-o-contrato-com-o-influenciador-digital/>. Acesso: 17 fev. 2023.

GASPARATTO, Ana Paula Gilio; FREITAS, Cinthia Obladen de Almeida; EFING, Antônio Carlos. Responsabilidade Civil dos Influenciadores Digitais. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 19, n. 1, p. 65-87, 2019. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/6493/3396>. Acesso em: 13 maio 2023.

KARHAWII Issaaf. **Influenciadores digitais: conceitos e práticas em discussão**. Disponível em: <https://editora.pucrs.br/edipucrs/acessolivre//anais/abrapcorp/assets/edicoes/2017/arquivos/15.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2023.

KOTLER, Philip. **Marketing 4.0 do tradicional ao digital**. Disponível em: <https://statics-submarino.b2w.io/manuais/132396220.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023

LIMEIRA, Tânia Maria V. **E-Marketing**. 2. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. *E-book*.

MAGESTE, Ana Elisa Silva; CASTRO; Caio Crivelenti Raffaini. **A responsabilidade civil dos influenciadores digitais nas relações de consumo**. Disponível em: [https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/243018/V6N2\\_academica\\_379-396.pdf?sequence=1](https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/243018/V6N2_academica_379-396.pdf?sequence=1). Acesso em: 06 maio 2023.

MUNHOZ, Isadora. **Publicidade nas Redes Sociais: quais os limites da Responsabilidade Civil dos Influenciadores Digitais?** Disponível em: [https://martinelliguimaraes.com.br/limites-da-responsabilidade-civil-dos-influenciadores-digitais/#\\_ftn4](https://martinelliguimaraes.com.br/limites-da-responsabilidade-civil-dos-influenciadores-digitais/#_ftn4). Acesso em: 07 maio 2023.

OLIVEIRA; Stéphanie Assis Pinto de. Responsabilidade das Celebidades em Campanhas Publicitárias de Crédito Consignado Destinadas a Idosos. **Revista Jurídica Cesumar** – Mestrado, v. 10, n. 2, p. 495-504, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/1603>. Acesso em: 04 jul. 2023.

PELLIZZARO, Vinícius Uberti. **A utilização da publicação de um influenciador digital sem autorização ou crédito gera danos morais?** Disponível em: <https://pellizzarovinicius.jusbrasil.com.br/artigos/829903326/a-utilizacao-da-publicacao-de-um-influenciador-digital-sem-autorizacao-ou-credito-gera-danos-morais#:~:text=1.,subsiste%20o%20dever%20de%20indenizar>. Acesso em: 16 fev. 2023.

POLITI, Cassio. **Marketing de Influência: O que é e por que as marcas apostam nessa tendência?** Disponível em: <https://www.comunique-se.com.br/blog/o-que-e-marketing-de-influencia/>. Acesso em: 07 fev. 2023.

QUALIBEST; SPARK. **O post é pago, e aí?** Disponível em: <https://www.institutoqualibest.com/download/influenciadores-digitais-o-post-e-pago-e-ai/>. Acesso em: 07 fev. 2023.

REBÊLO, Felipe Cesar José M. **Atividade econômica e publicidade comparativa: a defesa do consumidor e da concorrência**. Grupo GEN, 2013. *E-book*.

RODAS, Sérgio. **Influenciadora digital responde por golpe dado por loja que indicou**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-21/influenciadora-digital-responde-golpe-loja-indicou>. Acesso em: 07 maio 2023.

SANTINHO, Carlos. **Instagram Shopping: como ativar o recurso e vender mais na rede social**. Disponível em: <https://resultadosdigitais.com.br/marketing/instagram-shopping/>. Acesso em: 23 jan. 2023.

SILVA, Taís Carvalho. O espetaculoso mundo do eu: Uma análise do sentido do paradoxo da privacidade. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano

17, n. 3150, 15 fev. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21092/o-espetaculoso-mundo-do-eu>. Acesso em: 25 jan. 2023.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim A. **Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual**. Volume Único. Grupo GEN, 2023. *E-book*.

TURCHI, Sandra R. **Estratégia de Marketing Digital e E-Commerce**. 2 ed. Grupo GEN, 2018. *E-book*.

## BORDADO NO TEMPO: A METAMORFOSE DO ESTUPRO NO BRASIL

### EMBROIDERY IN TIME: THE METAMORPHOSIS OF RAPE IN BRAZIL

ARAÚJO, Manoel Matias Medeiros de<sup>27</sup>  
BEZERRA, Tiago José de Souza Lima<sup>28</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo analisar as transformações sofridas pelo conceito de “estupro” na legislação penal brasileira ao longo dos códigos e leis correlatas, mais precisamente partindo-se do Código Criminal do Império do Brasil e chegando-se à legislação vigente, o Código Penal de 1940. Para tanto, este estudo valeu-se de levantamento bibliográfico realizado tanto na doutrina quanto na legislação atinente ao tema. Percebe-se que o instituto do estupro, por ser um conceito jurídico-positivo e, dessarte, variável conforme as mudanças do direito positivo, sofreu e sofre diversas transformações, principalmente, aquelas provocadas pelo legislador pátrio, ao tutelar a dignidade sexual das pessoas, e não mais os costumes. Dada a relevância do tema no Brasil contemporâneo, é preciso que essa metamorfose conceitual seja analisada de uma maneira mais profunda.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estupro. Conceitos fundamentais. Conceitos jurídico-positivos. Dignidade.

**ABSTRACT:** This article aims to analyze the transformations undergone by the concept of "rape" in brazilian criminal legislation throughout the codes and related laws, more precisely starting from the Criminal Code of the Empire of Brazil and reaching the current legislation, the Criminal Code of 1940. To this end, this study was based on a bibliographic survey carried out both in doctrine and in legislation on the subject. It is noticed that the rape institute, being a legal-positive concept and, therefore, variable according to the changes of the positive law, suffered and goes through several transformations, mainly, those provoked by the national legislator, to protect the citizen's sexual dignity, and no longer the customs. Once the relevance of the theme in contemporary Brazil is highlighted, it is necessary that this conceptual metamorphosis be analyzed in a deeper way.

**KEYWORDS:** Rape. Fundamental concepts. Legal-positive concepts. Dignity.

## 1 INTRODUÇÃO

A sociedade é plural e encontra-se em constante transformação. A globalização e a possibilidade de conexões permitidas pela *internet* acabaram por

---

<sup>27</sup> Bacharelado em Direito (2019-) pela UFRN.

<sup>28</sup> Mestre em Direito Constitucional (UFRN). Especialista em Direito Digital e Compliance (Instituto Damásio de Direito). Bacharel em Direito (UFRN). Professor substituto do Departamento de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) e professor da Faculdade Católica Santa Terezinha (FCST).

gerar um corpo social cujas noções mudam-se de forma acelerada. Na era da informática, até mesmo o significado de “baixar”, por exemplo, alterou-se. Hodiernamente, o verbete pode ser compreendido como a transferência de um *software* para algum dispositivo. No idioma bretão: *download*.

Há de se observar a metamorfose conceitual além do aspecto concernente à linguagem. Essa metamorfose – que não é a de Franz Kafka – também atinge o Direito. No campo jurídico, existem conceitos que variam conforme as transformações do direito positivo, ou seja, de acordo com as revoluções sociais: são os conceitos jurídico-positivos.

Ao passo que os conceitos jurídico-positivos recebem um novo significado com maior volatilidade, os conceitos jurídicos fundamentais (lógico-jurídicos) são mais estáveis. Porém, é preciso ter cautela quanto à estabilidade dos conceitos lógico-jurídicos: isso não enseja a sua imutabilidade, vez que todo conhecimento humano é passageiro e precário. A teoria que surge para jamais reinventar-se nasce morta.

Nessa linha, percebe-se que “Um enunciado científico se caracteriza, sobretudo, pela circunstância de ser suscetível de revisão, poder ser criticado e substituído por outro enunciado, que se revele mais adequado”. (Didier Jr., 2016, p. 57).

Fredie Didier Jr. (2016), embora seja, na essência, um processualista, cita o crime de estupro com o intuito de elucidar os conceitos jurídico-positivos – variáveis, portanto. Apoiando-se no exemplo de Didier, o presente trabalho possui como objetivo estudar a alteração da legislação e doutrina acerca do crime de estupro, partindo da premissa de que este é um conceito que varia conforme o direito positivo e alterou-se com o tempo.

Em síntese, o enfoque do presente texto é demonstrar, através de levantamento bibliográfico realizado tanto na doutrina quanto na legislação penal vigente e pretérita, o impacto das transformações sociais sobre o conceito de estupro, bem como as melhorias proporcionadas pelo legislador no que tange à proteção do indivíduo contra esse grave delito de natureza sexual.

Nessa toada, a análise partirá do Código Criminal do Império do Brasil (1830), passando pelo Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (1890), até o atual Código Penal (1940) e a nova redação dada ao art. 213 deste pela Lei 12.015/2009, com o estudo apoiado na doutrina de cada tempo.

O presente estudo justifica-se na enorme relevância social do tema que, infelizmente, ainda reverbera no Brasil, com diversos casos de violência sexual noticiados pela mídia diariamente. Não se visará um aprofundamento epistemológico dos conceitos jurídicos, mas uma análise das leis penais. Entretanto, todo apontamento precisa partir de uma premissa fundamental.

Em um primeiro momento, serão expostos os conceitos jurídico-positivos e os conceitos lógico-jurídicos. Por fim, o estupro será abordado como um conceito jurídico-positivo que buscou um novo significado no percurso de avanços sociais brasileiros.

## **2 A DICOTOMIA ENTRE OS CONCEITOS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS (LÓGICO-JURÍDICOS) E JURÍDICO-POSITIVOS**

A ciência pode ser compreendida como um complexo sistema de enunciados. Esse sistema é composto por um conjunto de conceitos, os quais estruturam-se de acordo com critérios que os sujeitam a uma unidade lógica, concatenada. (Didier Jr., 2016, p. 48). Notoriamente, os enunciados científicos adotam a função primordial de articular os conceitos, buscando explicar um determinado aspecto da realidade.

Fredie Didier Jr. (2016, p. 48-49) apoiando-se nos ensinamentos de Lourival Vilanova –, elucida que nem todos os conceitos ocupam o mesmo plano dentro de um determinado sistema conceitual. Por exemplo, alguns conceitos possuem o campo de validade específico; outros conceitos são “gerais”.

Nesse sentido, observa Lourival Vilanova (1989, p. 65):

Define-se o direito como um sistema de normas diretivas da conduta humana, cuja inobservância é sancionada e, ainda, dotadas essas normas de uma organização no emprego da coação. Mas esse é apenas um ângulo de consideração abstrata do direito. O outro ângulo, complementar ao primeiro, reside em considerar o direito o sistema da conduta humana que efetiva as prescrições primárias (deveres e sanções, espontaneamente cumpridos). E, mais, as secundárias, que compulsoriamente, através da prestação jurisdicional, efetivam as primárias. De onde ser procedente ver o direito, sob um lado, como sistema de normas; de outro, como sistema de conduta ou ordenamento. Como ordenamento, tem-se a efetivação (a realização no sentido de Ihering) do sistema de normas. Kelsen, apesar do tão sublinhado normativismo, diz acertadamente que o direito é o sistema de normas que regula a conduta humana, ou a conduta normativamente regulada.

Além disso, Karl Popper (2008, p. 61) estabelece que “As teorias científicas são enunciados universais. Como todas as representações linguísticas, são sistemas de signos ou símbolos”.

Em síntese, existe uma “[...] diferença entre teorias universais e enunciados singulares, dizendo que estes últimos são ‘concretos’, ao passo que as teorias são *simplesmente* fórmulas simbólicas ou esquemas simbólicos [...]”. (Popper, 2008, p. 61). Didier Jr. (2016) apoia-se premissas do supracitado filósofo e diz que deve haver, também, uma separação entre os conceitos na elaboração de teorias jurídicas.

Nesse diapasão, as teorias jurídicas sofrem a contingência de ter por objeto um produto cultural. O Direito terá o seu conteúdo determinado por circunstâncias históricas e espaciais. É difícil e, por vezes, inútil, criar uma teoria que sirva a diversos ordenamentos jurídicos, tão distintos entre si.

Esta é a razão pela qual devem ser separados, em qualquer construção teórica sobre o Direito, os conceitos que servem à compreensão do fenômeno jurídico, onde quer que ele ocorra qualquer que seja o seu conteúdo, dos conceitos construídos a partir da análise de um determinado ordenamento jurídico (Didier Jr., 2016, p. 49).

Como os conceitos jurídicos fundamentais não são o enfoque deste artigo, todavia, são essenciais para a compreensão do Direito, apresentar-se-ão na sequência, ainda que sucintamente.

Laconicamente, pode-se dizer que os conceitos jurídicos fundamentais são construções da Filosofia do Direito (pois é uma atribuição da Epistemologia Jurídica) que possuem como objetivo primário “[...] auxiliar a compreensão do fenômeno jurídico onde e quando ele ocorra” (Didier Jr., 2016, p. 52).

Nesse sentido, os conceitos jurídicos fundamentais dotam de pretensão de validade universal, quer dizer, por mais que sejam conceitos rígidos, quase imutáveis, são passíveis de alterações, revisões e, até mesmo, de desconsideração. Isso se dá pela efemeridade dos conceitos, pois, como dito anteriormente, o conhecimento é mutável.

O conceito lógico-jurídico tem serventia para os operadores do Direito, visto que elucida o processo compreensivo de qualquer ordenamento jurídico determinado. Dessarte, pode-se dizer que o conceito jurídico fundamental é primordial para o contato científico com o Direito, independentemente de qual seja a abordagem.

É conceito a priori, alheio a qualquer realidade jurídica determinada, embora seja produto da experiência jurídica, o que não é paradoxal: não se consegue conceber produção do intelecto humano que não tenha por base alguma experiência. A partir da observação do fenômeno jurídico, criam-se esses conceitos, que funcionam como instrumentos indispensáveis à investigação empírica.

Não expressam realidades contingenciais criadas pelo homem em dado momento histórico. São conceitos formais, lógicos, que "nada adiantam sobre o conteúdo concreto das normas jurídicas". Porque formais, são invariáveis; variável será o conteúdo normativo a ser extraído dos enunciados normativos do Direito positivo (Didier Jr., 2016, p. 53).

Hans Kelsen (1998, p. 218), por seu turno, ainda observa uma divisão entre o princípio estático e o princípio dinâmico, no que tange à natureza do fundamento de validade. No primeiro caso, "Esta norma, pressuposta como norma fundamental, fornece não só o fundamento de validade como o conteúdo de validade das normas delas deduzidas através de uma operação lógica".

Dessa maneira, observa-se que "[...] a norma de cujo conteúdo outras normas são deduzidas [...] apenas pode ser considerada como norma fundamental quando o seu conteúdo seja havido como imediatamente evidente". (Kelsen, 1998, p. 218). Trata-se, enfim, de uma norma de conteúdo estático, pouco variável.

Ante o exposto, o conceito lógico-jurídico é compreendido como a peça-chave de toda a ciência jurídica. É praticamente impossível entender o Direito e os ordenamentos jurídicos mundo a fora sem o auxílio dos instrumentos proporcionados pelos conceitos jurídicos fundamentais.

Noutra ponta, ressalte-se que "O direito [...] é um fato social e o fato social é interacional [...]. O sistema social é um processo, um tecido, cujos pontos são relações de homem a homem. O átomo não é o sujeito sozinho: é, pelo menos, um em face do outro" (Vilanova, 1989, p. 66). Dito isso, evidencia-se a necessidade de o direito estar inserido num corpo social.

Ao observar-se uma realidade normativa prefixada, são elaborados os conceitos jurídico-positivos. Por esse motivo, tais conceitos somente serão aplicáveis à realidade determinada em que foram construídos.

O jurista mexicano Juan Terán (*apud* Didier Jr., 2016, p. 49) afirma que o conceito jurídico-positivo tem "*validez determinada en cuanto al espacio y determinada en cuanto al tiempo en sentido histórico*". Dessa forma, é o conceito que possui seu significado inerente à realidade social. À medida que o direito positivo varia, o significado do conceito altera-se.



Em breve síntese: o conceito transforma-se conforme uma determinada variação do tempo e espaço. O antigo significado de casamento, representado pela união entre sexos diferentes, foi superado pela jurisprudência e pela doutrina. Com isso, “Não há, portanto, uma disciplina jurídica única e imutável para esses institutos. Não se pode pretender encontrar, nesses conceitos, elementos invariáveis, que compusessem uma espécie de essência imprescindível do objeto definido” (Didier Jr., 2016, p. 50).

Willis Santiago Guerra Filho (1998, p. 9-10) observa que o supracitado fenômeno se dá, principalmente, no caso dos enunciados prescritivos, pois, “[...] na medida em que envolvem juízos de valor, poderão ser declarados, *mutatis mutandi*, válidos ou inválidos, eficazes ou ineficazes, justos ou injustos, e jamais, universalmente verdadeiros ou falsos”. Ademais, “É essa circunstância que [...] viabiliza uma ciência jurídica, constituída de proposições que não reclamam uma validade universal, mas adequam-se ao contexto em que se inserem”.

Em preciosa síntese, enuncia José Afrânio Vilela (2015, p. 4):

A experiência do ordenamento jurídico positivo é a fonte primeira e o ponto comum de todo e qualquer conhecimento jurídico-dogmático. A Lei é o que o legislador quer. Sua intenção é norma. A lei interage de forma sutil com os fatos sociais, regrando-os. E se o fato desvincular-se do sentido normativo dela, que é o ordenamento jurídico positivo, ela, lei, de sua abstração converter-se-á em experiência, materializa-se, revestindo-o enquanto fonte primeira do direito a ser reconhecido naquela relação. E se os conceitos abstratos não estiverem revestidos da experiência, da prática e da intuição, serão vazios.

Os conceitos jurídico-positivos, destarte, constituem verdadeiros documentos históricos. A partir da compreensão dos conceitos jurídico-positivos do passado, revela-se um arcabouço da realidade criada pelo homem durante um determinado recorte temporal.

### **3 ESTUPRO: CONCEITO BORDADO NO TECIDO INVISÍVEL DO TEMPO**

Já anunciava Machado de Assis (1987, p. 57-58): “[...] o tempo é um tecido invisível em que se pode bordar tudo, uma flor, um pássaro, uma dama, um castelo, um túmulo. Também se pode bordar nada”.

Nesse material invisível do tempo, onde tudo pode ser “bordado”, também é possível criar, excluir e mudar conceitos. No caso do conceito jurídico-positivo, o

recorte temporal de onde é extraído para a análise histórico-científica é determinante para o entendimento de seu significado.

Por isso, o estupro, mais especificamente o seu conceito jurídico, pode ser entendido como um material sujeito à variação do tempo e do direito positivo. A denominação legal do instituto é derivada do termo “*stuprum*”, do direito romano, cujo significado abarcava todas as relações carnavais (Mirabete; Fabbrini, 2013, p. 403). Nesse sentido, partindo-se da premissa de que se trata de um conceito jurídico-positivo, diz-se que os elementos do crime acompanharam avanços sociais.

*O conceito de estupro é jurídico-positivo: os elementos desse crime variam conforme o respectivo Direito positivo. Até bem pouco tempo atrás, no Brasil, estupro era crime que pressupunha violência sexual (conjunção carnal) praticada por um homem contra uma mulher. Atualmente, estupro é crime que pode ser cometido por ou contra alguém de qualquer gênero e a conduta típica não é mais apenas a conjunção carnal violenta (Didier Jr., 2016, p. 49-50, grifo nosso).*

Enxergando-se o estupro como um conceito “bordado no tempo”, nota-se que seu significado não é estático ao longo da história da legislação penal brasileira. Apesar de diversas leis, códigos e consolidações vigorarem no país desde a sua independência, com o escopo de não tornar a leitura cansativa, o presente trabalho irá abordar sucintamente alguns textos normativos restritos.

Especialmente, analisar-se-á a legislação tocante ao crime de estupro nos seguintes diplomas: Código Criminal do Império do Brasil (1830), Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (1890), o Código Penal vigente (1940) e a nova redação dada ao art. 213 deste pela Lei 12.015/2009.

Ademais, dado o fato de que a definição de estupro variou bastante, sobretudo nas últimas décadas, as leis atuais serão abordadas com maior capricho, ao passo que a análise dos códigos do passado será um pouco mais breve.

A Lei de 16 de dezembro de 1830 instituiu o Código Criminal do Império do Brasil, sancionado em 1830 pelo então Imperador Dom Pedro I. Foi o primeiro código penal nacional. Teve vigência durante seis décadas (até o ano de 1890), quando foi substituído pelo Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, após a Proclamação da República.

No Código Criminal do Império do Brasil, o estupro estava arrolado enquanto “crime contra a segurança da honra”. Sua pena era de 3 (três) a 12 (doze) anos de

detenção, acrescentando-se, ainda, um dote – compensação financeira – à vítima e seus parentes.

Vide o art. 222 do Código Criminal do Império do Brasil:

Art. 222. Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher *honest*a.

Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida.

Se a violentada fôr prostituta.

Penas - de prisão por um mez a dous annos (Brasil, 1830, grifo nosso).

No Brasil Império, o estupro poderia ser conceituado como a relação sexual forçada, coagida por violência ou grave ameaça contra mulheres “honestas”. É simples perceber que havia um prévio julgamento entre as vítimas. Afinal, a segregação chega a ser gritante. Note-se que a pena quanto ao estupro de uma prostituta era muito mais branda.

Hoje, essa diferenciação entre a natureza das vítimas já não seria possível, dado o princípio constitucional da isonomia, consagrado no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, cujo dispositivo estabelece que todos são iguais perante a lei, não havendo qualquer distinção entre os brasileiros e estrangeiros residentes no país.

No entanto, para que este estudo não incorra em anacronismo, julgando o tempo pretérito conforme o presente, é válido salientar que se deve enxergar o passado com os olhos do passado. Essa expressão (anacronismo) é empregada nas oportunidades nas quais acontece o uso inadequado de uma coisa – por exemplo, uma palavra – importada de um tempo para outro sem o devido exame histórico. (Barros, 2018).

Assim sendo, se as meretrizes dos tempos imperiais eram consideradas como integrantes de uma classe inferior à luz do direito e da sociedade, certamente existia uma convenção social (e geral, por conseguinte) que assim as qualificava. O direito positivo aceitava o fato social, por isso consolidava-se a plena legalidade do instituto jurídico.

Os artigos 223 e 224, por sua vez, disciplinavam outros delitos de natureza sexual, não necessariamente conceituados como estupro. O art. 222 versava sobre a ofensa pessoal para prática de fim libidinoso, sem conjunção carnal; o art. 223 sobre o caso de prática sexual com mulher honesta, menor de dezessete anos.

Art. 223. Quando houver simples offensa pessoal para fim libidinoso, causando dôr, ou algum mal corporeo a alguma mulher, sem que se verifique a copula carnal.

Penas - de prisão por um a seis mezes, e de multa correspondente á metade do tempo, além das em que incorrer o réo pela offensa.

Art. 224. Seduzir mulher honesta, menor dezasete annos, e ter com ella copula carnal.

Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a seduzida, por um a tres annos, e de dotar a esta. (Brasil, 1830).

Antes de esgotar o assunto, faz-se mister expor a doutrina de Antonio Luiz Tinôco, jurista da época, na qual estabelecia-se um interessante “método” que o juiz deveria seguir para analisar casos enquadrados nos arts. 223 e 224:

O juiz de direito deve formular os quesitos da maneira seguinte:

1.º O réo F... no dia... e lugar... fez em F... a offensa physica (ou ferimento), descripta no auto de corpo de delicto (se houver) causando-lhe dôr?

2.º O réo assim offendeu a paciente para fim libidinoso?

3.º Verificou-se a copula carnal do réo com a paciente?

4.º A paciente era mulher *honest*a?

5.º A paciente era *prostituta*?

Si as offensas ou ferimentos forem graves, perguntar-se-ha mais:

Essas offensas (ou ferimentos) produziram na paciente grave incommodo de saude?

Essas offensas (ou ferimentos) inhabilitaram a paciente de serviço por mais de um mez? (Tinôco, 2003, p. 404-405, grifo nosso).

Também é digno de destaque o art. 225 do supracitado diploma penal: “Não haverão as penas dos tres artigos antecedentes os réos, que casarem com as offendidas” (Brasil, 1830). Então, por mais que o delinquente cometesse crime de natureza sexual contra outrem, bastava contrair matrimônio com a vítima para não ser apenado. Antes, porém, uma advertência: o casamento deveria seguir todos os procedimentos legais.

Sobre o casamento entre ofensor e vítima:

Não basta, pois, que o réo diga que quer casar-se; é necessário, é essencial, que siga-se o casamento.

Mas ha de seguir-se observando-se em tudo os principios de direito, e as prescripções positivas e certas de nossa legislação, que regulam a materia.

Deve a victima declarar livremente, si concorda em semelhante união, que máos fructos promette, sendo o resultado do crime.

E além do consentimento da infeliz deve havel-o de seu pai, ou tutor, ou curador, ou do juiz, que para tanto tem jurisdicção (Tinôco, 2003, p. 407).

Sob a redoma de nossa atual sociedade, tudo o que nos foi apresentado parece absurdo. O homem transforma-se. Acompanhando a metamorfose, a

sociedade também se altera. Hodiernamente, desperta ojeriza ler o que está escrito na antiga legislação penal, entretanto, não podemos julgar o que já passou com o olhar atual – ideia já apresentada neste artigo.

Com efeito, há uma pluralidade de interpretações durante o curso de uma sociedade, e, como bem diz o personagem Dmitri ao seu irmão Aliócha, na obra *Os Irmãos Karamázov*: “[...] o homem é vasto, vasto até demais; eu o faria mais estreito”. (Dostoiévski, 2012, p. 162).

Alceu Valença (2022) canta que o tempo não tem fim nem tem começo e, mesmo do avesso, não é possível de ser mensurado. No entreato do tempo, veio o Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890, promulgado pelo Marechal Deodoro da Fonseca. Esse diploma instituiu aquele que viria a ser o primeiro código penal da República dos Estados Unidos do Brasil.

Nesta antiga legislação penal, o crime de estupro estava tutelado nos seguintes artigos:

Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:

Pena - de prisão cellular por um a seis annos.

§ 1º Si a estuprada for mulher publica ou prostituta:

Pena - de prisão cellular por seis mezes a dous annos.

§ 2º Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte.

Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não.

Por violencia entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anesthesicos e narcoticos. (Brasil, 1890).

Primeiramente, antes de qualquer análise, vale salientar que o Código Penal Republicano não excluiu a diferenciação imposta pela legislação penal anterior. A lei continuava cominando penas diferentes para o crime de estupro, levando em consideração a natureza das vítimas, se eram mulheres “honestas” ou prostitutas, também chamadas de “mulheres públicas”.

É oportuno ressaltar que o art. 269 trazia uma inovação na letra da lei: a própria definição do que seria estupro, ausente no código penal anterior. Segundo a nova lei, o estupro seria o ato onde o *homem*, utilizando-se de violência, abusava de uma *mulher*, virgem ou não.

Nessa linha, o próprio artigo é taxativo quanto à violência, ressaltando que esta não consistia apenas uso força, mas, também, nos meios capazes de privar a

mulher de suas funções físicas (uso de narcóticos e anestésicos), impossibilitando a sua capacidade de resistir ao ato libidinoso. Assim observava a doutrina da época: “O legislador definiu o estupro e a violência no art. 269, de modo a não deixar dúvida sobre a natureza do delicto, em relação ao elemento material” (Soares, 2004, p. 541).

Além do exposto, pode-se inferir que o artigo 269 contemplava apenas casos de violência praticados por homens contra mulheres, à semelhança do código que o precedeu. Isto é, a lei não previa que o estupro também fosse praticado por pessoas do mesmo sexo e mulheres contra homens.

Noutra feita, mesmo no século XIX, a legislação penal italiana já desenhava uma espécie de avanço quanto à problemática. Apesar de o presente estudo ser pautado na lei brasileira, é interessante citar que o código italiano vigente à época não fazia qualquer distinção de sexo para punir os crimes de cunho sexual, além daqueles acerca da corrupção de menores (Araújo, 2004, p. 309).

Completando a abordagem, explicitava João Vieira de Araújo (2004, p. 320), com visão crítica e vanguardista:

O crime de estupro ou violência carnal é o constrangimento de uma pessoa de um ou de outro sexo para a conjunção carnal.  
Mas o nosso cod. no art. 268 só se refere ao estupro á mulher, seguindo assim o cod. portuguez e a sua fonte o cod. francez, art. 332, imitado pelo cod. belga, art. 375, ao contrario do cod. ital. que comprehende um e outro sexo.

Em assim sendo, verifica-se que alguns juristas brasileiros teciam críticas ao código penal anterior, sobretudo no que concerne ao crime de estupro. Alegava-se que a lei era amiúde lacunosa, induzindo o aplicador ao erro:

E' um titulo lacunoso no código de 1830 e merecedor de séria revisão no actual, embora este tenha melhorado áquelle supprindo mesmo até certo ponto as lacunas.  
Aquelle primeiro código executado com jurisprudencia melhor não teria salientado na pratica os defeitos reaes que possui, sendo os mais notaveis a inutilidade das penas em alguns casos dos que nos occupa, a ponto de punir o attentado ao pudor (art. 223) com um a seis mezes de prisão simples (detenção) e não definir de modo mais harmonico com a sciencia medico-juridica e as conveniencias da repressão crimes torpes e odiosos.  
Si o codigo vigente suppriu em parte as alludidas lacunas, o que poderia ter feito uma pratica intelligente em prejuizo mesmo dos famosos *favorabilia amplianda, in dubio pro reo*, etc..., entretanto, fel-o de modo a justificar censuras fundadas em relação á doutrina, e, o que é imperdoável, e em relação ás penas, o que é iniquo.  
Contra a doutrina denomina o codigo actual de *estupro* a conjunção carnal violenta da mulher honesta, quando, não obstante a divergencia sobre o significado do vocabulo entre juristas e medicos, é certo que andou melhor

avisado o legislador de 1830, empregando-o como termo generico, abrangendo o commercio violento ou voluntario e até todos os attentados ao pudor (Araújo, 2004, p. 308-309).

O próprio José Vieira de Araújo (2004, p. 319) ressaltava que o estupro só ocorria quando não houvesse vontade da pessoa estuprada, pois, neste caso, constatava-se a violência e aparecia a criminalidade objetiva do estupro. Caso contrário, havendo vontade das partes, não passava de mero ato de libidinagem, que apenas atentava contra a moral.

Na mesma esteira, Oscar de Macedo Soares (2004, p. 540) expunha que a vontade da mulher era um fator determinante para determinar se o caso era de defloramento ou estupro. No defloramento, havia vontade da vítima, enquanto que no estupro não se atestava o consentimento desta. Ainda, ressaltava que, caso a vítima (virgem ou não) fosse menor de dezesseis anos, presumia-se o ato libidinoso praticado mediante violência. (2004, p. 541).

Conclui-se, portanto, que a maior contribuição do Código Penal da República foi diminuir “lacunas” relativas ao estupro que existiam na legislação anterior. A doutrina também passou a analisar a questão da vontade da vítima de forma mais detalhada. Paulatinamente, o conceito jurídico-positivo de estupro bordava-se no tempo e ganhava melhores contornos.

#### **4 O ESTUPRO NO ATUAL CÓDIGO PENAL (1940)**

Todo ser humano possui o direito de dispor do próprio corpo e isto lhe é inerente. O sujeito de direitos possui a liberdade de praticar quaisquer atos sexuais com um parceiro escolhido por ele, desde que não seja verificada a violência ou grave ameaça. Desse modo, o atual Código Penal consagra a liberdade sexual dos indivíduos. (Masson, 2017, p. 886).

Eis o art. 213 do atual Código Penal, o qual versa sobre o crime de estupro, em nova redação dada pela Lei nº 12.015 de 2009:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§2º Se da conduta resulta morte:  
Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (Brasil, 1940).

Rogério Sanches Cunha (2019, p. 503) preleciona que “O Título VI do CP, com o advento da Lei 12.015/2009, passou a tutelar não mais os costumes, mas a dignidade sexual, expressão umbilicalmente ligada à liberdade e ao desenvolvimento sexual da pessoa humana”. Mirabete e Fabbrini (2013, p. 402) destacam que, com essas modificações, “[...] o legislador eliminou alguns anacronismos, frutos de preconceitos e moralismos arraigados na sociedade à época em que foi elaborado o Código Penal”. Por exemplo, foram excluídas as alusões à honestidade da mulher.

Ressalta-se, também, que a Lei 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), após nova redação dada pela Lei 12.015/2009 ao art. 1º, V, “[...] classifica como hediondo o estupro praticado tanto na forma simples quanto nas modalidades qualificadas”. (Cunha, 2019, p. 505). No entanto, no ano de 2001, o Supremo Tribunal Federal, em julgados como o Habeas Corpus nº 81288, curiosamente já considerava a natureza hedionda do crime, independentemente da forma, se qualificada ou simples (Brasil, 2001).

A redação original do Código Penal de 1940 contemplava dois crimes sexuais cometidos mediante violência ou grave ameaça. Os crimes em questão eram o estupro e o atentado violento ao pudor, classificados como “crimes contra os costumes”. Nos dois casos, o núcleo da norma penal trazia o vocábulo “constranger”, mediante violência ou grave ameaça. A conjunção carnal era buscada no caso de estupro; no atentado violento ao pudor, almejava-se qualquer outro ato libidinoso (Masson, 2017, p. 887).

Inicialmente, merece destaque a fusão, em um único delito, dos crimes outrora tipificados nos arts. 213 e 214 do CP. O alcance do estupro foi ampliado, alargando-se o raio de incidência do art. 213, em face da revogação formal do art. 214, anteriormente responsável pela definição do atentado violento ao pudor. Com efeito, *atualmente o crime de estupro, previsto no art. 213 do CP, representa a junção dos antigos delitos de estupro (art. 213) e atentado violento ao pudor (art. 214)* (Masson, 2017, p. 887, grifo nosso).

Mesmo com a junção dos dois artigos do Código Penal, não houve *abolitio criminis* para o crime de atentado violento ao pudor, já que o delito não deixou de existir: a conduta tutelada continuou relevante perante ao Direito Penal, porém, com



o nome de “estupro”. Inclusive, a pena permaneceu a mesma. O que houve, na verdade, foi uma simples indexação de um artigo por outro. (MASSON, 2017, p. 887).

Anteriormente, o estupro se limitava a cominar penas somente no caso de a mulher ser constrangida à conjunção carnal. Após a Lei 12.015/2009, houve uma nova visão sobre o estupro, “[...] hoje significando não apenas a conjunção carnal violenta, contra homem ou mulher [...], mas também o comportamento de obrigar a vítima [...] a praticar ou permitir que com o agente se pratique outro ato libidinoso” (Cunha, 2019, p. 505).

Quanto aos sujeitos do crime:

Antes da Lei 12.015/2009, ensinava a doutrina que o crime de estupro era *bipróprio*, exigindo condição especial dos dois sujeitos, ativo (homem) e passivo (mulher). Agora, com a reforma, conclui-se que o delito é *bicomum*, razão pela qual qualquer pessoa pode praticar ou sofrer as consequências da infração penal (em outras palavras: qualquer pessoa pode ser sujeito ativo assim como qualquer pessoa pode ser sujeito passivo) (Cunha, 2019, p. 505).

Conforme abordado, as prostitutas eram alvo de discriminação nas antigas legislações penais. Rogério Sanches Cunha (2019, p. 505), adverte que, hoje em dia, as prostitutas podem ser vítimas do delito como quaisquer outros sujeitos. Ainda que o indivíduo esteja exercendo atividade remunerada através de seu corpo, ele possui o direito e a liberdade de aceitar ou recusar o parceiro que o solicitou.

Guilherme Nucci (2013, p. 853) provoca outra análise interessante: o grau de resistência da vítima. Ou seja, “Não há sentido em se exigir do ser humano uma postura heroica, sob ameaça de sucumbir ao agressor, somente para fazer prova de que a relação sexual foi, de fato, involuntária”. Um exemplo utilizado pelo doutrinador é o de uma pessoa que, compelida à prática sexual sob ameaça de arma de fogo, pede ao agente/agressor que utilize preservativo. Mesmo nessas circunstâncias, “[...] há estupro e não relação consensual”.

Nos dias correntes, a doutrina começa a levantar diversas questões ainda um pouco controversas, mas que são relevantes para compreender-se o moderno conceito jurídico-positivo de estupro. São elas: (i) a necessidade de contato físico no ato libidinoso; (ii) o beijo lascivo; (iii) o papel ativo ou passivo da vítima; (iv) a retirada do preservativo contra a vontade da vítima.

Atualmente, parte da doutrina compreende que não há necessidade de contato físico entre o autor e a vítima para que o estupro seja consumado. Comete o

crime, por exemplo, um agente que obriga uma pessoa a masturbar-se somente para sua contemplação, satisfazendo a sua lascívia – uma espécie “voyeurismo forçado” (Cunha, 2019, p. 506). Frise-se que o Superior Tribunal de Justiça endossou essa tese em decisões recentes, sobretudo naquilo que diz respeito à contemplação lasciva de menores (Brasil, 2016).

Todavia, tal entendimento não é unânime. Cleber Masson (2017, p. 888), por sua vez, discorda: “Exige-se, contudo, o envolvimento corporal do ofendido no ato de cunho sexual. Desta forma, não há falar em estupro na contemplação lasciva [...]”.

Também, destaca-se que o beijo lascivo, “[...] caracterizado pela volúpia sexual, ingressa no rol dos atos libidinosos. Destarte, se obtido mediante violência ou grave ameaça, importa no reconhecimento do crime de estupro” (Masson, 2019, p. 888).

Guilherme Nucci (2013, p. 858) chega a mencionar a necessidade da criação de um tipo penal intermediário entre o crime de estupro e as contravenções penais, nestes termos:

Vários magistrados expressam a dificuldade de adequar determinadas condutas em estupro, quando poderiam configurar uma mera importunação ofensiva ao pudor. Por outro lado, há situações visivelmente intermediárias, superiores, em gravidade, à contravenção penal (art. 61, LCP), mas inferiores ao crime de estupro (art. 213, CP). É preciso criar figura intermediária, particularmente voltada a atos libidinosos de menor gravidade, mercedores de punição, mas sem a contumélia das penas previstas para o estupro. Ilustrando, [...] um beijo entre dois rapazes (um com 18; outro com 13 anos), classificado pela polícia judiciária como estupro, lavrando-se o auto de prisão em flagrante. Ora, mesmo que fosse um beijo extraído à força (no caso concreto, fora consentido), não se justificaria prender um rapaz de 18 anos como se fosse um autêntico estuprador. É preciso, em nosso entendimento, a formação de figura típica incriminadora, configurando um *estupro privilegiado*, para condutas mais brandas, mercedoras de penas igualmente mais amenas.

Quanto aos papéis da relação sexual, “Diante da norma em vigor, que incrimina o constrangimento de *alguém*, a mulher que força o homem a manter conjunção carnal comete o crime de estupro” (Mirabete; Fabbrini, 2013, p. 405). Da mesma maneira, a vítima também pode desempenhar o papel ativo ou passivo na prática do ato libidinoso (Masson, 2019, p. 888). À guisa de ilustração, veja-se um caso hipotético: pessoa A penetra a pessoa B, porém, sendo forçada a fazê-lo por B. No caso, a vítima é a pessoa A – forçada a realizar o ato.

Noutra feita, há um objeto de estudo recente, denominado *stealththing* – “dissimulação”, em português. É “[...] a conduta de alguém retirar preservativo durante a relação sexual sem o consentimento da(o) parceira(o)” (Cunha, 2019, p. 506). “Embora a prática de retirar a camisinha durante o sexo não seja uma novidade propriamente dita, sua caracterização sob a alcunha de *Stealththing* é uma novidade recente” (Nunes; Lehfeld, 2018, p. 100).

Essa remoção não consensual do preservativo “[...] expõe as vítimas a inúmeros riscos físicos, como o risco de gravidez para as mulheres e a transmissão de doenças sexualmente transmissíveis (DSTs) para casais hétero e homossexuais” (Nunes; Lehfeld, 2018, p. 94).

Rogério Sanches Cunha (2019, p. 506-507) cita um caso *stealththing* ocorrido na Suíça que resultou em condenação. Entendeu-se que a vítima só havia consentido com a relação sexual caso o preservativo fosse utilizado. A remoção do preservativo sem que a vítima percebesse caracterizou um vício de consentimento, cujos efeitos tornam o ato sexual (até então irrelevante para o ordenamento jurídico) criminoso. O autor ainda ressalta que, no Brasil, é necessário que o caso concreto seja observado.

Portanto, é evidente que, no caso de um ato sexual no qual o agente retira a proteção mesmo com a negativa séria e insistente da vítima, havendo continuidade ao ato libidinoso, valendo-se de violência ou grave ameaça, é tipificado crime de estupro, hediondo, segundo a Lei 8.072/90.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente texto, sem quaisquer pretensões de esgotar o tema – tão vasto, denso, profundo e polêmico –, visou apresentar uma diferenciação entre os conceitos jurídicos fundamentais e jurídico-positivos para, depois, conceituar e caracterizar o conceito de estupro como suscetível de metamorfose(s).

Ainda mais, observou-se que não é prudente falar em “evolução” dos conceitos, tanto que este termo, evolução, em hora alguma aparece neste artigo – cada época pretérita forjou seus próprios valores e julgá-los com os olhos do presente é um erro histórico.

Contudo, notou-se uma sequência lógica na transformação dos conceitos jurídico-positivos: (i) a sociedade altera-se; (ii) os novos valores morais e éticos são

adotados pelo legislador; (iii) muda-se a lei, a doutrina e a jurisprudência; (iv) por fim, reformam-se os conceitos jurídico-positivos.

O estupro, consistindo em um conceito jurídico-positivo, não poderia haver trilhado diferente caminho. Adotando-se como ponto de partida o ano de 1830, no qual vigorava segregação das vítimas, determinada em lei, a pesquisa constatou que hoje não se diferencia, sequer, o sexo da pessoa vitimada pelo ato delituoso. Tratam-se de transformações – antes de tudo – culturais, éticas, sociais, políticas e, por último, jurídicas.

Aliás, hodiernamente chega a debater-se a comprovação de contato físico entre os sujeitos ativo e passivo do crime. Como visto, em alguns casos, julgou-se desnecessário. Inclusive, a penetração vaginal como requisito mostra-se um assunto superado, vez que o homem pode ser vítima do crime.

Dessa forma, é fundamental que o legislador esteja atento às metamorfoses e – por que não? – às reivindicações oriundas do pensamento e das vontades dos cidadãos, de maneira que sempre se atualize e atualize a legislação penal, buscando a tutela efetiva dos direitos e da dignidade humana (e sexual) de cada pessoa. Como escreveu Franz Kafka (2011, p. 190): “A partir de certo ponto não há mais retorno. É este o ponto que tem de ser alcançado”.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, João Vieira de. **O Código penal interpretado**. fac-sim. ed. Brasília: Senado Federal, Superior Tribunal de Justiça, 2004.

ASSIS, Machado de. **Esaú e Jacó**. 1. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1987.

BARROS, José d'Assunção. Os conceitos na história: considerações sobre o anacronismo. **Ler História**, [s. l.], ed. fac-sim, 4 jan. 2018. DOI <https://doi.org/10.4000/lerhistoria.2930>. Disponível em: <https://journals.openedition.org/lerhistoria/2930#quotation>. Acesso em: 30 maio 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2019.

BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil**. Lei de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm). Acesso em: 7 fev. 2021.

BRASIL. **Código Penal dos Estados Unidos do Brazil**. Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/decreto/1851-1899/D847.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm). Acesso em: 7 fev. 2021.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2828 de 07 de dezembro de 1940. In: *Vade Mecum JusPodivm*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 490-522.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Recurso em Habeas Corpus nº 70.976 Mato Grosso do Sul**. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E ATIPICIDADE DA CONDUTA. CONTEMPLAÇÃO LASCIVA DE MENOR DESNUDA. ATO LIBIDINOSO CARACTERIZADO. [...]. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik, 02 de agosto de 2016. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201601218385&dt\\_publicacao=10/08/2016](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201601218385&dt_publicacao=10/08/2016). Acesso em: 01 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 81288 Santa Catarina**. PENAL. CRIMES DE ESTUPRO E DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CÓDIGO PENAL [...]. I. Os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, tanto nas suas formas simples – Código Penal, arts. 213 e 214 – como nas qualificadas (Código Penal, art. 223, caput e parágrafo único), são crimes hediondos [...]. Relator: Ministro Maurício Corrêa, 17 de dezembro de 2001. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78684>. Acesso em: 01 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm). Acesso em: 7 fev. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial** (arts. 121 ao 361). 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Os Irmãos Karamázov**. 3. ed. São Paulo: Editora 34, 2012. v. 1.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A norma jurídica e sua expressão lógico-deôntica. **Revista Sequência** – PPGD UFSC, Florianópolis, p. 9-19, 1 jan. 1998. DOI <https://doi.org/10.5007/%25x>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15601/14133>. Acesso em: 30 maio 2022.

KAFKA, Franz. **Essencial Franz Kafka**. Tradução: Modesto Carone. 1. ed. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MASSON, Cleber. **Código Penal comentado**. 5. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. v. 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: 9. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUNES, Danilo Henrique; LEHFELD, Lucas Souza. Stealthing: aspectos acerca da violência de gênero e afronta aos direitos fundamentais. **Revista Libertas**, Ouro Preto, v. 3, n. 2, p. 93-108, 2018.

POPPER, Karl R. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução: Leonidas Hegenberg, Octanny Silveira da Mota. 16. ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2008.

SOARES, Oscar de Macedo. **Código penal da República dos Estados Unidos do Brasil**. fac-sim. ed. Brasília: Senado Federal, Superior Tribunal de Justiça, 2004.

TINÔCO, Antonio Luiz. **Código criminal do Império do Brasil anotado**. fac-sim. ed. Brasília: Senado Federal, Superior Tribunal de Justiça, 2003.

VALENÇA, Alceu. Embolada do Tempo. *In*: **LETRAS**. Belo Horizonte, 2022. Disponível em: <https://www.lettras.mus.br/alceu-valenca/271565/>. Acesso em: 29 maio. 2022

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

VILELA, José Afrânio. O pensamento jurídico de Lourival Vilanova. **Revista Estudos Filosóficos**, São João del-Rei, n. 14, p. 272-290, 2015. Disponível em: <https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art19%20rev14.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2021.

## **DESAFIOS DO DIREITO ANTITRUSTE EM FACE DO AVANÇO TECNOLÓGICO DOS MERCADOS DIGITAIS**

### **CHALLENGES OF ANTITRUST LAW IN FACE OF THE TECHNOLOGICAL ADVANCEMENT OF DIGITAL MARKETS**

Bruna Fernanda Sales BORGES<sup>29</sup>  
Guilherme Prado Bohac de HARO<sup>30</sup>

**RESUMO:** Os antigos padrões do mercado relevante, ponto primordial do estudo antitruste, que têm amparo na Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, foram superados pelo rápido desenvolvimento e efeito onipresente dos novos modelos de mercado digital. Tal avanço tecnológico forçou mudanças globais extremas, atingindo todos os níveis de nossas vidas cotidianas e trazendo consigo uma série de vantagens e desvantagens que exigem uma séria avaliação jurídica. O presente trabalho pretende destrinchar os pormenores das características dos mercados digitais, bem como seus peculiares efeitos positivos e negativos para o Direito Antitruste, diante da historiologia do Direito Concorrencial brasileiro e a sua funcionalidade prática. No certame, inúmeras preocupações surgiram acerca das estratégias e comportamentos dos mercados digitais, como mercados de Preço Zero e Mercados de Múltiplos Lados, que não utilizam preço referente ao dinheiro em suas transações, mas, sim, os dados de seus usuários. Consequentemente, surgiram discussões e pesquisas das autoridades mundiais para a melhor definição de remédios que retardem os efeitos negativos da concorrência desleal do mundo digital, porém sem deixar de apreciar a modernidade e os potenciais benefícios que ela nos oferece. Sob tal perspectiva, as autoridades nacionais, protagonizadas pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), buscaram a atuação individualizada dos atos de concentração, com a perícia de adequar sanções ou os Termos de Compromisso de Cessação a cada caso, antes ou depois do ato ocorrer. No âmbito acadêmico mais aprofundado, pesquisadores mundiais se preocuparam em formular novos testes de controle concorrencial, com a intenção de aprimorar os radares antiquados que não mais serviam para a detecção dos atos anticoncorrenciais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Antitruste. Defesa da Concorrência. Mercados Digitais. CADE. BIG DATA.

**ABSTRACT:** The old standards of the relevant market, a key point of the antitrust study, which are supported by Law 12,529, of November 30, 2011, have been

---

<sup>29</sup> Discente do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Bolsista do Programa ProUni.

<sup>30</sup> Doutor em Direito Econômico pela Unimar-SP. Advogado, Palestrante e Professor. Atualmente é Professor de Direito Econômico e Empresarial do Centro Universitário Toledo Prudente. Professor de várias pós-graduações. Além disso, dá aulas em Cursos Preparatórios para Concursos. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Econômico, Tributário e Empresarial. Graduado na Faculdade de Direito das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil, pela mesma Instituição. Pós-graduado em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário, também por esta Instituição. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina-PR. Pós-graduando em Direito Tributário pelo IBET.

overcome by the rapid development and omnipresent effect of new digital market models. Such technological advancement has forced extreme global changes, reaching every level of our everyday lives and bringing with it a series of advantages and disadvantages that require serious legal assessment. This work aims to unravel the details of the characteristics of digital markets, as well as their peculiar positive and negative effects on Antitrust Law, given the historiography of Brazilian Competition Law and its practical functionality. At the event, numerous concerns arose about the strategies and behaviors of digital markets, such as Zero Price markets and Multi-Sided Markets, which do not use the price of money in their transactions, but rather the data of their users. Consequently, discussions and research have emerged from world authorities to better define remedies that delay the negative effects of unfair competition in the digital world, whilst still appreciating modernity and the potential benefits it offers us. From this perspective, the national authorities, led by CADE (Administrative Council for Economic Defense), sought individual action on concentration acts, with the expertise of adapting sanctions or Cessation Commitment Terms to each case, before or after the act to occur. In a more in-depth academic context, global researchers were concerned with formulating new competition control tests, with the intention of improving antiquated radars that were no longer useful for detecting anti-competitive acts.

**KEYWORDS:** Antitrust Law. Competition Defense. Digital Markets. CADE. BIG DATA.

## 1 INTRODUÇÃO

As autoridades antitrustes enfrentam uma grande variedade de problemas relacionados à forma de operação dos mercados digitais, uma vez que operam de forma distinta e inovadora das tradicionalmente conhecidas, necessitando de uma análise solo, como alega o relatório do Stigler Center.

O radar definido para os mercados relevantes, muitas vezes, deixa escapar condutas prejudiciais ao controle concorrencial, como os preços predatórios. Dentre as inúmeras formas de ações inovadoras desses mercados, podem ser citadas as mais atuantes: o mercado de preço zero, mercado de dois ou múltiplos lados e a sua dinamicidade característica. Além disso, como as *Big Techs* possuem um considerável domínio do mercado que ameaça a livre concorrência, exigiu-se um exame dos efeitos desse crescimento para os usuários com a entrada “tardia” no mercado. Para isso, é importante a demonstração das dificuldades que a legislação antitruste enfrenta no propósito de proporcionar condições equitativas para todos os participantes do mercado.

Organizações antitrustes de todo o mundo têm se dedicado veementemente à previsão de possíveis consequências positivas e negativas da ascensão dos



mercados digitais, inclusive o CADE, autarquia brasileira que formalizou, em dezembro de 2017, o seu ingresso na associação do Comitê de Concorrência da OCDE, por meio de ação coordenada com o Ministério das Relações Exteriores. Dessa forma, o Brasil tem a possibilidade de dialogar de forma igualitária com países pioneiros da matéria, além de ter o poder de voto.

Diante dessa problemática, surgiram discussões e críticas, oriundas de relatórios internacionais, cadernos e guias, além daquelas que ocorrem no âmbito acadêmico em artigos, monografias e livros acerca das medidas mais eficazes à inoperância do controle da concentração, justificada com o desconhecimento do obtuso ordenamento jurídico. Dessa forma, o diálogo perpassa por várias áreas, como a Economia, que encontrou mudanças significativas em seus setores, que buscam a preferência do consumidor de forma assídua, desestruturando os antigos modelos atrativos e colocando em pauta questões da Privacidade e Direitos do Consumidor pelo uso de dados pessoais.

Essa pesquisa abarcou a compreensão do objeto de estudo, ditando os seus elementos históricos, assim como o mapeamento da discussão em solo brasileiro e a historiologia da lei antitruste brasileira. Em seguida, abordou o papel das autoridades mundiais da defesa da concorrência, bem como o papel da autarquia brasileira CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), apresentando a sua jurisprudência. Por fim, apresentou as possíveis ameaças dos mercados digitais, conceituando o seu surgimento e o uso de dados como ativos, comparando os debates acerca de seus pontos positivos e negativos para o mundo jurídico.

Em vista disso, a abordagem empregada para a construção deste estudo foi a pesquisa exploratória e bibliográfica. Isso implicou um levantamento bibliográfico minucioso, que incluiu buscas em diversas fontes, como livros, artigos, teses e dissertações. Com esse enfoque, foram examinados os marcos legislativos e leis específicas pertinentes ao tema, principalmente nos princípios e objetivos do direito concorrencial.

Uma vez que se objetivou estudar fontes digitais, há a presença assídua da pesquisa em *sites* que possuam publicações vinculadas ao assunto, diversos cadernos digitais, guias, relatórios e documentos nacionais e internacionais que abordam o tema em questão. Para o apoio e validação dos resultados da revisão da literatura, mais dados empíricos foram adquiridos por meio de pesquisas a jurisprudências do CADE. Ante o exposto, essa pesquisa não visou esgotar a

temática, uma vez que ainda é objeto de exploração, em razão de sua variável expansão.

## 2 HISTORIOLOGIA E OBJETOS DE ESTUDOS DO DIREITO ANTITRUSTE

Um mercado sem a devida defesa da concorrência é um mercado com condutas de domínio e barreiras de entrada aos novos integrantes, o que acaba por gerar um caos no ecossistema concorrencial por permitir preços elevados que não necessariamente significam uma boa qualidade do produto. Segundo o Código de Defesa do Consumidor, o consumidor final é considerado vulnerável e pode ser hipossuficiente, portanto, condicioná-lo a essa situação desvantajosa fere a proteção mencionada. Ainda que a Teoria Econômica defenda que, em alguns cenários, monopólios e oligopólios sejam mais eficientes que as estruturas com vários competidores, Richard Bork, em seu livro, *The antitrust paradox*<sup>31</sup>, conclui que o real objeto de Direito Antitruste é assegurar a proteção efetiva da concorrência, perseguindo o bem-estar econômico.

Seguindo o mesmo pensamento, Roberto Domingos Taufick define que “o Direito da Concorrência é o ramo do Direito que analisa, sob a ótica econômica e legal, como se comportam, concorrencialmente, as pessoas e empresas que atuam em um dado mercado”.<sup>32</sup>

Dessa forma, o estudo da atuação intervencionista do governo na economia amplia-se em três espécies: a intervenção direta na economia, a regulação econômica e a defesa concorrencial.

Por mais que se confundam ou que haja uma intersecção entre esses termos, na prática, enquanto a Regulação Econômica possui uma característica *ex ante*, que significa estruturar e barrar atuações antes do fato acontecer e objetiva diversos fatores de um setor predefinido, a defesa da concorrência atua com a característica *ex post*, em que se opera transversalmente, de forma específica, no mercado sobre

---

<sup>31</sup> BORK, Robert H. *The Antitrust paradox: a policy at war with itself*. 2. ed. New York: The free Press, 1993. p. 405.

<sup>32</sup> TAUFICK, Rodrigo Domingos. *Introdução ao Direito da Concorrência: Introduction to Antitrust Law*. Secretaria de Acompanhamento Econômico: dezembro, 2014. *E-book*. Disponível em: [https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-da-concorrencia/4-seae\\_introducao\\_direito\\_concorrencia.pdf](https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-da-concorrencia/4-seae_introducao_direito_concorrencia.pdf). Acesso em: 24 abr. 2023.

agentes econômicos, com o intuito de analisar a conduta em concreto desses agentes, conduta essa voltada às eficiências que englobam o bem-estar do consumidor.<sup>33</sup>

## 2.1 A Defesa Concorrencial No Brasil

Em observância a isso, o sistema brasileiro, seguindo os marcos internacionais, teve, em 1945, a sua primeira tentativa de implantação de uma lei antitruste no país. O decreto-lei 7666/45, conhecido como “Lei Malaia”, continha um conteúdo fiscalizador e sancionador sobre cartéis e trustes. Essa lei elencava condutas tidas como ilícitas, objetivando um controle prévio de fusões e aquisições nos setores bancário, elétrico e de comunicações, por exemplo. Além disso, instituiu uma autoridade para esse fim específico, a Comissão Administrativa de Defesa Econômica, com funções de fiscalização e análise das condutas descritas.

Porém, tal decreto sofreu várias críticas da imprensa e do exterior<sup>34</sup>, como retratado no livro “Cartéis e Desnacionalização”, de Moniz Bandeira, em 1975, tanto por ser o pioneiro a trazer tal matéria regularizadora e assustar os economistas da época, quanto por discriminar empresas estrangeiras.

As mudanças significativas se deram nos anos 1990, em que as amarras dos governos autoritários se desprenderam e o comércio brasileiro ficou mais receptivo à importação, deixando o governo de negociar os preços e abrindo a economia nacional. Com o surgimento desse livre mercado, surgiu a necessidade de um órgão que pudesse administrar a concorrência para garantir critérios garantidores de manobras saudáveis no mercado.

Diante disso, o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) foi criado como uma autarquia independente, a partir da lei 8884/1984. Sua finalidade é a prevenção contra atos ilícitos e prejudiciais à ordem econômica, como expressa o Regimento Interno da Autarquia:

Art. 1º O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade, entidade judicante com jurisdição no território nacional, vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, com sede e foro no Distrito Federal, tem como finalidade a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelo disposto na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, e pelos

<sup>33</sup> BECKER, Bruno Bastos. et al. Defesa da concorrência em plataformas digitais. São Paulo, SP: FGV Direito SP, 2020. p. 59-60.

<sup>34</sup> BANDEIRA, Moniz. Cartéis e Desnacionalização. A experiência brasileira 1964-1974. Editora Civilização S.A., 1975. v. 28

parâmetros constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.<sup>35</sup>

Atualmente, o Conselho atua em diversas questões de controle célere de concentrações e ferramentas efetivas para detectar e dissuadir práticas anticompetitivas, como os carteis. A Autarquia brasileira também formalizou, em dezembro de 2017, a sua participação oficial na associação do Comitê de Concorrência da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico). Esse marco foi relevante para o Brasil, uma vez que possibilitou o seu poder de voto nas decisões, em igualdade com países protagonistas da matéria.

No âmbito estrangeiro, além das instituições de cada país, temos a atuação sólida da OCDE, ou Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, que conta com a inscrição de vários países-membros, sendo o Brasil um deles. É uma instituição que visa discutir, a nível global, os efeitos da tecnologia dos mercados, sendo uma base para análises e estudos atuais.

## 2.2 Breve Síntese da Lei 12.529, de 30 de Novembro de 2011

Há registros históricos de que a Lei Sherman, aprovada em 1890, foi um importante marco para a virada significativa no desenvolvimento da regulamentação antitruste do mercado nos Estados Unidos ao proibir acordos entre empresas que diminuían a concorrência e criavam monopólios de mercado.<sup>36</sup> Da mesma forma, a lei 12.529, de novembro de 2011, trouxe mudanças significativas ao ordenamento jurídico, sempre amparada nas novidades mundiais reguladoras e defensivas da concorrência.

Assim como a FTC (Federal Trade Commission) dos Estados Unidos e países da Europa, as notificações de fusões, associação, incorporações, entre outras ao CADE passaram a ser *a priori*, ou seja, precisam passar por uma investigação antes de serem efetivadas. Após a abertura da denúncia ao processo administrativo, o

---

<sup>35</sup> BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Aprovado pela Resolução nº 22 de 19 de junho de 2019 e atualizado pela Emenda Regimental nº 01/2020 de 02 de abril de 2020. Distrito Federal: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 22 dez. 2020. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/regimento-interno/Regimento-interno-Cade-versao-14-04-2023.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2023.

<sup>36</sup> COLLINS, Wayne D. Trusts and the Origins of Antitrust Legislation: Fordham Law Review. 2013. v. 81. ed. 5.

Superintendente Geral fica responsável pelo parecer favorável ou desfavorável. Caso a avaliação seja negativa, o caso vai para o tribunal. Portanto, essa análise prévia, destacada na presente legislação 12.259/2011, atua com aprovações, reprovações ou aprovações com condições específicas, consoante a interpretação do órgão especializado, trazendo mais segurança jurídica às empresas e celeridade ao sistema jurídico.

No Brasil, temos uma difícil missão em discutir apenas um objetivo para a proteção da concorrência, porque o próprio texto da Lei n. 12.529/2011 e a Constituição Federal, em seu artigo 140 e incisos, trazem uma série de objetivos a serem considerados, como a prevenção e repressão de infrações contra a ordem econômica, pautando-se pelos princípios constitucionais da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa do consumidor e da repressão ao abuso do poder econômico.

No entanto, a existência da economia digital criou uma dúvida sobre os objetivos e métodos práticos a serem perseguidos pelo antitruste. Por exemplo: qual grau de intervenção na economia pelas autoridades concorrenciais deverá ser feito? Ou ainda, quais ferramentas da economia tradicional poderão ser utilizadas para fundamentar suas análises e decisões dos novos mercados? Isso se relaciona diretamente com os debates expostos a seguir.

### **3 AUTORIDADES ANTITRUSTES MUNDIAIS PERANTE AS AMEAÇAS CONCORRENCIAIS DAS PLATAFORMAS DIGITAIS**

Diferente dos modelos de mercado tradicionais, as plataformas digitais possuem um rápido processamento de informações e dados do usuário, que permitem uma inteligência única acerca do direcionamento do público-alvo, além de permitir preços e condições de mercado diversas das convencionais. Tais mudanças podem ser classificadas por alguns autores como benéficas, pois aumentando a oferta, abre-se uma vantagem maior aos novos ingressantes econômicos<sup>37</sup>.

Como explica a publicação da OECD (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico):

---

<sup>37</sup> BECKER, Bruno Bastos. et al. Defesa da concorrência em plataformas digitais. São Paulo, SP: FGV Direito SP, 2020. p. 42

A digitalização da economia parece ter chegado em ondas. Na primeira onda, a internet nos permitiu comprar cópias digitais e produtos físicos e serviços diretamente de lojas online, em vez de físicas. A segunda onda viu o surgimento de plataformas online, que reúnem, pesquisam, revisam e combinam usuários com conjuntos de produtos e vendedores.<sup>38</sup> (*tradução nossa*).

Por outro lado, essas ferramentas podem produzir efeitos competitivos desconhecidos, como a discriminação de preços e o redirecionamento do consumidor, uma vez que se tem acesso aos seus dados. Outra preocupação presente é sobre o emprego do método mais eficaz para analisar esses atos de concentração dessas estruturas dinâmicas.

Destrinchando a doutrina atual, podemos obter um espectro mais ou menos intervencionista sobre os métodos digitais. Por exemplo, refletindo o pensamento da escola de Chicago, preconizada por Richard Bork, em seu livro *The Antitrust Paradox*<sup>39</sup>, há pesquisadores que defendam o menor intervencionismo possível em questões de dominância econômica. Esse pensamento se baseia na ideia de que se chegou a tal posição, é pelo mérito da inovação. Além disso, é mais vantajoso não julgar um ato de concentração, do que julgá-lo erroneamente<sup>40</sup>.

O ex-comissário da FTC (Federal Trade Commission), Joshua Wright, é um adepto desse pensamento menos intervencionista da economia digital e discorre, em sua obra, *Innovation and the limits of antitrust* (2010), sobre os benefícios das não-restrições verticais<sup>41</sup>. Nicolas Petit também se enquadra nesse grupo e faz várias críticas ao modelo europeu de decisões baseadas na teoria de entrave significativo à concorrência efetiva por inovação (*significant impediment to effective innovation competition* [SIEIC])<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms, 2018. p. 3. Disponível em: [www.oecd.org/competition/rethinkingantitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm](http://www.oecd.org/competition/rethinkingantitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm). Acesso em: 01 mai. 2023: “Digitalisation of the economy has, it seems, arrived in waves. In the first wave, the internet allowed us to buy directly digital copies and physical products and services from online stores, rather than physical ones. The second wave has seen the appearance of online platforms, which assemble, search, review and match users with sets of products and sellers”.

<sup>39</sup> BORK, Robert H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. 2. ed. New York: The Free Press, 1993.

<sup>40</sup> EASTERBROOK, Frank H. *The limits of antitrust*. *Texas Law Review*, v. 63, n. 1, 1984, p. 16.

<sup>41</sup> MANNE, Geoffrey A.; WRIGHT, Joshua D. *Innovation and the limits of antitrust*. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 6, n. 1, 2010.

<sup>42</sup> PETIT, Nicolas. *Innovation competition, unilateral effects and merger control policy*. ICLE Antitrust & Consumer Protection Research Program, White Paper n. 3, 2018. Disponível em: <https://laweconcenter.org/wp-content/uploads/2018/06/ICLE-Petit-Innovation-Competition-Merger-Control-Policy-ICLE-2018.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2023.

Do outro lado, temos uma corrente mais intervencionista e menos adotada, conhecida por Neobrassiana, que defende a importância do caráter público na economia, e, dessa forma, a consequente regulação mais assídua das plataformas digitais, ainda que não provocada. Um de seus defensores no Brasil é o autor Calixto Salomão Filho<sup>43</sup>.

Essa corrente tem a base do pensamento da escola de Harvard, porém é um movimento que surge, na atualidade, sobre os mercados digitais, também sendo posterior à escola de Chicago. Diante disso, o conceito de focar na estruturação dos mercados para, assim, intervir de forma direta e diminuir a preocupação acerca das questões neoclássicas de bem-estar do consumidor<sup>44</sup> torna essa teoria única.

Com o advento da tecnologia no mercado econômico, há quem tema o domínio e o poder das grandes empresas, chamadas popularmente de *Big Techs*. Em uma publicação de 2018, o *The Economist* afirmou: “medo justificado de que os titãs da tecnologia usem seu poder para proteger e expandir sua dominância, à custa dos consumidores (*tradução nossa*)”.<sup>45</sup> Isso se justifica pelo receio de que tais empresas se apossam da privacidade dos usuários, ao contrário de seus direitos individuais à privacidade que a jurisdição regulamenta e, ainda, há a incerteza em relação ao domínio que as grandes empresas tecnológicas possam obter.

Porém, esse medo que clama pela intervenção antitruste na forma de leis e gestões públicas não deve ser utilizado de maneira irracional, pois pode ameaçar a inovação tecnológica e suas contribuições à humanidade. Portanto, o debate da teoria clássica contra essa visão gira em torno da incapacidade do direito da concorrência em intervir totalmente, pois o conceito de concorrência e regulação diferem, não podendo ser misturados. Como afirmam Bruno Bastos Becker e Marcela Mattiuzzo, em sua colaboração para a obra digital “Defesa Da Concorrência em Plataformas Digitais” (2020):

Há, inclusive, um importante debate a respeito do controle democrático para determinados tipos de intervenção na economia, e um dos aspectos levantados pela teoria antitruste tradicional é que sequer haveria legitimidade para que a autoridade de defesa da concorrência fosse responsável por algumas dessas medidas<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> SALOMÃO, Calixto Filho. Direito concorrencial. São Paulo: Malheiros, 2013.

<sup>44</sup> KHAN, Lina M. Amazon's antitrust paradox. Yale Law Journal, v. 126, p. 710, 2016.

<sup>45</sup> LEADERS. How to tame tech giants. The Economist: 20 January 2018. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2018/01/18/how-to-tame-the-tech-titans>. Acesso em: 03 mai. 2023.

<sup>46</sup> BECKER, Bruno Bastos. et al. Defesa da concorrência em plataformas digitais. São Paulo, SP: FGV Direito SP, 2020. p. 61.

Diante desses dois extremos, há correntes intermediárias, que se subdividem por distinguirem alguns pontos de concordância; as três mais relevantes são os neoschumpeterianos, *behavioral economics* e a pós-Chicago tradicional.

Visto isso, nota-se a necessidade das políticas de concorrência sobre esses agentes na prática, a fim de regulamentar o crescimento dessas empresas, sem acabar com os seus benefícios sociais. Por isso, as autoridades prezam por uma concorrência saudável e regulada, guiada pelos princípios da ordem econômica, na constitucionalidade e em suas normas infraconstitucionais.

### 3.1 Mapeamento do Debate em Solo Brasileiro

As leis antitrustes brasileiras têm um vocabulário amplo o suficiente para permitir uma gama de interpretações, das mais às menos intervencionistas e isso facilita a adequação dos órgãos responsáveis às tendências inovadoras mundiais.

Ante o exposto, atualmente, o CADE se manifesta de forma *ex ante*. Por exemplo: pode aprovar ou não - podendo elencar condicionantes - os atos de fusões.

Essa forma de atuação se projeta na análise acerca dos atos concentração em plataformas digitais. Um exemplo recente é o Inquérito Administrativo n.º 08700.004588/2020-47, pelo qual o CADE celebrou um Termo de Compromisso de Cessação (TCC) com a empresa *iFood* em uma sessão de julgamento, no dia 18 de fevereiro de 2023, na qual visou diminuir o abuso da posição dominante do *delivery on-line* de produtos alimentícios. Segundo o Inquérito, termos de compromissos de exclusividade estavam sendo impostos aos restaurantes vinculados ao sistema de entrega, o que caracteriza uma ameaça à competitividade dos novos integrantes e concorrentes do mercado, excluindo-os da disputa.

O TCC com o *iFood* conta com cláusulas impeditivas ou limitadoras das exigências nos contratos firmados pela plataforma com os restaurantes parceiros, a fim de estimular a concorrência e ampliar o acesso de outros aplicativos a esse mercado. Esse tipo de acordo é benéfico, uma vez que garante a cessação de tal infração, especialmente em casos de investigação de conduta unilateral.

No que concerne aos detalhes desse caso, os futuros compromissos de exclusividade do *iFood* com parceiros que possuam menos de 30 estabelecimentos



terão a vigência máxima de dois anos. Fora isso, deverão permanecer sem firmar compromissos de exclusividade durante o período de um ano imediatamente após o término do prazo contratual.

Complementando os requisitos, a marca não poderá ultrapassar os seus registros de 25% de cláusulas com compromisso de exclusividade, em termos de Volume Bruto de Mercadorias ou *Gross Merchandise Value*. Em relação aos municípios com mais 500 mil habitantes, a quantidade de restaurantes com a exclusividade.

Também estão proibidas: cláusulas de paridade de preço ou *Most Favoured Nation* em relação a outros *marketplaces*; os contratos com cláusulas impeditivas da contratação de outras plataformas após o encerramento do compromisso de exclusividade; vincular possíveis recompensas e/ou descontos concedidos aos restaurantes listados na plataforma *iFood* diante da promessa de manter a maioria de sua receita de entrega no aplicativo, bem como estabelecer descontos por volume personalizados para um determinado parceiro de forma individual.

#### **4 POSSÍVEIS AMEAÇAS CONCORRENCIAIS DOS MODELOS DE MERCADOS DIGITAIS**

O conceito de mercados digitais é amplo, sendo árdua a tarefa de classificá-lo em uma expressão. Porém, os relatórios mundiais desempenharam a difícil tarefa de reunir os seus elementos. O relatório do Stigler Center demonstra que, além da peculiaridade de várias características, eles apresentam fortes efeitos de rede e economias de escala, além de economias de escopo desencadeado pelo uso de dados, baixos custos marginais e escopo global.<sup>47</sup> Com o intuito de comparação, o Reino Unido destacou, em seu relatório, o papel de custos médios decrescentes, a natureza global destes mercados, o acesso privilegiado a fontes de capital e o papel chave da acumulação de dados sobre o comportamento dos consumidores como indutores de concentração, concordando com a economia de escopo relatada no relatório supracitado.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> ZINGALES, Luigi. et al. Stigler Committee on Digital Platforms. Chicago Booth: september, 2019. p. 34. Disponível em: <https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digitalplatforms-final-report> Acesso em: 10 jun. 2023.

<sup>48</sup> FURMAN, Jason, et al. Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel pg. 32. Disponível em:

Além das características, o relatório do Reino Unido reafirma que as atuais plataformas possuem uma forte presença concentrada. A análise dos atuais mercados online como busca, sistemas operacionais móveis, influência digital e redes sociais tem a presença acentuada de duas grandes plataformas, que correspondem a 40% do tempo gasto na internet por seus usuários.<sup>49</sup>

Diante das peculiaridades das estratégias operacionais das plataformas digitais ligadas à inovação constante, é necessário delimitar as características semelhantes entre elas. Uma delas é o exacerbado uso de dados de usuários. Acerca disso, Beatriz Kira demonstra:

Empresas de Internet que se enquadram na definição proposta tencionam conceitos convencionais da defesa da concorrência e justificam a adoção de ferramentas analíticas adaptados aos novos desafios. Em particular, o fato de tais empresas dependerem de dados de usuários para operarem em seus respectivos mercados traz novas questões para a análise antitruste. A intersecção entre privacidade e defesa da concorrência, nesse sentido, é um campo que merece cada vez mais atenção. As empresas passam a competir por dados, visando à expansão de suas bases de dados, e por meio dos dados, usando o volume de informações que já detêm para ganharem ou manterem uma posição dominante no mercado<sup>50</sup>.

Fica notável que o fator da detenção de dados causa discordâncias doutrinárias entre as autoridades antitrustes sobre a limitação dos benefícios e malefícios de tal instrumento.

O relatório do Reino Unido<sup>51</sup> expressa que a falta de regulação da utilização de dados pode violar até mesmo a privacidade desse indivíduo, que, na maior parte dos casos, nem sabe que se encontra sob esse risco.

Porém, a questão da privacidade é apenas uma das várias condutas que podem se enquadrar como abusivas. Um exemplo a mais é a cobrança de preços de

---

[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/785547/unlocking\\_digital\\_competition\\_furman\\_review\\_web.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf) Acesso em: 10 jun. 2023.

<sup>49</sup> Competition and Markets Authorit. Online Platforms and Digital Advertisement: Market Study Final Report. July 2020. p. 48. Disponível em: [https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fa557668fa8f5788db46efc/Final\\_report\\_Digital\\_ALT\\_TEXT.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fa557668fa8f5788db46efc/Final_report_Digital_ALT_TEXT.pdf) Acesso em: 10 jun.2023.

<sup>50</sup> KIRA, Beatriz. A defesa da concorrência na era digital: desafios práticos e teóricos em face das plataformas de Internet. Revista Direito e as Novas Tecnologias, v. 2, n. 2, p. 3, 2019.

<sup>51</sup> FURMAN, Jason, et al. Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel. Disponível em: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/785547/unlocking\\_digital\\_competition\\_furman\\_review\\_web.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf) Acesso em: 20 mai. 2023.

acesso a plataformas, comissões ou termos contratuais impostos injustamente aos consumidores.

O acesso dos consumidores também pode se ver restrito pelos termos injustos impostos ao uso das plataformas e aos seus negociantes, uma vez que podem vedar o acesso aos preços de mercado e barrar a concorrência que não se adapte aos seus caprichos contratuais, como mencionado no TCC firmado com o *iFood*.

Por fim, pode haver a propagação de instrumentos que lesem a reputação dos consumidores ou concorrentes, além da barreira concorrencial causada pelas aquisições e outras estratégias de fusões eliminatórias.

Diante disso, fica evidente a dificuldade da aplicação dos métodos tradicionais da defesa da concorrência, pois é imensurável a verdadeira métrica das consequências de tais condutas. O volume, a qualidade dos produtos digitais e a asseguaração do bem-estar do consumidor são exemplos disso. Como expressa o Relatório do Stigler Center sobre os conceitos tradicionais:

Outra razão para ser pessimista em relação à medição de conceitos tradicionais de excedente está relacionada à natureza de troca da troca: os usuários trocam atenção e dados pessoais por serviços. Com um serviço "gratuito", os consumidores estão pagando por qualquer expansão da atividade com sua atenção ao conteúdo. Ao enfrentarem um preço zero em dinheiro e quando a qualidade é difícil de ser observada, os consumidores não recebem sinais salientes sobre o valor social de seu consumo, porque o preço que eles acreditam estar enfrentando não reflete a economia da transação e eles são ignorantes desses números<sup>52</sup> (*tradução nossa*).

Porém, a evolução tecnológica traz muitos benefícios em suas diversas facetas inovadoras. Devemos analisá-la como um vulcão: ao mesmo tempo em que destrói e causa medo por suas consequências, também provê um solo fértil para os usuários que aproveitam de seus benefícios.

Após a pandemia da Covid-19, várias pesquisas relataram o aumento do consumo de *internet*. No Brasil, segundo o relatório da Comscore, o Brasil é o terceiro maior consumidor de redes sociais em todo o mundo, com o equivalente a 131,5 milhões de usuários<sup>53</sup>. Dados como esse provam que o melhor caminho a seguir é

---

<sup>52</sup> ZINGALES, Luigi. et al. Stigler Committee on Digital Platforms. Chicago Booth: september, 2019. p. 67 Disponível em: <https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digitalplatforms-final-report> Acesso em: 20 abr. 2023.

<sup>53</sup> PACETE, Luiz Gustavo. Brasil é o terceiro maior consumidor de redes sociais em todo o mundo. Forbes, 2023. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2023/03/brasil-e-o-terceiro-pais-que-mais-consome-redes-sociais-em-todo-o-mundo/> Acesso em: 11 mai. 2023.

encontrar as formas mais atenuantes de regular a concorrência desses mercados, uma vez que o radicalismo da intervenção pode barrar esses avanços, que tanto contribuem para o cotidiano das pessoas.

#### 4.1 *Zero-Price Markets* e sua Estruturação

Os mercados de “preço-zero”, tradução para *zero-price markets*, são serviços ou bens oferecidos de forma gratuita, com o viés de atrair o usuário para usufruir da plataforma em questão. Esse modelo “quebra” a troca de bens/serviços pelo recebimento de pagamento em dinheiro, que tanto conhecemos. No entanto, é de se esperar que essa dinâmica não signifique gratuidade e é um desafio para a análise econômica tradicional.

Algumas empresas (Google/Play Store; Windows/ Internet Explorer, por exemplo) oferecem uma plataforma de buscas ou acesso gratuito, que, porém, são combinadas, posteriormente, com serviços pagos. Essa forma de atrair o usuário com o preço zero pode acabar por cobrar preços diversos de diferentes usuários. A versão gratuita dos aplicativos serve para atrair consumidores, que, após a inscrição, podem escolher permanecer no *streaming*, pagando pela versão *premium*, com acesso a mais benefícios dentro da plataforma. E ainda há quem anuncie serviços totalmente gratuitos para aumentar a sua base de usuários como estratégia de crescimento, utilizando efeitos de rede e economias de escala.<sup>54</sup>

Esse meio de preço-zero já é muito conhecido pelas rádios, jornais e televisão, por exemplo. Porém, com a internet essa dinâmica se propaga pelas redes sociais, programas de busca e *streamings* de música, filmes e séries, entre mais uma infinidade de meios. Nas palavras de John M. Newman: “para oferecer produtos a preço-zero lucrativamente a longo prazo, a empresa deve objetivar obter lucros de alguma maneira que não envolva tais produtos” (*tradução nossa*).<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> MARTINS, Giovanna. Desafios enfrentados pelo direito da concorrência na análise de mercados digitais. UFU. Minas Gerais: UFU Direito MG, 2022. p. 32

<sup>55</sup> NEWMAN, John M. Antitrust in zero-price markets: foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, 2015, p. 154. Disponível em: [https://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol164/iss1/4](https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol164/iss1/4). Acesso em: 17 mai. 2023: “To profitably offer products at a price of \$0 in the long term, a rational firm must intend to turn a profit in some manner not involving those products”.

Os três modelos de negócios a custo zero que melhor organizam esse raciocínio são *commodities* complementares, plataformas com dois ou mais lados e versões *premium* ou profissionais de produtos gratuitos.<sup>56</sup>

Michal Gal e Daniel Rubinfeld apontam alguns resultados competitivos benéficos para o consumidor, como o possível resultado pró-competitivo de encorajamento da formulação de maior qualidade de produtos ou inovações para contornar as barreiras existentes em determinados mercados com altos efeitos de rede ou custos de transição (custos de mudança).

Possíveis efeitos adversos aos mencionados incluem o estabelecimento ou fortalecimento de poder de mercado significativo e a barreira para os ingressantes desse mercado. Afinal, não é de se esperar que o consumidor prefira pagar em um produto que ele pode obter “sem custos”. A consequência desse efeito negativo pode gerar um mercado que não busca a qualidade e inovação que se via como um ponto positivo, uma vez que não há chances de um novo *player* competir pelo mercado. Fora isso, a obtenção de dados como ativos pode gerar uma insegurança jamais imaginável aos consumidores, violando a sua privacidade.

Fica claro o entendimento de que a doutrina não consegue listar todos os possíveis danos que a estratégia preço-zero pode gerar, porém, uma das maiores preocupações é acerca das medidas tradicionais, que se resultam superadas por esse estilo de mercado, como o teste do monopolista hipotético (TMH) e *small but significant non-transitory increase in price* (SSNIP), pois só conseguem ser eficazes usando o preço como uma variável.

Dentre as várias divergências, uma das formas mais eficazes de medir a qualidade dos produtos seria aplicar o teste *small but significant, non-transitory decrease in quality* (SSNDQ), conforme o entendimento da OCDE<sup>57</sup>. Porém, até mesmo esse método prático encontra críticas duras referentes à sua aplicabilidade, uma vez que consiste em quantificar a qualidade e chegar a um consenso sobre o que é melhor ou pior.

De mesmo modo, o SSNIP poderia ser substituído por custo, tornando-se o *small but significant non-transitory increase in cost* (SSNIC). Nesse caso, utilizar-se-

---

<sup>56</sup> LORENZETTI, M. M.; BELIZARIO, B. A. et al. Defesa da concorrência em plataformas digitais. São Paulo, SP: FGV Direito SP, 2020. p. p. 153.

<sup>57</sup> ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. The role and measurement of quality in competition analysis, 2013. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2023.

ia a lógica de que o consumidor sempre está oferecendo algo, mesmo que seja intangível e sem a forma do dinheiro, como já supracitado. Porém, encontram-se desafios quanto à medida numérica que se tem por esse tipo de custo, como o acesso, os dados pessoais e o tempo do consumidor.

## 4.2 Mercados de Dois ou de Múltiplos Lados

Outra característica dos mercados digitais é a capacidade de intermediar a conexão entre dois ou mais usuários, que aproveitam de seus benefícios de interação.<sup>58</sup> São os chamados mercados de dois ou múltiplos lados (*two-sided market/multi-sided market*).

Uma das melhores definições acerca do tema é a dos Professores Jean-Charles Rochet e Jean Tirole:

Mercados de dois lados (ou genericamente de múltiplos lados) são usualmente definidos como mercados em que uma ou diversas plataformas viabilizam a interação entre usuários, tentando atrair ambos os lados, cobrando cada um deles de forma apropriada. Em outras palavras, as plataformas captam cada um dos lados, na tentativa de ganhar, ou pelo menos não perder, dinheiro, como resultado final. (*tradução nossa*)<sup>59</sup>

Semelhante ao conceito de *zero-price markets*, o mercado de múltiplos lados também não é novidade para o mercado econômico, porém ele tem fortes características de diminuir os custos de transação das plataformas digitais, atraindo maior número de consumidores, sendo assim, uma das presentes preocupações está na maneira em que o maior número de usuários pode acabar por aumentar o valor da plataforma, em que “uma plataforma de múltiplos lados cria valor ao coordenar os múltiplos grupos de agentes e, em particular, garante que haja agentes suficientes de

---

<sup>58</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Organization for economic cooperation and development. Brasília, 2020. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2020/caderno-cade-ocde-2020.pdf> Acesso em: 19 mai. 2023.

<sup>59</sup> ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Two-sided markets: a progress report. *The RAND Journal of Economics*, v. 37, n. 3, p. 645-667, 2006: “Two-sided (or more generally multi-sided) markets are roughly defined as markets in which one or several platforms enable interactions between end-users, and try to get the two (or multiple) sides ‘on board’ by appropriately charging each side. That is, platforms court each side while attempting to make, or at least not lose, money overall”.

cada tipo para tornar a participação que valha a pena para todos os tipos” (*tradução nossa*)<sup>60</sup>, conforme versam David Evans e Richard Schmalensee.

Esses mercados podem ser divididos em duas categorias: os mercados de dois lados não-transacionais e mercados de dois lados transacionais. Mercados não-transacionais não apresentam a relação direta entre os dois lados da plataforma e não há a observância de uma transação específica entre eles. Um exemplo frequente são as propagandas digitais que se ligam aos consumidores de sites on-line por meio de uma plataforma. Já os mercados transacionais intermedeiam as transações observáveis entre os dois lados e cobram de uma ou ambas as partes dessa transação.

Ainda relacionado ao mercado de preço-zero, encontramos plataformas digitais que cobram pela prestação de serviço ou do produto de apenas um grupo de usuários e ofertam serviços sem uma cobrança pecuniária para o outro.

A Amazon é o maior exemplo atuais de mercado de dois lados, pois ela faz “ponte” entre os comerciantes independentes, que visam vender os seus produtos de uma maneira eficiente, e os usuários, que buscam a facilidade de poder escolher a melhor oferta de forma prática. A sua integração baixa os custos transacionais das antigas operações de compra e venda por anúncios em rádios, por exemplo.

Finda-se pelo entendimento de que, por mais que seja árdua a tarefa de medir os impactos das novas estratégias de mercados digitais, continuam-se buscando fontes solucionadoras para afirmar o Direito da Concorrência sem que isso resulte em prejuízos para a inovação tecnológica. Pois a sua dominância pode prejudicar plataformas entrantes, que não possuem a sua visibilidade e poder econômico. Outra consequência negativa é a diminuição da qualidade dos produtos, justificada pelo poder soberano de mercado, e o aumento de seus preços, consequentemente, prejudicando o consumidor final.

Isso corrobora com a ideia de que a compreensão mais aprofundada das características do mercado digital acaba por facilitar a tarefa de analisar as suas técnicas de negócios, empregadas pelas *Big Techs*, que atuam contra o bem-estar econômico. Dessa forma, fica nítido que a jurisprudência regulatória do CADE é

---

<sup>60</sup> EVANS, David S.; SCHMALENSSEE, Richard. The antitrust analysis of multi-sided platform businesses. Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper, n. 623, 2012: “A multi-sided platform creates value by coordinating the multiple groups of agents and, in particular, ensuring that there are enough agents of each type to make participation worthwhile for all types”.

assertiva em suas sanções e acordos. Porém, a regulamentação deve visar o bem-estar do consumidor, sem atingir o avanço tecnológico e a livre concorrência, pois uma concorrência saudável também deve prezar pelas mudanças benéficas que as plataformas atingiram com o seu surgimento.

## **5 CONCLUSÃO**

O desenvolvimento de novos modelos de negócios, principalmente nas economias digitais, tem ameaçado a visão convencional de mercado. As suas estratégias cortam os vínculos tradicionais antigos que envolviam o preço e o produto de uma forma nítida, além de acrescentar valores intangíveis, como dados pessoais como ativos na estratégia de preço-zero.

A discussão sobre os efeitos desses empreendimentos na sociedade nas esferas jurídica, econômica, política e social, surgiu em diversas áreas devido ao avanço tecnológico de grandes empresas de tecnologia e ao significativo papel desempenhado pelo mercado digital na economia global.

O Direito da Concorrência passou a considerar o impacto de sua narrativa neste mercado em desenvolvimento de acordo com esta tendência. Por isso, interessou-se por saber mais sobre a dinâmica dos mercados digitais, o que fez com que a comunidade acadêmica e várias autoridades da concorrência se debruçassem sobre o tema para compreender as características únicas deste mercado e como desafiavam as políticas convencionais de promoção à concorrência, já que, diante dessas dificuldades, é necessário um reconhecimento das diretrizes particulares de cada mercado, a fim de definir os melhores métodos de análise do descumprimento da concorrência saudável que o Direito Antitruste tanto preza.

O presente trabalho buscou dissecar as peculiaridades dos mercados digitais que representam um desafio às autoridades antitruste neste contexto, bem como apresentar as sugestões de debates acerca da mitigação das eventuais consequências desfavoráveis deste mercado.

Foi abordado o desenvolvimento do tema no Brasil, em toda a sua formação histórica, a fim de elencar as legislações atuais. Conclui-se que as autoridades antitruste devem estar atentas a essas condutas para reconhecer, nos termos da Lei de Defesa da Concorrência (Lei n.º 12.529/2011) e da Constituição Federal de 1988, as que constituem infrações à ordem econômica.



No decorrer do artigo, foram apresentadas as várias facetas do debate, desde a origem das escolas de pensamentos, como as extremas Chicago e Havard, e as mais intermediárias. Ademais, foi exposto um importante e recente precedente da atuação *ex ante* do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), que visou intermediar condutas anticompetitivas de uma *big tech* do ramo de *delivery* alimentício.

O último capítulo apresentou algumas características das estratégias que preocupam as autoridades antitruste, além de pormenorizar os mercados preço-zero ou *zero-price markets*, que apresentam uma peculiaridade de não-pagamento em dinheiro, visando receber pagamento com moedas intangíveis, como dados pessoais. Tal característica burla os radares de regulação dos testes preexistentes, porém há estudiosos que solucionaram a questão ao sugerir que o preço pelo custo fosse trocado pela qualidade. Além disso, o Mercado de dois ou múltiplos lados foi exposto, diante das suas características de mediação entre consumidor final e vendedor. Com a análise de suas funções maléficas, ficou nítido que os precedentes do CADE foram assertivos em seus termos, pois buscaram o bem-estar do consumidor final por meio de um ambiente concorrencial mais saudável.

Com esta informação, foi possível tirar a conclusão de que é realmente necessário aprofundar nos pontos que não são verificáveis nos mercados tradicionais para analisar a concorrência no espaço digital.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Moniz. **Cartéis e Desnacionalização**. A experiência brasileira 1964-1974. Editora Civilização S.A., 1975. v. 28.

BECKER, Bruno Bastos. et al. **Defesa da concorrência em plataformas digitais**. São Paulo, SP: FGV Direito SP, 2020.

BORK, Robert H. **The Antitrust paradox: a policy at war with itself**. 2. ed. New York: The free Press, 1993.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

COLLINS, Wayne D. Trusts and the Origins of Antitrust Legislation: **Fordham Law Review**. 2013. v. 81. ed. 5.

COMPETITION AND MARKETS AUTHORIT. **Online Platforms and Digital Advertisement: Market Study Final Report.** Disponível em: [https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fa557668fa8f5788db46efc/Final\\_report\\_Digital\\_ALT\\_TEXT.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fa557668fa8f5788db46efc/Final_report_Digital_ALT_TEXT.pdf) Acesso em: 10 jun.2023.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Organization for economic cooperation and development.** Brasília, 2020. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2020/caderno-cade-ocde-2020.pdf> Acesso em: 20 abr. 2023.

EASTERBROOK, Frank H. The limits of antitrust. **Texas Law Review**, v. 63, n. 1, 1984, p. 16.

EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. The antitrust analysis of multi-sided platform businesses. **Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper**, n. 623, 2012.

FURMAN, Jason, et al. **Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel.** Disponível em: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/785547/unlocking\\_digital\\_competition\\_furman\\_review\\_web.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf) Acesso em: 20 maio. 2023.

KHAN, Lina M. Amazon's antitrust paradox. **Yale Law Journal**, v. 126, p. 710, 2016.

KIRA, Beatriz. A defesa da concorrência na era digital: desafios práticos e teóricos em face das plataformas de Internet. **Revista Direito e as Novas Tecnologias**. v. 2, 2019.

LEADERS. How to tame tech giants. **The Economist**: 20 january 2018. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2018/01/18/how-to-tame-the-tech-titans>. Acesso em: 03 maio. 2023.

LORENZETTI, M. M.; BELIZARIO, B. A. et al. **Defesa da concorrência em plataformas digitais.** São Paulo, SP: FGV Direito SP, 2020.

MACHADO, Luiza Andrade (ed.). Desafios do big data ao direito da concorrência. **Revista do Ibrac**, São Paulo, v. 23, n.2, p. 387, 2017.

MARTINS, Giovanna. **Desafios enfrentados pelo direito da concorrência na análise de mercados digitais.** UFU. Minas Gerais: UFU Direito MG, 2022. p. 32.

NEWMAN, John M. Antitrust in zero-price markets: foundations. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 164, 2015, p. 154. Disponível em: [https://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol164/iss1/4](https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol164/iss1/4). Acesso em: 17 maio. 2023.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. **Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms**, 2018. p. 3. Disponível em:

[www.oecd.org/competition/rethinkingantitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm](http://www.oecd.org/competition/rethinkingantitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm). Acesso em: 01 maio. 2023.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. **The role and measurement of quality in competition analysis**, 2013. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf>. Acesso em: 18 maio. 2023.

PACETE, Luiz Gustavo. Brasil é o terceiro maior consumidor de redes sociais em todo o mundo. **Forbes**, 2023. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2023/03/brasil-e-o-terceiro-pais-que-mais-consome-redes-sociais-em-todo-o-mundo/> Acesso em: 11 maio. 2023.

PETIT, Nicolas. Innovation competition, unilateral effects and merger control policy. **ICLE Antitrust & Consumer Protection Research Program**, White Paper n. 3, 2018. Disponível em: <https://laweconcenter.org/wp-content/uploads/2018/06/ICLE-Petit-Innovation-Competition-Merger-Control-Policy-ICLE-2018.pdf>. Acesso em: 01 maio. 2023.

ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Two-sided markets: a progress report. **The RAND Journal of Economics**. v. 37. n. 3. p. 645-667, 2006.

SALOMÃO, Calixto Filho. **Direito concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013.

TAUFICK, Rodrigo Domingos. **Introdução ao Direito da Concorrência: Introduction to Antitrust Law**. Secretaria de Acompanhamento Econômico: dezembro, 2014. *E-book*. Disponível em: [https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-da-concorrencia/4-seae\\_introducao\\_direito\\_concorrencia.pdf](https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-da-concorrencia/4-seae_introducao_direito_concorrencia.pdf) Acesso em: 24 abr. 2023.

ZINGALES, Luigi. et al. Stigler Committee on Digital Platforms. **Chicago Booth**: september, 2019. Disponível em: <https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digitalplatforms-final-report> Acesso em: 20 abr. 2023.

## **CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL TRIBUTÁRIO**

ANSELMO, José Roberto<sup>61</sup>  
MOTA, Ademar Ferreira<sup>62</sup>

**RESUMO:** O Processo Administrativo Fiscal é garantia constitucional do contribuinte e possui o condão de exercer a jurisdição e dizer o direito, nos marcos da legalidade, do devido processo legal e no âmbito de competência do órgão administrativo de julgamento. Trata-se de instrumento democrático previsto entre os direitos e garantias individuais do cidadão. Ocorre que a legislação e a jurisprudência administrativa insistem em negar ao órgão administrativo de julgamento o direito de apreciar o aspecto constitucional da legalidade da norma. Este trabalho propõe apreciar as possibilidades para tal apreciação baseado em pesquisas na doutrina e na jurisprudência administrativa pátrias.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo. Administrativo. Garantia. Constitucional. Inconstitucionalidade.

**ABSTRACT:** The Fiscal Administrative Process is a constitutional guarantee for the taxpayer and has the power to exercise jurisdiction and assert the right, within the framework of legality, due legal process and within the scope of competence of the administrative judgment body. It is a democratic instrument provided for among the individual rights and guarantees of the citizen. It turns out that legislation and administrative jurisprudence insist on denying the administrative judging body the right to assess the constitutional aspect of the legality of the norm. This work proposes to assess the possibilities for such an assessment based on research into Brazilian doctrine and administrative jurisprudence.

**KEYWORDS:** Process. Administrative. Guarantee. Constitutional. Unconstitutionality.

---

<sup>61</sup> É Pós Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrigae de Coimbra (2020); Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC SP (2006) e mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru (2001) ITE BAURU. Atualmente é professor do Centro Universitário de Bauru da Instituição Toledo de Ensino nos cursos de Direito (Direito Constitucional), Administração (Direito Tributário), Contabilidade (Direito Tributário), Comércio Exterior (Política do Comércio Exterior) e Economia (Direito Tributário) e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito - Mestrado e Doutorado. É membro do Comitê de Ética em Pesquisa em Seres Humanos do HRAC-USP. É Procurador do Município de Bauru e Advogado.

<sup>62</sup> Doutorando em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (2021-2024) Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (2017). MBA em Direito Tributário pela Fundação Getulio Vargas – FGV/São José do Rio Preto. Pós Graduado em Direito do Trabalho e Previdência Social pela Unitoledo de Araçatuba-SP. Bacharel em Direito pela Unitoledo de Araçatuba-SP. Bacharel em Contabilidade pelo Unisaesiano de Araçatuba-SP. Atualmente Professor na Unitoledo Wyden Araçatuba-SP. Advogado e Consultor Tributário, Empresarial e do Agronegócio.

## 1 INTRODUÇÃO

A possibilidade, ou não, de controle de constitucionalidade das leis e atos administrativos, pela forma difusa, no âmbito do Processo Administrativo Fiscal, tem suscitado acalorados debates doutrinários, enquanto a jurisprudência administrativa se orienta firme no sentido de não permitir o afastamento da aplicação de qualquer lei ou ato administrativo, sob o argumento de que seja inconstitucional, ressalvadas as hipóteses definidas na própria lei reguladora do Processo Administrativo Fiscal (Decreto 70.235/72).

O devido processo legal, de forma geral, foi concebido no bojo da Constituição Federal de 1988 entre os Direitos e Garantias Individuais inscritos no Artigo 5º, inciso LIV. Especificamente no que tange ao Processo Administrativo Fiscal a garantia vem inserida no Artigo 5º, inciso LV da mesma Carta Magna, no qual fica consignado expressamente ser garantido aos litigantes em processo administrativo o direito ao contraditório e à ampla defesa a ele inerentes.

Diante de preceitos constitucionais de tal envergadura, as questões que surgem inexoravelmente são as seguintes, temos um processo administrativo fiscal ou um procedimento administrativo fiscal e, mais, há jurisdição para dizer o direito no âmbito desse processo ou procedimento administrativo, em havendo, qual seu espectro de abrangência.

Estruturado o posicionamento do órgão administrativo na estrutura da organização dos poderes, bem como a delimitação das funções, impende perquirirmos sobre a possibilidade desse órgão de julgamento administrativo enfrentar questões constitucionais, de forma difusa, em seus julgamentos e qual seria a técnica de interpretação mais adequada para tratamento da questão constitucional.

Nesse ponto, é de consenso doutrinário e jurisprudencial que o órgão administrativo de julgamento deve se pautar pela legalidade, geral e estrita, especialmente no tocante ao processo administrativo da seara tributária e, nesse ponto, um questionamento se interpõe, qual seja, se o aspecto da constitucionalidade poderia ser prescindido na análise da legalidade do lançamento tributário.

Partindo da legislação infraconstitucional e da jurisprudência do Tribunal Administrativo de Federal, analisaremos criticamente a possibilidade de enfrentamento da matéria constitucional, trazendo argumentos favoráveis e

contrários, seja da doutrina ou da jurisprudência, para avaliarmos adequadamente qual seria o entendimento mais adequado para a matéria.

O quando, o como e quem será a autoridade ou órgão encarregado de tal incumbência, se possível for, também deverá ser objeto de análise no bojo do presente trabalho, visto que serem pontos que necessitam reflexão diante da busca da efetividade dessa garantia constitucional do processo administrativo fiscal.

Ao final apresentaremos nossas conclusões sobre o debate apresentado reunindo os elementos expostos no decorrer do trabalho para expressarmos uma proposta de solução jurídica próxima do razoável enfrentando e respondendo ao questionamento de fundo, qual seja, se há ou não a possibilidade de Tribunal ou Conselho Administrativo de Recursos Fiscais enfrentar matéria constitucional quando analisa a legalidade do lançamento tributário e, quem seria a autoridade ou órgão competente para tanto, o momento adequado para tanto, bem como qual seria a melhor técnica para proceder a tal enfrentamento.

## **2 O PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

O advento da Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988, iniciou, sem sombra de dúvida, uma nova era na história política e jurídica do Brasil, visto que inaugura processo de redemocratização fundando o Estado Democrático de Direito.

Com esse renascimento da democracia, por óbvio, vários institutos jurídicos necessitaram ser revisitados e, não raras vezes, as mudanças propostas chegam a abalar alicerces tradicionais da ciência do direito. De certa forma esse fenômeno se mostra compreensível, visto que os aspectos políticos e jurídicos de uma sociedade são indissociáveis.

Dentre as inúmeras mudanças relevantes temos o aspecto dialético dado ao processo administrativo tributário que, ao delimitar seu o campo de investigação e análise, à luz da novel ordem Constitucional, necessita reflexões profundas da doutrina e das autoridades para delimitação dos seus contornos jurídicos e, principalmente, para buscar maior efetividade a esta garantia Constitucional.

Sim, porque o Processo Administrativo Fiscal constitui verdadeira garantia fundamental do contribuinte decorrente da cláusula do *due process of Law*, que resulta da adequada interpretação conjugada dos incisos LIV e LV, do Artigo 5º da

Constituição Federal. O primeiro inciso mencionado estabelece que ninguém será privado de sua liberdade, ou de seus bens, sem o devido processo legal, enquanto o segundo inciso preceitua que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, será assegurado o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

A distinção entre direitos e garantias individuais, nesse momento, se faz necessária para compreendermos melhor a finalidade de cada instituto jurídico e, para tanto, chamemos à colação o ensinamento da doutrina nos seguintes termos:

Em essência a expressão 'direitos fundamentais' designa as prerrogativas que possibilitam uma convivência digna, livre e igual a todas as pessoas, dizendo respeito a situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive. [...] Por sua vez, o termo 'garantia' é utilizado em sentidos diversos, [...] levando-se em conta somente os preceitos do Título II da Constituição Federal, as garantias fundamentais, como ensina José Afonso da Silva, significam normas constitucionais que outorgam, aos titulares de determinados direitos, meios, técnicas e instrumentos destinados a impor o respeito e cumprimento de tais direitos; nesse sentido, tais garantias não são um fim em si mesmas, mas instrumentos de tutela de direitos. Por conseguinte apresentam caráter predominantemente assecuratório (Medauar, 1993, p. 75-76).

Como se pode observar o direito fundamental não se confunde com garantia fundamental, visto que aqueles são direitos do homem ou da coletividade albergados em uma ordem constitucional em vigor, enquanto esta constitui o meio processual ou o instrumento jurídico adequado para protegê-los.

Estando bem demonstrada a distinção entre direito fundamental e garantia fundamental, impende concluir no sentido de que o processo administrativo fiscal, por representar o meio pelo qual se defende os direitos fundamentais dos contribuintes na esfera administrativa, constitui verdadeira garantia constitucional. E, em arremate, nos é permitido concluir, orientados pela doutrina, que, "Existe a garantia sempre em face de um interesse que demanda proteção e de um perigo que se deve conjurar." (Bonavides, 2002, p. 481)

Nesse ponto necessário traçarmos outra distinção relevante no bojo deste tema, a qual diz respeito à terminologia utilizada no presente trabalho para designar o processo administrativo tributário, visto ser a mais adequada do ponto de vista constitucional e doutrinário.

É o que o Artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal utiliza a expressão "processo", para fazer referencia igualmente, tanto ao processo administrativo, quanto

ao processo judicial. Disto decorre dissenso doutrinário relevante com parte da doutrina entendendo que o referido termo se aplicaria somente à atividade jurisdicional, e outra parte encampando entendimento em sentido oposto, o que justifica a distinção que passaremos a fazer nesse momento.

A tese processualista é no sentido de que, em que pese tenham nuances diferenciadoras, os processos administrativo e judicial constituem espécies de um mesmo gênero. Já para a tese antiprocessualista, o procedimento não é um processo, ou seja, não são duas espécies de um mesmo gênero, mas sim dois gêneros diferentes, irreduzíveis um ao outro.

A distinção entre processo e procedimento pode ser iniciada a partir da definição do dicionário jurídico, senão vejamos, respectivamente, a conceituação de ambos os institutos jurídicos:

Procedimento: Formado de proceder, do latim *procedere* (ir por diante, andar para a frente, prosseguir), quer o vocabulário exprimir, geralmente, o método para que se faça ou se execute alguma coisa, isto é o modo de agir, a maneira de atuar, a ação de proceder. Neste sentido, procedimento significa a própria atuação ou a ação desenvolvida para que se consubstancie a coisa pretendida, pondo-se em movimento, segundo a sucessão ordenada, os meios de que se pode dispor. Neste particular, pois, procedimento e processo revelam-se em sentido diferentes (Vocabulário Jurídico, 2009, p. 1097).

Processo: Derivado do latim *processus*, de *procedere*, embora pro sua derivação se apresente em sentido equivalente a procedimento, pois que exprime, também, ação de proceder ou ação de prosseguir, na linguagem jurídica outra é sua significação, em distinção a procedimento. Exprime, propriamente, a ordem ou a seqüência das coisas, para que cada uma delas venha a seu devido tempo, dirigindo, assim, a evolução a ser seguida no procedimento, até que se cumpra sua finalidade. Processo é a relação jurídica vinculada, com o escopo de decisão, entre as partes e o Estado Juiz, ou entre o administrado e a Administração (Vocabulário Jurídico, 2009, p. 1098).

Após leitura do vocábulo jurídico torna-se clara a diferença entre os dois institutos, posto que, enquanto o processo revela uma relação jurídica instrumental segundo um conjunto de atos praticados em seqüência lógica e direcionados a um fim comum, o procedimento indica a forma e o ritmo do desenvolvimento dessa relação, da prática desses atos.

Como se nota, o traço distintivo entre ambos é exatamente a finalidade, haja vista o procedimento não buscar um fim, tão somente indicar um caminho, enquanto o processo sopesa as alegações das partes no bojo do contraditório com o objetivo de entregar a solução da lide. Na seqüência de atos do processo administrativo fiscal



a finalidade de composição do litígio e a obediência à legalidade são constantes, fazendo surgir verdadeira relação jurídica de natureza processual.

Na doutrina de Romeu Felipe Bacellar Filho, “Quando à competência adiciona-se a colaboração de sujeitos e contraditório, o procedimento expressa-se como processo.”(Bacellar Filho, 2003, p. 47-48)

E José Cretella Junior arremata, tratando o processo administrativo como um ramo autônomo diante dos demais processos, senão vejamos:

Nos vários sistemas jurídicos, o ‘processo administrativo’, que antes de tudo é processo, está regulamentado por uma série de regras características, típicas, que os distinguem de seus congêneres – processo penal, processo civil, processo falimentar, processo trabalhista – também autônomos, com métodos próprios, normas diferenciadas, princípios e objetos particulares. Entretanto, pelo conteúdo espiritual que se reveste o ‘direito processual administrativo’, apresenta o mesmo valor que o direito processual civil ou criminal(...) (Cretella Junior, 1999, p. 27-28).

Resta evidente, portanto, que a designação processo administrativo fiscal é a mais adequada por encontrar fundamento no ordenamento Constitucional, vide Artigo 5º, inciso LV, bem como em boa parte da doutrina especializada.

Estando o processo administrativo fiscal em patamar ressaltado, perante a doutrina processual, como acima exposto, impende perquirirmos, nesse ponto, sobre o caráter jurisdicional deste contencioso, visto que tal característica será importante como premissa para a avaliação sobre a possibilidade de enfrentar matéria Constitucional nessa seara.

É certo que não se desconhece o posicionamento firme da doutrina que sustenta a existência de jurisdição una, com fundamento no fato de que as decisões administrativas não são imutáveis, visto que podem ser controvertidas no âmbito do poder judiciário, nos termos do inciso XXXV do Artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Esse dispositivo deve ser interpretado em cotejo com o inciso XXXVI do Artigo 5º da Constituição Federal que atribui ao julgamento judicial o caráter de coisa julgada, imutável e definitiva.

Preliminarmente impende consignar, nos termos do que ensina Candido Rangel Dinamarco, que a palavra jurisdição é formada por dois vocábulos latinos *júris* (direito) e *dictio* (substantivo derivado do verbo dizer), ou seja, dizer o direito (Dinamarco, 2005, p. 337). O mesmo Dinamarco define jurisdição como a “função do

Estado, destinada a solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos” (Dinamarco, 2005, p. 330).

Nesse prumo, podemos concluir que a jurisdição é o ato do ente Estatal de dizer o direito no seu âmbito de competência e o órgão administrativo de julgamento efetivamente o faz quando decide sobre o lançamento tributário. É o que nos ensina Hely Lopes Meireles, nos seguintes termos:

Não se confunda ato jurisdicional com ato judicial. Jurisdição é ato de dizer o direito, de decidir na sua esfera de competência. E tanto decide o Judiciário como o Executivo e o Legislativo, quando interpretam e aplicam a lei (Meirelles, 1993, p. 582).

De se observar de plano que a caracterização de um ato como jurisdicional é o fato de julgar, substituindo as partes na solução do conflito, nada importando quem julga, se o executivo ou o judiciário. Alvim ensina que “se é certo que habitualmente as duas funções estão confiadas a órgãos distintos, isso nem sempre acontece, pois há órgãos jurisdicionais investidos em funções administrativas e órgãos administrativos investidos de funções jurisdicionais” (Alvim, 2007, p. 58).

Em arremate Conrado sustenta que “a atividade desenvolvida pela administração nos aludidos processos (administrativos) é, mesmo que atipicamente, manifestação jurisdicional – (i) é estatal (...) e (ii) tendente à composição de conflitos” (Conrado, 2004, p. 108).

Nesse ponto podemos afirmar, com alguma segurança, que o processo administrativo fiscal encerra atividade jurisdicional de solução de conflitos, na qual o órgão julgador substitui as partes do processo fiscal e diz o direito, conforme os contornos constitucionais suso delineados.

Estas premissas lançadas, no sentido de que o processo administrativo fiscal constitui garantia constitucional, processo autônomo e com função jurisdicional de dizer o direito, constituem premissas importantes para nossa análise a pedir um aprofundamento sobre o devido processo legal nesse âmbito, aí incluídos o contraditório e a ampla defesa.

### **3 O DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO**

É possível que na frieza dos fatos se afirme que a Constituição é “uma mera folha de papel” (Lassale, 1995, p. 37), entretanto, é inegável que representa a “soma

dos fatores reais de poder que regem uma nação” (Lassale, 1995, p. 43), portanto, funda-se no consenso das forças dominantes de uma determinada sociedade em dado espaço e em determinado tempo, cuja acomodação de interesses decorre dos fatos históricos e representa o surgimento de uma nova era de liberdades conquistadas.

Com a evolução da ciência jurídica, especialmente com o deslocamento da Constituição para o centro dos debates jurídicos, os princípios saíram do patamar de meros axiomas jurídicos e passaram a ocupar lugar de destaque na cena jurídica e, inclusive, orientam a busca da sistematização e efetivação dos direitos e garantias previstos constitucionalmente.

É o que Robert Alexy chama de *mandamentos de otimização*, quando explica serem os princípios normas que permitem que algo seja realizado, da maneira mais completa possível, tanto no que diz respeito à possibilidade jurídica, quanto à possibilidade fática (Alexy, 2001, p. 85).

Os princípios, insta consignar, não se confundem com as normas, visto que são mandamentos que as fundamentam, constituem seus vetores interpretativos e as integram, conforme nos ensina Nagib Slaibi Filho, com a seguinte propriedade:

Toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam e, portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que a contém ...os princípios estão para as normas particulares como o mais está para o menos, como o que é anterior e antecedente está para o posterior e o conseqüente (Slaibi Filho, 1994, p. 65/66).

Feitas estas considerações prévias de seus traços característicos, impende conceituar os princípios e, para tanto, recorreremos ao escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello, no sentido de que princípio é:

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (Mello, 1994. p. 450).

Como se pode notar, a partir destas premissas, a violação a um princípio constitui fato mais relevante do que a violação a uma regra, isso porque ao atacar um

princípio, volta-se contra o ordenamento jurídico como um todo e, quando violada a regra, esta tem uma especificidade que não deixa irradiar a violação para outros patamares.

Na visão de Luis Roberto Barroso, os princípios comportam ainda uma classificação e, para o referido doutrinador, princípios fundamentais:

São aqueles que contêm as decisões políticas estruturais do Estado [...] São tipicamente os fundamentos da organização política do Estado [...]. Esses princípios fundamentais, exprimindo, como já se disse, a ideologia política que permeia o ordenamento jurídico, constituem, também, o núcleo imodificável do sistema, servindo como limites às mutações constitucionais. Sua superação exige um novo momento constituinte originário. Nada obstante, estes princípios são dotados de natural força de expansão, comportando desdobramentos em outros princípios e em ampla integração infraconstitucional (Barroso, 1996, p. 145).

Na visão do mesmo autor, temos ainda os princípios gerais que:

Embora não integrem o núcleo da decisão política formadora do Estado, são normalmente importantes especificações dos princípios fundamentais. Têm eles menor grau de abstração e ensejam, em muitos casos, a tutela imediata das situações jurídicas que contemplam. São princípios que se irradiam por toda ordem jurídica, como desdobramento dos princípios fundamentais, e se aproximam daqueles que identificamos como princípios definidores de direitos (Barroso, 1996, p. 145).

E ainda os setoriais que, na visão de Barroso: “São aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a determinado tema, capítulo da Constituição. Eles irradiam limitadamente, mas no seu âmbito de atuação são supremos” (Barroso, 1996, p. 145).

O caso aqui é, inegavelmente, de princípio fundamental. Primeiramente porque o constituinte cria o devido processo legal afirmando categoricamente que “ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal” (Brasil, 1988. Art. 5º, inc. LIV).

Mais adiante, ao tratar das garantias do contribuinte no Processo Administrativo, aí incluído o administrativo fiscal, o legislador constituinte optou por inserir entre os direitos fundamentais o direito ao contraditório e à ampla defesa, tanto no âmbito judicial quanto administrativo, também afirmando que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (Brasil, 1988, Art. 5º, inc. LV).

O *due process of law* finca raízes históricas no direito inglês e foi concebido à época para devida proteção dos barões contra os abusos da Coroa, portanto, de sua origem já possui a função de equilibrar ou amenizar o desequilíbrio entre administrador e administrado.

Nos Estados Unidos a Constituição de 1787 trouxe a garantia do *due processo os law* somente no sentido de assegurar ao administrado ou cidadão que seu julgamento seria feito conforme dispunha a lei da terra. Por óbvio, esta garantia evoluiu com o passar do tempo e, hodiernamente, contempla outros aspectos do processo.

O Princípio do devido processo legal, no Brasil, é uma das garantias constitucionais que a doutrina costuma denominar de superprincípio, visto que dele decorrem os outros, bem como constitui a base legal para aplicação de outros princípios relacionados, independente do ramo do direito processual a que se destine, inclusive no âmbito do direito administrativo.

Essa garantia, conforme amplamente reconhecido pela doutrina, assegura que inúmeros outros postulados, como os princípios do contraditório, da ampla defesa e da motivação, em que pese autônomos e independentes entre si, integrem-se totalmente nos incisos LIV e LV, ambos do artigo 5º da Carta Magna de 1988. Tais princípios ajudam a garantir a tutela dos direitos e interesses individuais, coletivos e difusos.

É incumbência do princípio do devido processo legal garantir os meios para efetivar os direitos garantidos ao cidadão pela nossa Constituição Federal, pois seriam insuficientes as demais garantias sem o direito a um processo regular, com regras para a prática dos atos processuais e administrativos.

Uma das características mais marcantes de um Estado Democrático de Direito é o direito de defesa que, por sua vez, é garantido pelo devido processo legal, através de um processo regular e com segurança jurídica nos tramites legais do processo, onde se verifica a vedação, e possibilidade de correção, de eventuais arbitrariedades.

É neste sentido que o devido processo legal passa a simbolizar a obediência às normas processuais estipuladas em lei, garantindo aos jurisdicionados-administrados um julgamento justo e igualitário com atos e decisões devidamente motivadas, resguardando as partes de eventuais arbitrariedades das autoridades jurisdicionais e executivas.

Em consonância com esta garantia do *due process of Law* e, melhor ainda, decorrente desta, o contraditório e a ampla defesa darão os contornos necessários à efetividade deste processo administrativo, visto que não se pode admitir no âmbito administrativo um mero arremedo de processo, mas sim uma via com a efetividade necessária para dizer o direito cumprindo todas as garantias constitucionais.

No processo administrativo é que se concentra o ponto de equilíbrio entre a Administração e os administrados e, bem por isso, é que as garantias e as regras devem ser claras para evitar qualquer possibilidade de arbítrio incorrigível. O contraditório e a ampla defesa servem a isso.

Pedimos permissão para trazer o ensinamento de Justem Marçal Filho sobre a importância destes institutos, nos seguintes termos:

Portanto, a garantia constitucional da ampla defesa não pode ter sua importância desmerecida. Ali se subordinam os procedimentos administrativos, cujo objeto versem sobre direitos individuais essenciais, à observância de ampla defesa e contraditório, com todas as garantias inerentes. [...] Trata-se de impedir que a competência estatal seja utilizada para sacrificar o interesse privado sem a possibilidade de o interessado fiscalizar a atuação dos agentes públicos e ser previamente ouvido (Marçal Filho, 1997, p. 74).

Em arremate Romeu Felipe Bacellar Filho apresenta o assunto nos seguintes termos:

As garantias constitucionais apresentam, por sua vez, dupla funcionalidade. Atuando (no processo administrativo), subjetivamente, na tutela de direitos dos administrados, comportam-se como 'garantia dos administrados'; e, objetivamente, ao prevenir e remediar violações do direito objetivo vigente, como 'garantias de legalidade' (...) O Art. 5º, inciso LV, situa o processo administrativo como garantia constitucional, fixando verdadeira regra geral de conteúdo (contraditório e ampla defesa como os meios e recursos a ela inerentes) e de previsão de exigibilidade (em face de litigantes ou acusados) (Bacellar Filho, 2003, p. 61).

Estando esclarecida a importância do contraditório e da ampla defesa, impende aduzir ainda que a decisão administrativa deve ser fundamentada, para efetivamente haver possibilidade de exploração da ampla defesa. É necessário que o julgador fundamente sua decisão para que a mesma possa ser controvertida ou tida como legítima e sustentável.

A necessidade da motivação das decisões é destacada como garantia constitucional inerente ao processo administrativo, no exato momento em que impõe

ao órgão julgador o dever de expor os fundamentos de fato e de direito que o conduziram à decisão prolatada.

Em que pese não seja consenso, parte da doutrina entende que:

A motivação é necessária para todo e qualquer ato administrativo, pois a falta de motivação ou indicação de motivos falsos ou incoerentes torna o ato nulo devido a Lei n.º 9.784/99, em seu art. 50, prevê a necessidade de motivação dos atos administrativos sem fazer distinção entre atos vinculados e os discricionários, embora mencione nos vários incisos desse dispositivo quando a motivação é exigida (Gasparini, 2005. p. 23).

A tese de que há necessidade de fundamentação em todo e qualquer ato administrativo, serve para evitar qualquer tipo de arbitrariedade do poder público, salvaguardar os cidadãos e cumprir o mandamento constitucional pertinente à moralidade administrativa. Para nosso caso, a fundamentação é indispensável para que haja garantida a plenitude do princípio da ampla defesa.

A doutrina arremata ainda sustentando “que o Princípio da Motivação impõe à administração Pública o dever de expor as razões de direito e de fato pelas quais tomou a providência adotada.” (MELLO, 2002. p. 70)

Está formado, pois, o tripé do devido processo legal. Ao que se observa, sob o prisma constitucional, o devido processo legal administrativo encerra verdadeira jurisdição, visto que diz o direito em sua esfera de competência, e deve respeito ao contraditório e à ampla defesa para evitar arbitrariedades, bem como suas decisões devem ser fundamentadas para permitir a regular exploração da ampla defesa.

#### **4 O PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL E O CONTROLE DE LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE**

Não há dissenso digno de nota na doutrina, nem na jurisprudência, administrativa ou judicial, sobre o fato de que a Administração Pública, em todos os seus atos, está vinculada à observância da legalidade, mormente na seara tributária onde incursiona sobre o patrimônio do contribuinte para angariar recursos para prover os serviços públicos a serem prestados aos cidadãos.

É o princípio da legalidade que norteia esses atos da Administração e que, segundo a doutrina:

(...) indica a necessidade de um ato normativo produzido segundo o procedimento infraconstitucional. Mais precisamente, o princípio da

legalidade significa a necessidade de uma manifestação de vontade dos órgãos constituídos pela Constituição, representativos da soberania popular (Justen Filho, 2005, p. 140).

A ideia de sujeição dos atos da administração pública à legalidade surge no direito Brasileiro em 1965, com o advento da Lei 4.717, que trata da ação popular. Na constituição de 1988, porém, referido princípio norteia todos os atos praticados pela administração, basta compulsarmos referido instrumento normativo que veremos no Artigo 5º, inciso II, no Artigo 37, *caput*, entre outros espalhados pelo corpo constitucional.

No âmbito do processo administrativo tributário, referido princípio ganha maior relevância, seja para as partes (administração e contribuinte), seja para os julgadores e, no presente trabalho, nos importa especificamente o aspecto do princípio direcionado os julgadores.

Isso porque é no princípio da legalidade que se sustentam, a legislação infraconstitucional e as decisões administrativas, para se recusar a apreciar o aspecto Constitucional da norma legal aplicada ao caso concreto tributário posto em julgamento.

A legislação ordinária pertinente ao Processo Administrativo Fiscal é enfática no seguinte sentido, vide Art. 26-A do Decreto 70.235/72 (Brasil, 1972).

O Artigo 62 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, criado pela Portaria 353 de 09 de junho de 2015, praticamente repete a norma legal, vide Art. 62. (Brasil, 2015)

Os instrumentos normativos infraconstitucionais anteriores, pertinentes ao assunto, possuíam mandamento semelhante, razão pela qual o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda editou, em 2006, a Súmula CARF nº 2: “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.” (Brasil, 2006). Referida súmula tem como paradigmas os seguintes julgados: Acórdão nº 101-94876, de 25/02/2005; Acórdão nº 103-21568, de 18/03/2004; Acórdão nº 105-14586, de 11/08/2004; Acórdão nº 108-06035, de 14/03/2000; Acórdão nº 102-46146, de 15/10/2003; Acórdão nº 203-09298, de 05/11/2003; Acórdão nº 201-77691, de 16/06/2004; Acórdão nº 202-15674, de 06/07/2004; Acórdão nº 201-78180, de 27/01/2005; Acórdão nº 204-00115, de 17/05/2005.



A jurisprudência dos dias atuais ainda é uníssona no mesmo sentido, admitindo-se alguma abertura para os casos de julgamentos de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal e, nos casos de recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça, entretanto, isso significa somente reconhecer uma inconstitucionalidade declarada pelo judiciário.

Nesse ponto impende incursionarmos sobre o espectro da legalidade e perquirir sobre a possibilidade de, a pretexto de buscar a legalidade, prescindir da análise da constitucionalidade da lei, ato normativo, tratado ou acordo internacional.

#### **4.1 Do Controle de Constitucionalidade no Processo Administrativo**

Antes de adentrarmos efetivamente nos argumentos sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade no âmbito administrativo, impende tecermos algumas considerações sobre o controle de constitucionalidade no Brasil, de modo a traçar suas características gerais do instituto para embasarmos os argumentos seguintes.

É certo que a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo pode ser questionada sob o aspecto formal (se obedeceu a forma prescrita na constituição para sua edição) e/ou sob o aspecto material (se a matéria poderia ser tratada por aquela via ou instrumento), pressupondo a existência de constituição rígida que estabelece procedimentos rígidos para edição das normas, bem como encerra limites materiais que não podem ser extrapolados.

Nesse sentido o controle pode ser Preventivo, exercido pelas Comissões de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, bem como pelo poder de veto do Executivo. Esse controle visa impedir que a norma ingresse no sistema eivada de inconstitucionalidade.

Uma vez inserida a norma no sistema o controle de constitucionalidade passa a ser Repressivo, feito pelo poder Judiciário de forma concentrada, por via de ação e em abstrato, ou, também pela via judicial, de forma difusa, pela via de exceção e perante o caso concreto. Para reconhecer a inconstitucionalidade de lei o poder judiciário precisa obedecer à reserva de plenário prevista no Artigo 97 da Constituição Federal, segundo o qual é necessária a maioria absoluta dos membros de um Tribunal para reconhecer tal vício.

Como se observa, o controle de constitucionalidade, no Brasil não fica adstrito exclusivamente ao poder judiciário, visto que tanto as casas do Congresso Nacional,

quanto o Executivo também podem fazer o controle da constitucionalidade nos casos previstos constitucionalmente.

A questão é perquirirmos se há possibilidade desse controle de constitucionalidade ser feito no âmbito da administração pública, quando do exercício da jurisdição no Processo Administrativo Fiscal. Importa consignar, desde logo, que não há consenso, razão pela qual passamos a discorrer sobre os argumentos aduzidos.

#### **4.1.1 Dos argumentos contrários**

Dentre os argumentos mais comuns adotados para sustentar a impossibilidade da autoridade julgadora reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, temos o princípio da separação dos poderes.

Esse é o argumento de Hugo de Brito Machado Segundo:

A autoridade julgadora de um processo administrativo não pode, conforme já acenamos, declarar a inconstitucionalidade de uma lei. Trata-se de decorrência julgarelementar do princípio da separação dos poderes, já assentada no âmbito da ... (Machado Segundo, 2010, p. 127).

Outros argumentos contrários consistentes em afastar a possibilidade de controle de constitucionalidade ser exercido por o órgão julgador administrativo são a insegurança jurídica para os administrados, que se relaciona intimamente com o princípio da legalidade estrita. Esse é o argumento de Wagner Balera, senão vejamos:

A legalidade, atributo inerente ao moderno Estado de Direito, impondo o dever de prestação ao súdito, também fixa os limites processuais de que pode se valer o Fisco para obrigar a pessoa ao cumprimento de tal dever. (...) Tanto as regras de direito material – definidoras da hipótese de incidência do tributo-, quanto as regras de direito processual – que configuram o procedimento de identificação e cobrança do tributo – devem ser estampadas na legislação tributária (Balera, 2002, p. 473-4).

E seguem os argumentos, desta vez passando pela hierarquia funcional, segundo a qual os julgadores são servidores do quadro do Executivo e a ele devem ser subordinados, visto que a recusa ao cumprimento de lei ou norma infralegal ao argumento de inconstitucionalidade seria de difícil ou impossível controle. Vitorio Cassone corrobora tal entendimento, ao sustentar que “A autoridade administrativa, como julgadora no processo administrativo fiscal, não pode deixar de aplicar a lei por

considera-la inconstitucional, em face da obediência do dever funcional e hierárquico” (Cassone, 2002, p. 381-2).

Outro argumento é no sentido de que seria um contrasenso a administração pública declarar inconstitucional um ato que ela mesma praticou, haveria aqui falta de interesse de agir. Ademais, se tal ato for revisto e anulado, por um órgão da própria administração, ela não poderia ir ao judiciário para corrigir o julgamento, restando consolidada a situação, ainda que o Supremo Tribunal Federal viesse reconhecer a inconstitucionalidade da norma. Hugo de Brito Machado defende tal argumento sustentando que “Acolhida a arguição de inconstitucionalidade, a Fazenda não pode ir ao judiciário contra a decisão de um órgão que integra a própria administração” (Machado, 2002, p. 153 e 154).

Sobre o argumento da presunção de constitucionalidade das leis Praxedes sustenta o seguinte:

A lei não pode deixar de ser cumprida por autoridade administrativa, em processo fiscal ou não, no entendimento de que ela é inconstitucional. É que impede sua insubmissão o princípio da presunção de constitucionalidade. De consequência, a inconstitucionalidade nunca se presume. Demais, a violação da constituição há de ser direta, manifesta. Ressalte-se que o princípio da presunção de constitucionalidade de lei é corolário do princípio geral da separação dos poderes (Praxedes, 2002, p. 236-7).

A reserva de plenário para apreciação de matéria constitucional no judiciário, prevista no Artigo 97 da Constituição Federal, para uma parte da doutrina, também constitui óbice ao acolhimento da tese de que o órgão administrativo poderia apreciar matéria constitucional. Entretanto, ao que nos parece, a extensão da referida exigência não constituiria óbice algum, tão somente uma regra a ser cumprida no processo.

Por fim, outro argumento rotineiramente utilizado, é o de que haveria incompetência do órgão julgador administrativo para julgar matéria pertinente ao âmbito constitucional, veja o ensinamento de Hugo de Brito Machado:

A conclusão mais consentânea com o sistema jurídico brasileiro vigente, portanto, há de ser no sentido de que a autoridade administrativa não pode deixar de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional, ou mais exatamente, a de que a autoridade administrativa não tem competência para decidir se uma lei é ou não inconstitucional (Machado, 2002, p. 153 e 154).

A vista do exposto, existem relevantes e contundentes argumentos no sentido contrário à possibilidade do órgão administrativo de julgamento apreciar e reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, visto que se assim procedesse estaria violando diversos princípios e regras legais e constitucionais.

#### **4.1.2 Argumentos favoráveis**

De outra banda, existem os argumentos favoráveis relevantes e que devem ser sopesados na apreciação desse tema, visto que parte relevante da doutrina também entende perfeitamente possível, e mesmo obrigatório, ao órgão julgador administrativo, reconhecer a inconstitucionalidade e afastar a aplicação de norma legal ou infralegal.

Ora, é de conhecimento comum na seara jurídica, que no constitucionalismo hodierno houve um deslocamento da constituição para o centro do sistema, irradiando sua força normativa para todos os campos do direito, de modo que a legalidade está intimamente ligada à ideia de alinhamento e efetivação dos preceitos constitucionais.

O primeiro argumento favorável que se levanta é o da manutenção do Estado de Direito Constitucional, visto que este não se sustenta se negarmos à administração pública o direito de controlar a constitucionalidade das leis.

A acuidade técnica de Ives Gandra Martins não deixa dúvidas sobre a gravidade do assunto, senão vejamos:

(...) Se a ampla defesa é assegurada no processo administrativo, não pode a autoridade administrativa negar-se a discutir matéria constitucional, visto que reduziria a defesa do contribuinte, que deixaria de ser “ampla” no processo administrativo.

Mais do que isto, se a autoridade administrativa tem a convicção de que a norma é inconstitucional, é sua obrigação, como servidora da lei, fazer prevalecer a norma constitucional e não a lei inconstitucional (Martins, 2002, p. 74-6).

Referido entendimento é corroborado no seguinte sentido:

O controle da legalidade do ato administrativo realizado pela autoridade administrativa, como julgadora no processo administrativo fiscal, se dá através do exame de validade e aplicação da norma ao caso concreto. Neste exame, quando ocorrente conflito de normas, a legalidade deve ser analisada também em face das normas constitucionais. Nesse sentido cabe ao órgão administrativo julgador, examinar as questões constitucionais suscitadas pelas partes, deixando de aplicar a lei inconstitucional ou ilegal no caso concreto (Malerbi, 2002, p.130-1).

Na defesa do Estado de Direito enfileira-se também, a corroborar, o argumento da Supremacia da Constituição, note-se:

A supremacia da constituição resulta, conseqüentemente, do seu caráter inicial e fundante do sistema jurídico.

(...)

Por conseguinte, todas as funções estatais devem reverência incondicionada aos comandos constitucionais à vista da indigitada supremacia formal (Silva Neto, 2013, p. 225).

A garantia da ampla defesa no processo administrativo fiscal, como garantia constitucional, também surge como fundamento a justificar o controle de constitucionalidade no âmbito do julgamento administrativo. É o entendimento de Wagner Balera, que afirma:

Defesa, em sentido amplo, é o poder jurídico em que se acha investido o litigante de arrazoar, com o armamento que o sistema jurídico lhe confere, todos os argumentos aptos a evidenciarem seu ponto de vista.

(...)

O relator do processo administrativo, investido pela lei de função administrativa judicante, deve examinar os argumentos de inconstitucionalidade invocados pela parte e, mediante voto fundamentado, decidir a respeito da matéria (Balera, 2002, 479-80).

Ao princípio da ampla defesa soma-se o fato de que o processo administrativo fiscal encerra verdadeira jurisdição e, como já analisado supra, significa dizer o direito em seu âmbito de competência e, ao dizerem o direito, estão aptos a apreciar a constitucionalidade dos atos e normas sobre os quais se manifestam o julgamento do caso concreto.

Na mesma linha advoga o princípio da eficiência inscrito no Artigo 37 da Constituição Federal, visto que seria impróprio e contrário a tal princípio aplicar norma inconstitucional e aguardar a correção pelo poder judiciário.

A doutrina, ao sustentar o princípio da eficiência como fundamento para o controle de constitucionalidade, a ele agrega o princípio da economicidade, senão vejamos:

A eficiência funcional é, pois, considerada em sentido amplo, abrangendo não só a produtividade do exercente de cargo ou da função, como a perfeição do trabalho e a adequação técnica aos fins visados pela Administração, para o que se avaliam os resultados, confrontam-se os desempenhos, e aperfeiçoam-se o pessoal através de seleção e treinamento.

Assim, a verificação da eficiência atinge o aspecto quantitativo e qualitativo do serviço, para aquilatar do seu rendimento efetivo, do seu custo operacional, e da sua real utilidade para os administrados e para a administração. Tal controle desenvolve-se, portanto, na trílice linha administrativa, econômica e técnica (Meirelles, 1999, p. 91-2).

Ao princípio da ampla defesa, soma-se ainda o direito de petição previsto no Artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a” da Constituição Federal, visto que referida garantia é dada ao cidadão para que ele tenha o direito de peticionar a qualquer órgão do poder público na defesa de direito, contra ilegalidade ou abuso de poder.

Esse direito de petição contempla pedido que implica em obter resposta fundamentada do poder público, de modo que à administração não é dado se recusar ao pronunciamento sobre a matéria questionada me sede de direito de petição.

O entendimento é corroborado nos seguintes termos:

No direito de petição, constitucionalmente previsto, se assenta o direito ao processo administrativo. O processo administrativo é gênero do qual o processo administrativo fiscal é espécie. Compondo o processo administrativo, a consulta fiscal – que consubstancia pedido de decisão da Administração, anterior a qualquer atitude desta em relação ao administrado – petionário – é direito (garantia ou faculdade) constitucionalmente assegurado. A decisão (objetiva, sem evasivas) se impõe como obrigação da administração (Rocha, 1996, p. 117).

Outro argumento favorável é pertinente à Moralidade Administrativa inscrita no Artigo 37 da Constituição Federal, segundo a qual a administração deve se portar de acordo com o padrão esperado pela sociedade e segundo preceitos éticos regularmente aceitos.

Esse fundamento exige que o aspecto constitucional não seja prescindido na análise do julgador administrativo, visto que isso constituiria causar prejuízo ao administrado em violação à moralidade, veja-se:

(...) o respeito à Constituição é fundamental para o devido processo legal administrativo. Se deixar de ser examinada a questão constitucional arguida pelo contribuinte em sua defesa, esse procedimento poderá resultar em dano, tais como dificuldades para a empresa no cadin, dificultando ou impedindo a participação em concorrências públicas e expedição de certidões negativas, penhora de bens em agressão ao seu patrimônio, enfim, prejudicará suas atividades normais, com a exigência de tributos indevidos e inconstitucionais (Rodrigues, 2002, p. 333).

Na jurisprudência administrativa encontramos julgados do Tribunal de Impostos e Taxas do Ministério da Fazenda de São Paulo no seguinte sentido: “O Tribunal de impostos e Taxas, por qualquer de suas Câmaras, é competente para

deixar de aplicar lei inconstitucional ou decreto ilegal em casos concretos.” (Processo SF 2713/95, decisão publicada no DOE de 25.07.1995).

No mesmo sentido a Câmara Superior de Recursos Fiscais tem debatido o assunto e, no acórdão CSRF/01-0866, se pronunciou que:

(...) o Conselho jamais declarou a inconstitucionalidade de lei, que é função específica e exclusiva da maioria absoluta dos membros dos tribunais judiciais (artigo 97 da CF). Mas, em alguns casos, o Conselho reconheceu que, em determinada situação concreta, a norma que deveria reger o nascimento da obrigação tributária estava eivada de algum vício que lhe retirava a eficácia, frente ao que dispõe o Sistema Constitucional Tributário. E, em função disso, o Conselho – no caso concreto – retirou-lhe ou limitou a sua eficácia no tempo (CSRF/01-0866, DOU de 22/09/1992).

Como se pode notar, existem argumentos também contundentes e relevantes no sentido da possibilidade do órgão administrativo de julgamento apreciar e reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, visto que se assim não procedesse estaria violando diversos princípios e regras legais e constitucionais, conforme exhaustivamente exposto.

#### **4.1.3 Argumentos intermediários**

Há ainda uma parte da doutrina a sustentar tese intermediária no sentido de que o controle pode ser feito pela administração, mas respeitados certos requisitos jurídicos restritivos ou condicionantes.

Os argumentos iniciam por vincular exclusivamente o controle de constitucionalidade das leis ou atos administrativos ao Chefe do Executivo, que representa a cúpula desse poder, de modo que seria vedado aos funcionários públicos subordinados a negativa do cumprimento da lei ao argumento de que seria inconstitucional.

A doutrina sustenta que:

(...) O princípio geralmente aceito é o de que não pode qualquer funcionário se recusar a cumprir uma lei, sob a alegação de que a mesma é inconstitucional, transformando-se em juiz de sua constitucionalidade. (...) o Poder Executivo, na orientação da Política Administrativa, pode verificar a constitucionalidade de uma lei e deixar de aplicá-la, usando um processo usual de interpretação que consiste na aplicação da lei hierarquicamente superior, que exclui, desde logo a aplicação da lei menor que com ela vem colidir (Cavalcanti, RDA,82, p. 377).

Acrescente-se a essa tese intermediária a linha sustentada no sentido de que somente nas hipóteses em que o congresso rejeita o veto presidencial é que este fica autorizado a se negar a cumprir a lei por inconstitucionalidade. Aqui se observa que a tentativa é permitir que o Executivo exerça o controle de constitucionalidade somente no veto ou, caso superada essa fase sem ato do executivo, este possa se manifestar em outra oportunidade e por outro meio.

Outro argumento enquadrado pela doutrina como intermediário, mas que em nosso modesto entendimento, nem chega a ser, é o reconhecimento da inconstitucionalidade previamente declarada pelo Poder Judiciário, visto que, nesse caso, trata-se de mera repetição e obediência a julgamento proferido no âmbito judicial.

É o que nos permite inferir a opinião de Kiyoshi Harada, nos seguintes termos:

Sim, a autoridade administrativa enquanto julgadora em processo administrativo fiscal, pode deixar de aplicar a lei por considerá-la inconstitucional. Entretanto, é sempre aconselhável que se aguarda o pronunciamento definitivo do Poder Judiciário acerca da matéria, em razão do princípio da presunção de constitucionalidade das leis em vigor (Harada, 2002, p. 373).

Com o devido respeito ao eminente jurista, aqui não se trata de afastamento da norma inconstitucional, trata-se de mera repetição do quando julgado pelo Poder Judiciário, portanto, não é julgamento, é obediência a uma decisão proferida contra a fazenda pública que é parte no processo administrativo, ainda que em outro processo.

Um pouco mais adiante, temos uma tese intermediária que, de forma bastante razoável, limita a apreciação da constitucionalidade aos órgãos julgadores administrativos, quais sejam, àqueles que exercem jurisdição administrativa no sentido de dizer o direito em sua área de competência. É o que se depreende do ensinamento de COSTA, no seguinte sentido:

Na hipótese de uma lei inconstitucional, sem dúvida alguma, o julgador administrativo deve e pode deixar de aplicar a lei ao caso concreto, mesmo que não tenha a liberdade que o magistrado tem, pois este exerce a sua função típica de julgar e possui, em decorrência, todas as garantias expressas pela Constituição Federal (Costa, 2002, p. 268-9).

A propósito, nesse ponto, uma distinção entre administração ativa e administração judicante, levada a efeito por Barros de Castro se faz pertinente, nesse



momento, para distinguir a função típica e a função atípica da administração, sendo esta última função consiste exatamente em julgar as demandas submetidas à sua apreciação, nos seguintes termos:

A Administração tem um único escopo: buscar, com base na lei, fatores e razões de interesse ou utilidade pública. Essa é, em última análise sua finalidade maior. Ocorre, no entanto, que a doutrina vem apontando outra função que não aquela, qual seja, a de solucionar conflitos surgidos entre administração e seus administrados, em decorrência de sua própria atuação, enquanto convergente dos interesses coletivos. A essa função Rubens Gomes de Sousa denominou “judicante”, em contraste com a que ele qualificou como “ativa” (Castro, 2008, p. 24).

Há quem sustente ainda, em sede de tese intermediária, que o controle de Constitucionalidade no âmbito administrativo, deveria ficar adstrita ao órgão colegiado de segunda instância administrativa, dada sua composição paritária e sua maior legitimidade democrática.

É o que sustenta Ricardo Mariz de Oliveira, nos seguintes termos:

(...)Já na segunda instância, que não deve subordinação na sua tarefa decisória, em tese é possível que o órgão julgador deixe de aplicar uma lei por considerá-la contrária à Constituição, por que a aplicação do direito, necessariamente contida em qualquer manifestação judicante, começa pela aplicação das próprias normas constitucionais. Não fossem por outras razões, basta lembrar que a obrigação tributária está regida pelo princípio da estrita legalidade, e estrita legalidade também significa estrita compatibilidade entre norma infra-constitucional e as superiores prescrições contidas na Constituição Republicana (Oliveira, 2002, p. 215.6).

A evidência de inconstitucionalidade é outro argumento da tese intermediária, segundo o qual devem haver razões peremptórias, claras e objetivas da inconstitucionalidade, caso contrário não poderia ser reconhecida. O problema aqui é que, em lugar algum teremos a segurança adequada para dizer se uma inconstitucionalidade é evidente ou não, data vênica, a pergunta correta é se é inconstitucional ou não.

Por fim, um último argumento intermediário refere-se à reserva de plenário que, nos termos do Artigo 97 da Constituição Federal, exige maioria absoluta para reconhecimento da inconstitucionalidade de lei no Poder Judiciário. Nesse caso, razoável se mostra entender necessária a reserva de plenário também no administrativo.

De acordo com o quanto fundamentado supra, é possível sustentar que existem também argumentos relevantes e fundados a sustentar as teses intermediárias atinentes ao controle de constitucionalidade no âmbito administrativo.

## **5 CONCLUSÃO**

O objetivo do Processo Administrativo Fiscal é dizer o direito, nos marcos da legalidade, e a matéria constitucional está indissociavelmente ligada à análise da legalidade de uma norma infraconstitucional ou infralegal, apreciação esta que deve ser feita dando maior efetividade às garantias do devido processo legal administrativo, nele contidos os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Em razão disso referido Processo Administrativo Fiscal encerra garantia constitucional do contribuinte, cuja função de dizer o direito no âmbito administrativo encerra competência de caráter jurisdicional na apreciação da legalidade, dentro dela, o aspecto constitucional da norma.

Como já visto no decorrer deste estudo a legislação e a jurisprudência insistem no objetivo de afastar do processo administrativo fiscal o direito de apreciação da matéria constitucional, sob argumentos diversos e que foram detalhadamente expostos acima, entretanto, a interpretação lógica do sistema normativo em cotejo com os princípios e normas constitucionais envolvidos não nos permitem a mesma conclusão, senão vejamos.

Deveras é preciso termos como ponto de partida que a validade da atividade administrativa depende de sua compatibilidade com a Constituição, portanto, os órgãos administrativos de julgamento, em sua busca incessante pela concretização do primado legalidade, jamais poderia, razoavelmente, prescindir da análise da constitucionalidade das normas legais e atos administrativos que manuseiam.

A legalidade prevista no *caput* do Artigo 37 da Constituição Federal deve ser entendida no aspecto amplo e, como tal, permite ao órgão julgador administrativo a apreciação dos fatos e provas postos a julgamento sob o aspecto da sua compatibilidade com as leis e com a constituição.

O Órgão Administrativo de Julgamento, como componente do Poder Executivo, deve respeito às Leis e à Constituição, razão pela qual seria absurdo, descumprir esta a pretexto de se estar cumprindo aquela. E isso se dá porque,

conforme consenso da doutrina, a obediência à Constituição precede à obediência à Lei.

No Artigo 78 da Constituição Federal, está consignado que “O Presidente e o Vice-Presidente da República tomarão posse em sessão do Congresso Nacional, prestando o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, (...)”, o que nos permite inferir que à Constituição o Executivo está **obrigado** a manter, defender e **cumprir** e, em segundo plano observar as leis.

Daí decorre que na busca pela legalidade, no âmbito administrativo, o órgão julgador administrativo pode encontrar conflito entre leis e/ou atos normativos com a Constituição e, quando isso ocorrer, deve-se dar a regular prevalência ao mandamento Constitucional, visto que à ele é que os poderes públicos estão efetivamente vinculados.

Se, por um lado, é certo que o aspecto da constitucionalidade deve fazer parte do julgamento da legalidade dos fatos e atos administrativos, juntamente com as provas colocados a apreciação do órgão de julgamento, por outro, o julgamento da matéria constitucional não pode ser feito de qualquer forma.

Como ficou evidenciado no decorrer do trabalho os órgãos administrativos de julgamento, legalmente constituídos, possuem a atribuição de dizer o direito em seus âmbitos de competências e, ao dizer o direito apreciando fatos e provas, estão exercendo função eminentemente jurisdicional.

Esse exercício da função jurisdicional está amparado na garantia do devido processo legal, fundado no inciso LIV do Artigo 5º da Constituição Federal, o qual tem como complementos específicos o princípio do contraditório e da ampla defesa garantidos ao processo administrativo por força do inciso LV, do Artigo 5º da mesma Constituição.

Ao alinhamento das garantias constitucionais retro mencionadas é possível concluirmos pela possibilidade do órgão administrativo de julgamento reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei, estando a corroborar tal entendimento todos os argumentos favoráveis descritos acima.

De outra banda, não seria razoável admitir que os órgãos administrativos de julgamento possam expungir a norma tida por inconstitucional do sistema como faz o Supremo Tribunal Federal. Aqui se sustenta que, com base na inconstitucionalidade, seja possível deixar de aplicar a norma tida por inconstitucional ao caso concreto.

Sim, porque o controle aqui, por óbvio, seria difuso e permitiria em um caso concreto o afastamento da aplicação da norma sob o fundamento de que a mesma seria inconstitucional, sendo esta a orientação de parte significativa da doutrina supra mencionada e, inclusive, já houve manifestação de Tribunal Administrativo nesse sentido, como sustentado acima.

Assim, diante do quanto fundamentado, é possível retomarmos as perguntas lançadas no início do presente trabalho e, sobre elas, consignarmos os fundamentos de uma resposta razoável. A uma primeira, e principal, pergunta, já podemos consignar resposta com relativa segurança é a de que é perfeitamente plausível discutir a constitucionalidade de uma norma e afastar sua aplicação ao caso concreto tributário em que se analisa a legalidade do ponto de vista do caput do Artigo 37 da Constituição Federal.

Quem pode reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma e afastar sua aplicação é o órgão administrativo de julgamento, detentor da jurisdição administrativa, que é a função atípica de julgar em seu âmbito de competência. O quando, é o momento da interpretação da norma e sua aplicação ao fato concreto, que ocorrerá nos julgamentos administrativos em todas as instâncias.

E como será feito isto? Por meio da técnica de negar aplicação da norma ao caso concreto, sob o fundamento de inconstitucionalidade, não retirando a norma do sistema e nem ferindo a norma Constitucional, visto que para isso há uma competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. CF. MAIA, Antônio Cavalcanti; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os Princípios de Direito e as Perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. *In: Os princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2001.

ALVIN, J. E. Carreira. **Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limond, 2003.

BALERA, Wagner. Processo Administrativo Tributário. *In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.)*. **Processo Administrativo Tributário**. 2 ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARBOSA, Ruy. **Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Cia Impressora, 1896.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. **CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS DO MINISTÉRIO DA FAZENDA** do Ministério da Fazenda. CSRF/01-0866, Diário Oficial da União de 22/09/1992.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei 70.235/1972**. Dispões Sobre o Processo Administrativo Fiscal.

BRASIL. **Portaria 353 do Ministério da Fazenda de 09 de junho de 2015**. Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

BRASIL . **Súmula 02/2006** do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda.

CASSONE, Vitorio. Processo Administrativo Tributário. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.) **Processo Administrativo Tributário**. 2 ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CONRADO, Paulo Cesar. **Processo Tributário**. São Paulo, Quartier Latin, 2004.

COSTA, Antônio José da. Processo Administrativo Tributário. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. 2.ed. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 268-9.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

HARADA, Kiyoshi. Processo Administrativo Tributário. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.) **Processo Administrativo Tributário**. 2 ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. Ampla defesa e arguição de inconstitucionalidade e ilegalidade no processo administrativo. **Revista dialética de direito tributário**. São Paulo: Dialética, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal filho. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Trad. Walter Stoner, 3 ed. Rio de Janeiro: Líber Iuris, 1995.

MACHADO, Hugo de Brito. Algumas Questões do Processo Administrativo Tributário. *In: **Processo Administrativo Tributário***. 2 ed. Coord. Ives Gandra da Silva Martins, São Paulo: RT, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. **Processo Tributário**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MALERBI, Diva. Processo Administrativo Tributário. *In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.) **Processo Administrativo Tributário***. 2 ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.) **Processo Administrativo Tributário**. 2 ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18 ed. São Paulo, Malheiros, 2005.

RODRIGUES, Marilena Talarico Martins. Processo Administrativo Tributário. *In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.) **Processo Administrativo Tributário***. 2 ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SÃO PAULO. Tribunal de Impostos e Taxas. **Processo SF 2713/95**, decisão publicada no DOE de 25.07.1995.

SILVA, de Plácido: **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: 28 ed. Forense; 2009

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

## **ATIVISMO JUDICIAL SOB A ÓPTICA DA NOÇÃO DE DIREITO COMO INTEGRIDADE EM RONALD DWORKIN**

JUDICIAL ACTIVISM FROM THE PERSPECTIVE OF THE NOTION OF LAW AS INTEGRITY IN RONALD DWORKIN

OLIVEIRA, Stella Mendes de<sup>63</sup>  
LEITE, Leonardo Delatorre<sup>64</sup>  
MORAES, Gerson Leite de<sup>65</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tende a se referir sobre o fenômeno jurídico do ativismo judicial que está ocorrendo frequentemente nas cortes contemporâneas. A abordagem sobre a narrativa deste fenômeno é relativizada pelo que se entende ser a atuação do julgador responsável na decisão de um litígio. Desta forma, o autor Ronald Dworkin debateu e verificou as diversas nuances que o ativismo judicial poderia causar ao ecossistema cultural jurídico e ao Direito em si. A discricionariedade do juiz se trata de uma temática relevante e pertinente para esta pesquisa, visto que estará no modo de interpretação do juiz, interpretação esta que formará o resultado decisivo. Assim, pode-se afirmar que este trabalho possui como objetivo nuclear analisar a postura do grande pensador contemporâneo no sentido da existência do ativismo judicial com o que realmente se compreende a significar este fenômeno.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ronald Dworkin. Ativismo judicial. Discricionariedade.

**ABSTRACT:** This article tends to refer to the legal phenomenon of judicial activism that is frequently occurring in contemporary courts. The approach to the narrative of this phenomenon is relativized by what is understood to be the performance of the responsible judge in the decision of a dispute. In this way, the author Ronald Dworkin discussed and verified the various nuances that judicial activism could cause to the legal cultural ecosystem and to the Law itself. The judge's discretion is important for this research, since it will be in the judge's interpretation mode that will form the decisive result. Thus, it can be stated that the main objective of this work is to analyze the position of the great contemporary thinker in the sense of the existence of judicial activism with what this phenomenon really is understood to mean.

---

<sup>63</sup> Mestranda em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Graduada em Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Vice-Líder do Grupo de Eventos do Programa de Pós-Graduação *Scricto Sensu* da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada e Consultora Jurídico.

<sup>64</sup> Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Graduando em Filosofia pela Universidade de São Paulo (USP). Bolsista PIBIC-CNPq (2018-2022). Licenciado em História e Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

<sup>65</sup> Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas/SP (PUCCAMP – 2003), doutor em Ciências da Religião pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP (PUCSP – 2008) e doutor em Filosofia pela Universidade Estadual de Campinas/SP (IFCH/UNICAMP – 2014). Licenciado em História (1996). Bacharel em Teologia pelo Seminário Presbiteriano do Sul (1999), graduado em Teologia pela Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP (2006), bacharel em Filosofia pela FFLCH.

**KEYWORDS:** Ronald Dworkin. Judicial activism. Judge's discretion.

## 1 INTRODUÇÃO

A existência de um texto normativo já é o suficiente para trazer questionamentos interpretativos no momento de aplicação dos dispositivos. Em vista que existiram gritantes diferenças no ecossistema da época em que a Constituição Federal de 1988 foi promulgada, a política se inseriu de modo convicto nos processos judiciais levando o papel do judiciário, por vezes, tangenciarem à política em suas decisões. Este fenômeno vem se tornando cada vez mais presente nos debates brasileiros, o que acaba por gerar também grande visibilidade e pressão sobre as decisões judiciais.

A presença do princípio de separação dos poderes<sup>66</sup> ressalta e frisa a impossibilidade da tomada de funções de um poder por parte do outro, entretanto, a ocorrência contemporânea do ativismo judicial, numa primeira análise, parece estar arruinando este primeiro pensamento já tão consagrado e consolidado. As cortes acabam por se tornarem protagonistas de matérias políticas-sociais de âmbito nacional, e assim, gera-se um avanço do judiciário sobre o espaço do Legislativo e Executivo<sup>67</sup>.

Logo, o olhar midiático sobre as decisões torna tudo mais patente, evidente e invasivo. Há também o fator de evolução das sociedades somado às controvérsias e problemáticas concernentes ao que se entende propriamente por decisão, seu alcance, elementos constitutivos, sua abrangência axiológica, isto quando mencionado seus elementos jurídicos. Interessante destacar também que existem transformações próprias no mundo jurídico, e isto se inclina compreendido quando, principalmente, se atrela ao Direito em si como forma de expressão de uma sociedade.

---

<sup>66</sup> O princípio da separação dos poderes, cujas origens remetem mais propriamente ao pensamento de Montesquieu, pode ser compreendido, na realidade, enquanto uma “vigilância mútua entre os poderes”. No entanto, é possível encontrar aspectos do princípio supracitado nas obras de John Locke e James Harrington. De qualquer modo, o ideal de vigilância mútua entre os poderes representa um aspecto constitutivo do republicanismo, que sempre frisou a imprescindibilidade da não concentração da autoridade pública, constatando, por conseguinte, a necessidade dispersão do poder político como condição para uma formatação institucional em prol da liberdade pública.

<sup>67</sup> Cabe destacar que a eventual “crise da representatividade” e as omissões legislativas também fomentam o ativismo judicial. “Nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral” (BARROSO, 2009, p. 16).



Trata-se aqui do destaque para o enraizamento social<sup>68</sup> do Direito, enquanto uma estrutura social complexa e dinâmica, dotada de caráter regulatório.

Quando se menciona sobre o fenômeno do ativismo judicial é compreensível vir à mente, num primeiro momento, um conjunto de decisões altamente discricionárias e expressamente subjetivas, uma vez que a própria pressão sensacionalista da mídia transmite isto. Ademais, a opinião pública também estabelece uma análise pejorativa em torno do fenômeno supracitado. Outra ideia que adere críticas no termo “ativismo judicial” é a revolução social ou interpretativa ocasionado por uma decisão, como se esta não tivesse sido definida com respaldo na lei ou Norma Suprema, estando apenas ali para entregar pensamentos subjetivos.

A afirmação segundo a qual a obra de Dworkin carregava consigo uma apologia categórica e expressa aos valores do ativismo judicial é passível de questionamento. Alguns autores e comentadores compreendiam que o mencionado autor fora um grande simpatizante da ação de uma “invasão” do judiciário sobre as competências de outros poderes estabelecidos, ou seja, praticamente de uma agressão à engenharia institucional democrática.

Ao contrário do que argumentam os defensores da autocontenção judicial, Dworkin não propõe uma invasão injustificada e antidemocrática do Poder Judiciário nos demais Poderes, mas uma nova forma de pensar a democracia. A teoria do direito como integridade é uma visão moralizante da atividade jurisdicional pela qual é possível compreender e explicar melhor o direito, sobretudo nos casos difíceis. Portanto, apesar de propor uma atuação do poder judiciário centrada em preocupações morais e não subserviente aos demais poderes, Dworkin não deve ser considerado um defensor do ativismo judicial (Medrado; Noya, 2016, p. 93).

Não obstante, compreende-se que a produção teórica de Dworkin carrega consigo uma duplicidade no debate sobre esta ocorrência, caracterizando-a enquanto necessária para a continuidade da orquestra da democracia, mas também, nunca acreditou que esta deveria ser absoluta e indiscutível. Num certo sentido, é certo que o pensador em questão almeja delimitar uma teoria da jurisdição constitucional de modo a associá-la à efetivação dos direitos individuais. Por outro lado, ele demonstra um esforço claro em reduzir os riscos advindos da atuação concretista dos juízes. Certamente, conforme já apresentado, a teoria construtivista do autor supracitado

---

<sup>68</sup> Acerca do enraizamento social do Direito, é premente frisar a concepção de regra de reconhecimento em Herbert Hart. A regra de reconhecimento seria um fato social, nitidamente empírico, mas serviria como paradigma de identificação e qualificação de uma regra como jurídica.

expressa um notável destaque a uma atuação concretista do juiz em vista da efetivação dos valores constitucionais. Ademais, era de se esperar que este jurista realizasse certa contemplação sobre o tema, uma vez que o ativismo no mundo jurídico – em destaque aos juízes e tribunais constitucionais – é um fenômeno característico da democracia atual e do próprio “neoconstitucionalismo”<sup>69</sup>.

Adiante, é por meio da compreensão de Dworkin que surgiu a ideia de “direito como integridade”, sobretudo, nas tomadas de decisões dos julgadores. Há, então, uma fusão entre o desenvolvimento de culturas sociais, ideal muito associado à moral, e o limite da discricionariedade interpretativa do juiz<sup>70</sup>; sendo viável afirmar que todo o trabalho se encontra disposto e ornamentado em conjunto, sobretudo, para que as ponderações sejam realizadas mediante uma correspondência pertinente com os princípios constitucionais. Em última instância, para o autor supracitado, cabe ao juiz atuar em conformidade com um conjunto coerente de princípios vinculados ao ideal político da comunidade na qual ele próprio se encontra.

Assim, o diálogo reflexivo a ser trabalhado neste artigo consta sobre a função designada ao Poder Judiciário e o formato de elaboração do quesito interpretativo de uma decisão judicial, dando espaço para a compreensão das fronteiras da discricionariedade do juiz no ato de decidir sobre certo litígio. Em conjunto, tende este

---

<sup>69</sup> A expansão da jurisdição constitucional é um dos traços do neoconstitucionalismo. É premente frisar que a expressão “neoconstitucionalismo” foi estabelecida inicialmente em 1993 pela jurista italiana Suzanna Pozzolo. No entanto, enquanto fenômeno, o neoconstitucionalismo remonta aos períodos posteriores à Segunda Guerra Mundial e reside, mais propriamente, num modelo de compreensão e interpretação do direito, especialmente, com a superação das correntes jusnaturalistas e positivistas. Em termos gerais, é possível estabelecer como traços essenciais deste fenômeno os seguintes aspectos: a importância atribuída aos princípios e valores como partes constitutivas do ordenamento jurídico; a ponderação ao invés de subsunção; a defesa de uma conexão entre Direito e Moral; a ênfase a uma justiça particular ao invés de uma justiça geral; a eminência do Poder Judiciário em detrimento dos Poderes Legislativo ou Executivo, sobretudo, com a crescente judicialização da política e das demandas sociais e, por fim, o grande peso atribuído à efetivação dos direitos fundamentais. É comum a menção de algumas características inerentes ao neoconstitucionalismo, tais como: democracia como fonte pós-metafísica de legitimação da ordem jurídica; a constitucionalização do direito; a legitimação do ativismo judicial; o entendimento de que os princípios figuram como normas jurídicas e o destaque para a força normativa da Constituição. Luís Roberto Barroso constata a existência de três marcos fundamentais do neoconstitucionalismo. O marco teórico seria a já mencionada força normativa da Constituição. O marco filosófico seria o pós-positivismo. Por sua vez, o marco histórico reside no constitucionalismo pós-guerra. Cf. BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Ademais, Cf. MAIA, Mário Sérgio Falcão. A recepção da teoria neoconstitucional pelo supremo tribunal federal brasileiro. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 5, p. 151-163, outubro/2009.

<sup>70</sup> Hart constata que a carência interpretacional das regras jurídicas encontra suas raízes na própria estrutura aberta das linguagens naturais. Quando o direito não usufrui de suficiência para a especificação e determinação exata de um estado de coisas, isto é, quando não é passível de verificação, no bojo do ordenamento jurídico, a presença de uma regra estabelecida para a solução, o juiz está encarregado de julgar conforme o seu arbítrio. Eis a conclusão decisionista de Herbert Hart.

trabalho em analisar a postura do grande pensador contemporâneo no sentido da existência do ativismo judicial, da expansão da jurisdição constitucional.

## **2 NOÇÃO SOBRE ATIVISMO JUDICIAL**

O trabalho no sistema judiciário foi se modificando com o passar do tempo. Há uma larga diferença de atitudes do judiciário quando estabelecemos uma análise comparativa entre o passado e o contemporâneo. Não havia tanta visibilidade e interesse popular como se tem na atualidade<sup>71</sup>, apenas existia o que é possível qualificar como revisão e apontamentos sobre dispositivos.

Por muitas vezes, o sentido sobre ativismo judicial é constatado de modo crítico, compreendendo que as decisões conferidas iriam para além de suas funções previamente estabelecidas pelo princípio de separação de poderes. Afinal, a visibilidade do ativismo judicial recairia sobre grandes questões de interesse popular e de matéria constitucional, referentes a um bloco de temáticas concernentes a qualquer cidadão.

A ocorrência deste fenômeno também está atrelada às causas coletivas propostas pelos Ministérios Públicos em favor da proteção e exercício dos direitos sociais. Ademais, não são raras as vezes em que é indispensável a escrita de uma sentença para o estabelecimento de política públicas, fato este que acaba atribuindo ao executivo o cumprimento de suas ordens judiciais.

O controle do ativismo judicial se estende até onde se compreende como função típica executada pelos juízes, sendo isto, uma atitude nitidamente de caráter político. Cabe destacar que este fenômeno usufrui de uma significação distinta no Brasil em relação ao que se é compreendido intencionalmente, uma vez que, no âmbito nacional, há uma discussão sobre a baixa efetividades dos direitos sociais em contraponto aos gastos governamentais, ao passo que, no exterior, a não previsão de direitos sociais na Norma Suprema acaba por não vincular necessariamente um movimento judicial em prol de efetivação de um “mínimo existencial” (APPIO, 2018, p. 41).

---

<sup>71</sup> Quando estabelecemos uma comparação entre “o passado e o futuro” da atuação do judiciário, o critério utilizado consiste na paradigmática inflexão neoconstitucionalista, bem como na referência da democracia como parâmetro de validade e legitimidade do ordenamento jurídico. A democracia como fonte pós-metafísica de legitimidade do Direito remete às transformações ocorridas no campo jurídico após os eventos da Segunda Guerra. Cf. PALMER, Robert Roswell. Notes on the Use of the Word “Democracy” 1789-1799. *Political Science Quarterly*, v. 68, n. 2, p. 203-226, 1953.

Portanto, é necessário o destaque para a diferenciação entre o ponto de vista sobre os direitos sociais no exterior – mais precisamente os Estados Unidos – com o do Brasil, uma vez que este fenômeno, em caráter nacional, busca a “concretização judicial de direitos sociais frente à alegação de escassez de recursos financeiros ou, até mesmo, do respeito à discricionariedade política dos chamados ramos eleitos pela população” (Appio, 2018, p. 43).

Em diversos pontos apontados por Ronald Dworkin existem críticas sobre a lacuna deixada pelo Positivismo Jurídico<sup>72</sup>, que seria o poder discricionário do julgador. Além disso, entende Travessoni que o “pós-positivismo, se é que ele existe, pode ser provisoriamente definido como uma tendência geral do pensamento atual, que procura resolver o incômodo legado deixado pelo Positivismo Jurídico: o poder discricionário” (Travessoni Gomes, 2011, p. 322). Sendo assim, a teoria construtivista de Dworkin<sup>73</sup> carregaria, em seu bojo, uma empreitada de oferecer propostas e soluções para eventuais falhas e debilidades verificadas no positivismo<sup>74</sup>. Sob essa perspectiva, afirma Habermas (2003, p. 252):

[...] a teoria dos direitos, elaborada por Dworkin, pode ser entendida como a tentativa de se evitar as falhas das propostas de solução realista, positivistas e hermenêuticas, bem como através da adoção de direitos concebidos deontologicamente, como a prática judicial pode satisfazer simultaneamente às exigências de segurança do direito e aceitabilidade racional.

De qualquer modo, é nítida a relação entre o ativismo judicial e a tese da discricionariedade judicial, enraizada no bojo das teorias positivistas.

Na teoria do direito, o ativismo judicial se relaciona com o poder discricionário do juiz. Quanto maior o poder discricionário do juiz, maior a possibilidade de ativismo judicial. A questão dos limites do poder jurisdicional é o cerne da crítica ao positivismo jurídico de autores como Hans Kelsen e Herbert Hart. Como afirmavam os seus críticos, os positivistas haviam percebido que a

---

<sup>72</sup> “O positivismo jurídico tentou garantir a consistência das decisões ligadas a regras e tornar o direito independente da política. Sublinhou o fechamento e a autonomia de um sistema de direitos, opaco em relação a princípios não jurídicos. Dessa maneira, resolve-se o problema da racionalidade dando primazia a um sistema de regras regulado por uma regra básica que decidirá a validade destas através de subordinações precisas. Privilegia-se a legitimação que se obtém por meio da legalidade, o processo correto da positivação ou da resolução em detrimento da fundamentação racional do conteúdo de uma norma” (MONICA, 2007, p. 83).

<sup>73</sup> A teoria construtivista-interpretativista de Ronald Dworkin é, ao mesmo tempo, normativa e descritiva.

<sup>74</sup> Na realidade, um dos maiores esforços de Dworkin residia, principalmente, na apresentação de propostas de soluções para eventuais contingências, falhas e lacunas verificadas nas grandes teorias do direito que se colocavam como empreitadas teóricas pertinentes para a resolução da problemática concernente à racionalidade da operação jurisdicional na era pós-jusnaturalista. Assim, o pensador supramencionado aponta as debilidades nas principais teorias acima destacadas, quais sejam: realista, positivista e hermenêutica.

Ciência do Direito não poderia estabelecer critérios para preterir uma dada interpretação em face das outras possíveis no mesmo caso. Segundo Kelsen, por exemplo, apesar de o cientista do direito e, de resto, todas as pessoas, poderem interpretar as normas jurídicas tal como lhe pareçam corretas para serem aplicadas ao caso, a decisão do juiz é a única que vale de fato como direito: é o juiz o intérprete autêntico das normas (Medrado; Noya, 2016, p. 97).

Nos acontecimentos internacionais é evidente a discussão sobre o “ativismo judicial” passando por momentos de ações ofensivas de presidentes dos Estados Unidos da América:

Assim, Richard Nixon, Ronald Reagan e George Bush prometeram em suas respectivas campanhas presidenciais acabar com a postura “ativista” da Suprema Corte, que, na visão deles, usurpava a vontade popular. Notadamente após a Segunda Guerra Mundial, o mundo ocidental assistiu a uma nova fase do direito constitucional, que assumiu progressivamente posição de destaque nos ordenamentos jurídicos, tornando a polêmica sobre o ativismo judicial ainda mais relevante (Medrado, Noya, 2016, p. 96).

Adiante, é premente apontar que o significado da expressão “ativismo judicial” também traz dúvidas e divergências de sentido. Nesse sentido, trata-se de um termo eminentemente polissêmico e plurissemântico, como apresentado a seguir:

O termo “ativismo judicial” tem denotações um tanto distintas, por exemplo: interpretação criativa da Constituição e das leis; extração de princípios não expressamente contidos na Constituição; julgamento em função dos resultados; legiferação pelo Judiciário; e falta de deferência aos demais Poderes. Ademais, o termo pode ter também significados bastante, referindo-se, por exemplo, à usurpação, pelo Poder Judiciário, dos poderes políticos democraticamente eleitos, ou à imposição, pelos juízes, de suas próprias convicções morais e políticas à sociedade. Há também, embora mais raro, sua utilização em sentido positivo, de algo que deva ser buscado, pois que necessário ao aprimoramento das democracias e respeito às liberdades individuais (Medrado, Noya, 2016, p. 97).

Assim, a alta fluidez do fenômeno traz uma certa incerteza acerca das condições de possibilidade de sua verificação. Entende-se que o ativismo judicial apenas existiria por conta do poder de discricionariedade do julgador, uma vez que é dentro desta própria dimensão discricionária que o juiz pode decidir sobre matérias do direito marcadas por lacunas no âmbito positivista, isto é, do direito posto.

Em matéria de decisão é justamente nela que está presente a atuação do poder discricionário, visto que o ato do julgador traz, de modo sensível, valores que estão presentes em sua dimensão íntima, e, assim, Dworkin tenta encontrar meios para compreender se certa decisão seria justa ou injusta, bem como se propõe a estabelecer critérios para especificar a medida do quanto a interpretação do juiz é

decisiva e influente para a resolução concreta do litígio. O pensador supracitado constata a imprescindibilidade de decisões consistentes e pertinentes associadas a um conjunto de regras. Em suma, as soluções para os litígios devem ser encontradas no próprio ordenamento jurídico e não em determinantes extrajurídicos. Em oposição ao positivismo, Dworkin reitera a necessidade de decisões “corretas” e “legítimas”, ou melhor, de decisões cujo conteúdo usufrui de uma validade sustentada por princípios, de tal modo que a discricionariedade do juiz seja mitigada, uma vez que o julgador não seria responsável pela criação de uma norma específica para o caso concreto, mas estabeleceria uma decisão ancorada e fundamentada em regras e princípios previamente instituídos.

É premente discorrer também acerca de um dos fatores que é decisivo na ocorrência do ativismo jurídico. A judicialização, uma tendência claramente presente no Brasil, demonstra que “algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral”, como bem aponta Barroso (Barroso, 2009 p. 23).

Em vista disto, muitos debates eminentes para a comunidade atual acabam estagnados nas cortes para uma arguição dos juízes, estando sob argumentação e interpretação do ato decisório. Com a volta do estabelecimento da democracia em 1988 parece que o Poder Judiciário ganhou uma nova função, a de impor o cumprimento dos dispositivos em geral e, principalmente, constitucionais, não se limitando apenas às pessoas naturais presentes no país, mas alcançando também os poderes Executivo e Legislativo. Portanto, este símbolo de balança, equilíbrio e justiça ganhou também vida política, que se manifesta explicitamente quando argumenta sobre matérias socialmente relevantes.

Destarte, o grande número de direitos constitucionais torna exponencialmente numeroso e extenso o bloco das possibilidades de preposição de pretensões jurídicas. O poder judiciário com a sua incumbência de ser um guardião de valores constitucionais ocasiona um terreno propício para o ativismo judicial: “A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (Barroso, 2009 p. 25).

Ademais, o atual Ministro Luís Roberto Barroso, em seu artigo sobre a temática do fenômeno jurídico aqui referido, ajuda a destacar claramente as diversas atitudes em que um juiz realizará participação com mais afinco no amparo dos valores historicamente constitucionais:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (Barroso, 2009 p. 26).

Em consequência, o juiz estará, ao realizar de certo modo o ativismo judicial, extraindo o máximo que conseguir da essência constitucional dos valores morais e evolutivos de uma certa sociedade. Logo, o Ministro do Supremo Tribunal Federal admite que esta ocorrência transmite argumentação justa sobre temas legais nebulosos, mas em seguida exterioriza o bloqueio do poder legislativo em conseguir pleitear certos temas:

O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica (Barroso, 2009 p. 27).

Porém, mesmo que exista um lado otimista sobre a realização de ativismo judicial, e que esta atuação esteja crescendo nas atuais democracias como fonte de debates político-sociais e aquisição de direitos, há repreensões em quais seriam os momentos adequados para utilizá-lo. O mencionado jurista expõe também a ocasionalidade em que atos pro-ativistas devam ocorrer, aplicando-se sempre em “momentos históricos determinados”, isto com o propósito de não banalizar as funções do direito (Barroso, 2009 p. 27). Em lado oposto à visão otimista desta ocorrência, Koerner demonstra que a política e o direito não devem se misturar. Caso essa mistura se concretize, haverá um comprometimento da Constituição, da democracia e do princípio de separação de poderes:

Ao ultrapassar essas fronteiras e ingressar num domínio que não lhe é próprio, o agente judicial — o juiz, um tribunal ou o Judiciário como um todo — produziria riscos, extrapolaria suas funções, distanciar-se-ia de seus

quadros de referência e atuaria sob o efeito de influências indesejáveis, como valores subjetivos, preferências, interesses, programas políticos (Koerner, 2013, p. 8).

Em suma, a existência de ativismo judicial é de surgimento contemporâneo, tendo em vista a fluidez de funções adquiridas pelo Poder Judiciário em decorrência da interpretação valorativa dos princípios constitucionais. No entanto, embora haja importância positiva neste acontecimento, o filósofo e jurista Ronald Dworkin parece serpentear neste ideal maniqueísta, como será apreciado a seguir.

### **3 DWORKIN E O “DIREITO COMO INTEGRIDADE”**

É possível fazer um paralelo entre o ativismo judicial e o ponto de vista de Ronald Dworkin. Primeiramente, pode-se abordar o conceito de “direito como integridade”, cunhado em sua produção teórica e que estabelece critérios de aceitabilidade racional de decisões judiciais, mitigando a possibilidade e a extensão da utilização da discricionariedade na atuação dos juízes. Esta discricionariedade mitigada estaria vinculada a parâmetros tangíveis que baseariam suas decisões, como precedentes jurisprudenciais (ilustrando a influência do sistema da *common law* no modelo do autor) e a própria tradição legislativa, o que formaria uma ordem e lógica de princípios galgados ao longo do tempo. Mesmo que os magistrados se deparassem com casos difíceis e específicos no exercício da atividade jurisdicional, segundo Dworkin, não estariam autorizados a invadir a atribuição do Poder Legislativo criando assim direitos ou até ampliar o alcance de direitos já estabelecidos na Constituição.

A defesa da liberação da interrupção da gravidez, amparado pelo direito da liberdade e autonomia, realizada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da década de 70 ilustra o apontado por Dworkin e vai em linha com suas ideias, uma vez que a decisão não seria uma guinada injustificada à defesa de um direito pertinente a um grupo político ou social definido, mas sim, uma decisão coerente a linha da jurisprudência da Suprema Corte (Appio, 2018, p. 44).

Assim, fica claro o compromisso da concepção de “direito como integridade” com determinados padrões históricos de moralidade<sup>75</sup>, se afastado de uma

---

<sup>75</sup> “Sob os argumentos de princípio político se legitima a jurisdição, afirmando os direitos revestidos de conteúdo moral que os indivíduos têm, ao mesmo tempo afastando qualquer cálculo de racionalidade utilitarista que não leve em conta a igual consideração e respeito. Assim, encontramos o papel da moralidade política: se consubstanciar de maneira efetiva à prática jurisdicional fornecendo o material necessário à justificação proposta na hipótese estética e no direito enquanto integridade” (SILVA; FERREIRA, 2007, p. 6141).



“autonomia despótica” dos juízes do exercício de sua atribuição que lhe permita criar o direito ou direitos conforme seu desejo. Antes de especificar com maior profundidade o ideal interpretativo de integridade do ordenamento jurídico, cabe mencionar que Dworkin discorda das teses positivistas, sobretudo, da equiparação que elas estabelecem entre normas jurídicas e regras jurídicas. O Direito seria uma entidade real vinculada a uma dimensão axiológica. Tal equiparação ignora a função que os princípios desempenham na racionalidade<sup>76</sup> e na justificação das decisões judiciais. Em vista disso, pode-se dizer que Dworkin não adota uma abordagem meramente descritiva do Direito.

Dworkin reestabelece a conexão entre o direito e a ética a partir da distinção do modelo de regras e princípios, em que o sistema jurídico passa a ser composto não somente por regras, mas também por princípios que incorporam uma interpretação moral na solução de determinados casos. Esses princípios se originam daquilo que é “apropriado, desenvolvido pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo. A continuidade de seu poder depende da manutenção dessa compreensão do que é apropriado”. Assim, a validade do direito provém de atividade interpretativa realizada pelo julgador, unindo “os discursos de aplicação e justificação [...] em um só sistema jurídico. Os princípios decorrem da atividade interpretativa-reconstrutiva do juiz” (Sarmiento, 2014, p. 7).

Diante dos fatos supracitados, constata-se que Dworkin combate uma visão pragmática e engessada do direito, estabelecendo, desse modo, um contraponto ao convencionalismo defendido por Kelsen e Hart<sup>77</sup>, uma vez que é papel e

---

<sup>76</sup> É imperioso ressaltar que a teoria do direito de Dworkin se propõe a destacar a importância de critérios de aferição para a consistência das decisões judiciais.

<sup>77</sup> O pensamento de Herbert Hart pode ser qualificado enquanto um positivismo inclusivista e institucionalista, que concebe o direito como um fenômeno cultural modelado pela linguagem, bem como na qualidade de uma estrutura social complexa, dotada de um caráter regulatório. Para Hart, a teoria do Direito consistia numa ramificação da Filosofia do Direito. Enquanto um jus positivista analítico, o autor parte da tese da separabilidade entre Direito e Moral e, por conseguinte, constata que a validade do Direito não se encontra numa dimensão axiológica. Não é da justaposição do direito e da moralidade que decorre a legitimidade jurídica. Ademais, é importante frisar que Hart rejeitava a visão imperativista de John Austin, o qual afirmava que as regras representavam meramente imperativos de comando. Na realidade, o pensador positivista em análise parte de um entendimento interpretativo e de uma descrição comportamental externa das regras sociais, ressaltando o enraizamento social do Direito (tese das fontes sociais do direito), especialmente, na assertiva segundo a qual a regra de reconhecimento constitui, em seu íntimo, um fato empírico social. É nesse sentido que Neil MacCormick caracteriza a teoria geral e descritiva de Hart enquanto uma “abordagem hermenêutica”, que leva em consideração o ponto de vista interno do participante do sistema. É imprescindível compreender o sentido da relação da regra com o destinatário, ou seja, o ponto de vista interno daqueles que tomam as regras como premissas de suas condutas. Ora, em vista disso, o ponto de vista interno seria o modo pelo qual tomamos a norma jurídica como válida e legítima. A própria regra de reconhecimento, enquanto fundamento de validade, não é ela mesma enunciada teoricamente, visto que se trata de um fato social. “A regra de reconhecimento estabelece um critério ou critérios segundo os quais uma norma é identificada. A existência da regra de reconhecimento é uma questão de fato, empírica; na maior parte das vezes sua existência não é enunciada. Esta regra é distinta das outras regras do sistema e sua natureza vai depender do ponto de vista com o qual se encara o Direito (interno

responsabilidade do Poder Judiciário a verificação da correspondência de princípios constitucionais implícitos e explícitos nas leis produzidas pelo poder legislativo, as quais, eventualmente, podem ofender o padrão de moralidade coletiva. Deste modo, conforme análise de Dworkin (2003, p. 181), “em um regime convencionalista, os juízes não se considerariam livres para alterar regras adotadas conforme as convenções jurídicas correntes, exatamente porque, após o exame de todos os aspectos da questão, uma regra diferente seria mais justa ou eficiente”.

A dignificação da atuação ativista do juiz, em interpretação a obra de Dworkin, se dá apenas se tratando de hipóteses em que uma maioria legisla em causa própria com o objetivo de minar direitos fundamentais de um grupo determinado de indivíduos por características que fogem de sua autonomia (tal qual raça e gênero), na situação específica que a declaração de inconstitucionalidade da lei (atribuição usual das Supremas Cortes) não sanaria os efeitos causados por esta.

Essa atuação jurisdicional em adotar medidas para proporcionar uma “justiça como equidade”<sup>78</sup> bebe da fonte da obra de John Rawls, sintetizada na obra de

---

ou externo). A regra de reconhecimento está diretamente relacionada à validade das outras regras do sistema, uma vez que ela estabelece os critérios de validade destas normas. Neste sentido, ela seria a regra última do sistema. Ao mesmo tempo, a existência de uma única regra de reconhecimento caracteriza a existência de um ordenamento jurídico. Ela é concebida como sendo o fundamento deste” (KOZICKI; PUGLIESE, 2017). Cf. HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. Trad. A. de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 1ª edição, 2009.

<sup>78</sup> Por certo, o liberalismo constitucional de John Rawls exerceu um papel importante para a teoria do direito de Dworkin. Num certo sentido, é possível identificar três fases da produção teórica de Ronald Dworkin. A primeira consistia num delineamento de uma teoria do direito em sentido estrito mediante, primeiramente, a desconstrução do positivismo, nitidamente o juspositivismo de Herbert Hart. A segunda residia na formulação e desenvolvimento da chamada “teoria interpretativista”. Por fim, a terceira representou uma retomada do liberalismo igualitário de Rawls, cujas afirmações cruciais consistiam na defesa da imprescindibilidade de uma igual distribuição das liberdades de base, representadas pelo conjunto das liberdades civis e das liberdades políticas, estas encarregadas de atribuir um conteúdo, ou seja, um valor real e equitativo às liberdades de primeira geração, as quais são qualificadas meramente como formais. De certo modo, como estratégia argumentativa, Rawls retoma o contratualismo, mas o faz a partir de conceitos como “posição original” e “véu de ignorância”. Neste sentido, constata Alberto Ribeiro Gonçalves de Barros (2020, p. 45): “O primeiro princípio da justiça, escolhido na posição original (quando os membros de uma sociedade se encontram por detrás do hipotético véu de ignorância, ou seja, sem saber quais serão suas habilidades e limites naturais, sua classe social, sua situação econômica, enfim, sua futura posição na sociedade), unifica esses dois tipos de liberdade e os defende como um todo, demandando que uma igual liberdade de base seja garantida a cada pessoa”. Percebe-se que, na compreensão de Rawls, não basta afirmar de modo abstrato a igualdade das liberdades de base, visto que é necessário saber se as desigualdades econômicas e sociais não comprometem o seu exercício e aproveitamento. Desse modo, o autor em questão rejeita as diversas manifestações do liberalismo que são impotentes de compreender o social sem incorrer a um fundamento ancorado numa ontologia atomista meramente individualista. John Rawls se vincula a uma ontologia social relacional, baseada no princípio da reciprocidade e da publicidade. Ele afirma que os fins humanos são plurais e diversos, vinculando-se, assim, a uma ética do pluralismo, mas reconhece que, para se evitar a instauração de um domínio autoritário, é indispensável que a unidade da comunidade se estruture a partir de uma concepção pública do justo.

Dworkin na ideia do juiz Hércules, que deverá atuar de maneira independente a juízos políticos em situações completamente inovadoras, que não sejam contempladas pelas hipóteses previstas no ordenamento ou que a solução seja oposta à moralidade em voga, devendo solucionar tais dificuldades a partir de princípios que tomem em consideração o dever de igualdade e respeito entre todos.

Neste debate filosófico-jurídico, é importante mencionar que, para Dworkin, os princípios são resultados do entendimento da comunidade do que seriam seus valores, podendo serem aplicados de modo progressivo, sempre dosando seu peso numa respectiva matéria. Desta forma, o referido autor foi importante em influenciar a centralização dos princípios no ordenamento jurídico, causando referido destaque a estes. Os princípios, assim, serviriam como fundamentação argumentativa das decisões judiciais. Em suma, regras e princípios são padrões argumentativos, de tal modo que os princípios integram o fenômeno jurídico e tornam o direito permeável à moralidade.

A apresentação da Constituição como um simples conjunto de regras independentes e historicamente limitadas não passa de um disfarce para uma atitude judicial que não respeita princípio algum e se baseia tão-somente nas convicções políticas ou morais do juiz, o qual não se vê sujeito às restrições que necessariamente se impõem quando a Constituição é tratada com uma carta de princípios (Dworkin, 2006, pp. 206-207).

Acerca do pensamento de Dworkin, discorre Lourdes Santos Pérez (2003, p. 351):

Na opinião do autor, obtém-se uma melhor compreensão do processo judicial caso se admita que o direito está integrado não só por regras positivas, mas também por princípios, classe de normas que não são criadas deliberadamente, mas cuja existência verificamos na solução do processo de casos difíceis, e que mantêm uma relação interna com as normas vigentes na medida em que as informam, lhes dão justificação e, ao mesmo tempo, orientam a interpretação de todo o material jurídico.

É a partir da compreensão acima apresentada que o entendimento de “integridade do direito” adquire maior relevância no bojo da teoria construtivista de Dworkin. Para a aplicação ordenada dos princípios, o autor em análise constata que o juiz deve agir em conformidade com um conjunto coerente e coeso de regras e princípios, estes vinculados às nuances da vida comunitária. Sob essa perspectiva, discorre Sarmiento (2014, p. 9): “ quando o juiz analisa o caso e nota a possibilidade

---

Cf. RAWLS, John. **A Teory of Justice**. Harvard: Harvard University Press, 1971. Ademais, Cf. RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993.

de aplicar mais de uma norma, a escolha entre as interpretações normativas deve ser aquela que melhor se harmoniza com o papel o sentido das instituições, bem como com a moral da sociedade”. Do mesmo modo, afirma Giovani Savedra (2006, p.7) :

O princípio judiciário da integridade, portanto, instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor- a comunidade personificada- expressando uma corrente coerente de justiça e equidade. Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam de princípios de justiça, de equidade e do devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.

Tendo em vista que no Brasil há uma sobrecarga de casos nos tribunais superiores, e em sua grande maioria de alta dificuldade, o ponto de vista de Dworkin vem auxiliando os atos decisivos, de modo que haja uma delicada interpretação de princípios, especialmente, quando se trata de um âmbito de discussão entre direito e moral. Deve-se ressaltar que esta aplicação principiológica, quando realizada pelo devido aplicador do direito, parece fomentar ainda mais a difusão de método interpretativo da integridade do direito, e, favorecendo, desse modo, uma aparente diáspora da discricionariedade.

Com o poder da interpretação constitucional concedido ao juiz, Dworkin compreende que deve ser realizada por este uma espécie de “leitura moral da Constituição” (*moral reading of the constitution*), isto é, uma observação intrinsecamente conectada com os valores e a bagagem histórica daquela sociedade. Desta maneira, não há espaço para uma leitura eminentemente subjetiva e sentimental da matéria pelo judiciário.

A visão interpretativa deve estar sempre acompanhando a efetividade dos direitos dos indivíduos, entretanto, o juiz não deixa de ser um humano, e assim, está plausível e suscetível ao erro. Nesta reflexão existem possibilidades de atos de “tirania”, levando Dworkin a realizar estratégias que reduzissem a ampla discricionariedade do poder judiciário. Posto isto, é compreensível que o autor seja contrário às atitudes decisivas que transbordam e eventualmente emanam da interpretação moral da Constituição. E novamente, o sentido sobre o conceito de integridade constitucional, isto é, o respeito ao conteúdo da Norma Suprema, deve estar sempre presente enquanto um valor real:

Para Dworkin, os juízes não são livres para impor suas próprias convicções, mas que devem encontrar um juízo coerente com o desenho estrutural da Constituição. Sendo assim, a teoria dworkiniana só pode ser bem compreendida no contexto do direito como integridade. É que os operadores do direito estão inseridos em uma prática interpretativa que deve obediência à integridade – o princípio de responsabilidade política pelo qual decisões políticas ou judiciais do passado, como leis, precedentes e constituição, devem resultar em um conjunto coerente de princípios (Medrado; Noya, 2016, p. 102).

Neste conjunto de dogmas que o juiz deve observar, o “direito como integridade”<sup>79</sup> se relaciona com a evolução da sociedade, a qual dita e está escrita na narrativa constitucional de respectivo país. Então, ao momento em que o juiz decide sobre uma causa, esta decisão deve estar versada em conformidade com o conteúdo constitucional inteiriço, concordando com cada parte da história contada por aquele povo, para que tenha uma essência em comum, um valor substancial, um arcabouço axiológico.

Como queria Dworkin, não há outro caminho para o direito contemporâneo senão o enfoque nos princípios jurídicos como um caminho para a resolução e legitimação das decisões judiciais. Ao contrário do que pregam os seus críticos, Dworkin enfrentou e deu soluções para o problema do poder discricionário do juiz. Bem entendido, Dworkin não é um defensor do ativismo judicial, mas um crítico da inércia do direito que ele diagnosticou no positivismo jurídico [...] Entretanto, isso não significa dar ao juiz o poder de ser ativista, mas, ao contrário, é uma busca de firmar os limites do poder jurisdicional segundo uma visão principiológica do direito (Medrado; Noya, 2016, p. 105).

Sobre este acontecimento, Dworkin aponta com um racional metáfora de “romance em cadeia” (*chain novel*), em que os juízes devem trabalhar como se fossem escritores de um único romance, sendo cada um destes responsável por uma parte da narrativa, cuja estruturação, no final, tenha regularidade e coerência de composição, sem subjetivismos ou discrepâncias. Neste sentido é compreendido que:

A tese do direito como integridade tem por base a ideia de que a história constitucional deve ser construída em harmonia com a evolução histórica do povo. Nesse sentido, um sistema jurídico é tão mais justo na medida em que as decisões que decorrem dele são coerentes e harmônicas com o momento

---

<sup>79</sup> “A teoria do direito como integridade afirma a existência de uma relação interna entre direito e moral. De fato, Dworkin aponta que a prática jurídica- principalmente a prática jurisdicional- está sujeita a um requisito de justificação que não pode ser satisfeito apelando para meras convenções, mas requer o recurso a princípios, e que esses princípios devem entrar no processo de justificação como princípios morais. Embora os juízes não possam decidir com base em seus próprios princípios, mas sim com base nos princípios do sistema, a integridade exige que eles os apliquem não como meras crenças convencionais, mas como princípios morais genuínos com a pretensão de serem corretos” (SANTOS PÉREZ, 2003, p. 356).

histórico e com a moralidade, apreendida da cultura institucional (Medrado; Noya, 2016, p. 102).

Em relação à temática axiológica, o juiz deve então buscar a defesa e utilização de argumentos de princípio, isto é, o exercício da justiça ou qualquer valor que pertença ao sentido moral da sociedade. O juiz deve almejar respostas concretas, sobretudo, por meio de uma interpretação construtivista<sup>80</sup> do ideal político de comunidade na qual ele próprio se encontra incluído. Nas palavras do próprio Dworkin (2010, p. 305):

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem os casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica da sua comunidade.

Nesta caminhada de ideias, Dworkin delimita o exercício do judiciário, sendo que este, ao utilizar os “argumentos de princípio” o faz tendo em vista a garantia dos direitos individuais essenciais, afastando-se, idealmente, de qualquer matéria do coletivo, assunto este típico dos poderes Executivo e Legislativo. Neste sentido, a existência de qualquer respingo de conteúdo político<sup>81</sup> numa decisão teria potencial de prejudicar o princípio de separação dos poderes, como também, comprometeria o exercício decisório vinculado ao ideal interpretativo do “direito como integridade”.

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige (Dworkin, 2007, pp. 451-452).

---

<sup>80</sup> “A interpretação construtiva propõe atribuir o maior valor para a maior eficácia das práticas sociais, mesma forma traçada pela hipótese estética quando busca o melhor sentido interpretativo a obra estudada. Analogamente, o problema da arbitrariedade do interprete é suplantado pelo respeito aos limites históricos da compreensão de dada prática, esboçada na interação do segundo passo, cuja interpretação não deve desvirtuar a prática social inventando outra prática distinta daquela estudada” (SILVA; FERREIRA, 2007, p. 6132).

<sup>81</sup> “Como cada juiz tem a sua disposição, dados os sistemas jurídicos modernos, mais de um princípio ele terá de fazer uma escolha sobre quais dele deverá operar. Aqui entra, novamente, o papel da moralidade política: nortear o magistrado no trânsito dos argumentos de princípio político e/ou procedimento político. Dworkin não descarta a hipótese do magistrado decidir, segundo este último argumento, entretanto em sua filosofia a justiça é melhor realizada quando apoiada nos princípios políticos, pois são centrados nos direitos morais dos indivíduos, estão acima de qualquer risco de opções arbitrárias da coletividade, desprovidas da devida isonomia esboçada em sua releitura do imperativo categórico kantiano” (SILVA; FERREIRA, 2007, p. 6141).

Dworkin então parece discordar, em partes, com a atuação de um juiz altamente ativista<sup>82</sup> suscetível de ignorar por completo a história linear de interpretação de valores morais e constitucionais. Para o autor, o ativismo judicial precisa de limites, não podendo confundir suas funções principais com as dos outros poderes, e nem aplicar suas opiniões subjetivas e arbitrárias por meio de prolações de decisões.

Dworkin indicou a pedra de toque para o êxito da jurisdição constitucional contemporânea: a aproximação entre o Direito Constitucional e a Filosofia Moral. Isso porque não há fórmulas mecânicas capazes de balizar a atuação judicial, tampouco existem estratégias de interpretação constitucional politicamente neutras. Em verdade, a boa interpretação jurídica consiste na melhor interpretação moral e, por isso, a restrição genuína está na boa argumentação (Medrado; Noya, 2016, p. 106).

Apesar de destacar limites para um judiciário ativista, Dworkin, de fato, constrói a figura de um juiz extremamente sábio, com potencialidades de compreensão sobre-humanas, visto que seria capaz de uma ter um panorama holístico do sistema legal. Sob essa perspectiva, o juiz em questão teria habilidades para distinguir o direito válido do direito não válido mediante um entendimento amplo de todos os valores e modos de vida da comunidade. Eis a figura do juiz Hércules. Acerca disso, discorre Habermas (2003, p. 263):

Dworkin sabe que, para desempenhar essa tarefa, é preciso pressupor um juiz cujas capacidades intelectuais podem medir-se com as forças físicas de um Hércules. O “juiz Hércules” dispõe de dois componentes de um saber ideal: ele conhece todos os princípios e objetivos válidos que são necessários para a justificação, e ao mesmo tempo, ele tem uma visão completa sobre o tecido cerrado dos elementos do direito vigente que ele encontra diante de si, ligados através de fios argumentativos.

---

<sup>82</sup> Interessante ressaltar que a defesa, por parte de Dworkin, de um judiciário ativo em prol da efetivação dos direitos individuais encontra respaldos no método construtivista sustentado por John Rawls. “Rawls denomina como construtivismo um método de acomodação de interesses políticos que usa a razoabilidade como método de reflexão discursiva do cidadão. Este atua perante as instituições no sentido de assegurar suas pretensões de modo tolerante com as pretensões dos demais cidadãos, realizando a formação do consenso sobreposto através do exercício de razões justificáveis publicamente, selecionando doutrinas razoáveis. As ações afirmativas são um meio de realizar políticas públicas que promovam a igualdade. Rawls quis que a construção judicial dessas políticas, isto é, quando o judiciário intervém e obriga o Executivo a implementá-las, ampliando os efeitos da lei pela interpretação do caso concreto, fosse feita pelo construtivismo político como meio do liberalismo político [...] Para a promoção da igualdade, Rawls objetiva um judiciário ativista. O fim do Direito é servir à Política como busca da igualdade, e não aferrar-se a um formalismo abstrato” (LIMA, 2019, pp. 46-48).

Não obstante, o entendimento da atuação de um “juiz Hércules” parece estar na contramão da ética do pluralismo<sup>83</sup> das democracias contemporâneas. Com base na defesa da intersubjetividade dialógica, Habermas reitera a construção coletiva da verdade, retomando, desse modo, um argumento epistêmico<sup>84</sup> em prol da democracia. “Precisamente o ponto de vista da integridade teria que libertar Hércules da solidão de uma construção teórica empreitada monologicamente [...] o juiz singular tem que conceber sua interpretação construtiva como um empreendimento comum” (Habermas, 2003, p. 276). O “politeísmo de valores” reitera a necessidade de uma ética do discurso, que se opõe à supremacia de interpretações monológicas. O regime democrático seria a concretização do princípio do discurso. É justamente a partir da compreensão supracitada que Habermas acusa o “juiz Hércules” de Dworkin de constituir, em última instância, um princípio solipsista, “sobrecarregando o juiz ao exigir-lhe uma reconstrução monológica racional do direito vigente [...] Hércules não dialoga, é solitário [...] não cria laços argumentativos com a comunidade” (Monica, 2008, p. 12). Ao invés de interpretações monológicas, Habermas (2003, p. 277) advoga em prol de uma “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”<sup>85</sup>. Desse modo, “melhor ancorar as exigências ideais feitas à teoria do direito no ideal político

---

<sup>83</sup> Acerca da ética do pluralismo, é importante mencionar a produção teórica de Isaiah Berlin, sobretudo, em sua concepção de “Teoria das Verdades contraditórias”. Cf. BERLIN, Isaiah. *Two concepts of Liberty*. In: BERLIN, Isaiah. **Four Essays on Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1969.

<sup>84</sup> O entendimento de “fecundidade do antagonismo” e a compreensão de construção coletiva da verdade estão presentes na perspectiva de John Stuart Mill acerca da democracia representativa. De certo modo, o ideal normativo de democracia deliberativa de Habermas guarda aspectos dos ideais de Mill. Para Stuart Mill, A democracia passa a ser vista como um fato social, ou melhor, um tipo de sociedade, que promove uma crescente “democratização das relações sociais”, cujos valores promovem a inclusão de todos os grupos sociais na participação política e na construção coletiva da verdade, mediante, sobretudo, um “conflito agonístico” que se realiza na deliberação para além das instituições governamentais. Cf. HABERMAS, Jürgen. “Três modelos normativos de democracia”. **Lua Nova**, nº 36, p. 39-53, 1995. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade I e II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. MILL, John Stuart. *On Liberty* (1859) and “Considerations on Representative Government” (1861). In: **Utilitarianism, Liberty and Representative Government**. London: J.M. Dent, p. 65-170; 175-393, 1974.

<sup>85</sup> Trata-se de uma ideia sustentada por Peter Häberle, responsável pelo desenvolvimento de uma hermenêutica constitucional, levando-se em consideração não apenas os objetivos e métodos de interpretação, mas os participantes do processo interpretativo. Reiterando o pluralismo das sociedades democráticas contemporâneas, Häberle sustenta uma abertura interpretativa da Constituição, reiterando uma espécie de Constituição aberta, que se apresenta enquanto uma ordem objetiva de valores, cuja manifestação é incompleta e com indeterminação de significado. Numa sociedade aberta de intérpretes, diversos agentes interpretariam e aplicariam os valores constitucionais de forma plural, em vista de uma construção coletiva da verdade. “No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição [...] Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive este contexto é, indireta ou até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode tradicionalmente do processo hermenêutico” (HÄBERLE, 1997, p. 13).



da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, ao invés de apoiá-las no ideal da personalidade de um juiz que se distingue pela virtude e pelo acesso privilegiado a verdade”.

Não obstante as considerações de Habermas, percebe-se que as observações de Dworkin, em última instância, residem na efetivação dos direitos fundamentais, levando-se em consideração as diversas finalidades humanas e a multiplicidade de valores sociais. Por certo, ele não desqualifica o pluralismo das sociedades democráticas, visto que suas reflexões políticas abarcam, em seu bojo, as teses do liberalismo constitucional de Rawls e a eminência da dimensão axiológica. No entanto, as reflexões de Habermas suscitam um questionamento acerca da exacerbação da jurisdição constitucional, estabelecendo ponderações e análises para além de meros limites apontados por Dworkin para a contenção da discricionariedade judicial.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Por meio desta breve análise sobre o impacto e influência do ativismo judicial no pensamento de Dworkin, é possível perceber que este fenômeno vem se apresentando cada vez mais intenso e múltiplo nas nuances das democracias contemporâneas, as quais se encontram relativamente conturbadas. Parece que este cenário de fraqueza dos poderes Executivo e Legislativo seria propício para realização de atos mais rápidos e incisivos. Outra questão importante que foi analisada é a existência de direitos sociais encrustados na Constituição Brasileira, mas inexistentes na sociedade americana, local de análise de Dworkin. Desta forma, a existência de diversos princípios e direitos sociais apresenta impactos no sistema jurídico nacional, de tal modo que a interpretação dos direitos supracitados estaria encarregada a uma jurisdição constitucional o que implicaria, conseqüentemente, um aumento na discricionariedade.

A atividade jurídica no ecossistema contemporâneo remete a uma liquidez dificilmente percebida na história. E tendo noção deste avanço do judiciário, Dworkin entendeu a necessidade de um certo equilíbrio no momento de decisão sobre a matéria que foi debatida durante o processo, assegurando, nesse sentido, a correspondência pertinente com o conjunto coerente de princípios comprometidos com a sociedade. Por conta disso, é que o mencionado “direito de integridade” usufrui

de tanta relevância quando ocorre o ativismo judicial, pois o juiz deve respeitar e conservar o pensamento comum extraído da “leitura moral da Constituição”.

É imprescindível que no momento decisivo o juiz não apenas “leve os direitos a sério”, mas que também observe toda narrativa moral e constitucional desenvolvida através de anos decorridos. Nesta ideia, há uma intersecção com o pensamento do Ministro Luís Roberto Barroso, em que estas decisões pró-coletivo não aconteçam de modo sucessivo e sim em casos especiais e pontuais, pois não é pertinente e conveniente para a manutenção do princípio de separação dos poderes esta ocorrência contínua.

Em vista do que foi apresentado sobre a opinião de Dworkin, ele compreende que é necessária proteção aos direitos dos indivíduos, devendo ser observado prontamente pelo juiz responsável o compromisso com a efetivação das garantias fundamentais. Afinal, uma vez em que existe o poder do Estado, cada direito individual é necessário e imprescindível para a legitimação das escolhas do cidadão. Entretanto, o autor entende que não pode ocorrer atitudes e posturas de usurpação de funções que sejam correspondentes a outros poderes. Assim, foi compreendido que há um certo “esforço em termos de teoria da jurisdição constitucional no sentido de garantir o respeito aos direitos individuais, mas também um esforço no sentido de reduzir os riscos que daí decorrem” (MEDRADO, NOYA, 2016, p. 105). Fica entendido também que não deve ocorrer envolvimento de política no meio do poder judiciário, muito menos dentro do campo discricional que o juiz possui para decidir dos fatos. Portanto, a delimitação de interpretação do juiz estabelecida pelo autor é muito fina e vaporosa, como uma espécie de linha tênue, indicando, assim, que uma boa interpretação deve almejar ser neutra (ou melhor, prezar pela imparcialidade) e, na mesma medida, íntegra, respeitando os valores históricos daquela sociedade em que estiver o intérprete inserido.

## REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. **Direito das Minorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/21487>. Acesso em: 30 nov. 2022.

APPIO, Eduardo. O ativismo judicial na visão de Ronald Dworkin. Rio de Janeiro: **Revista Publicum**, v. 4, n. 2, 2018, p 37-53. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/37953>. Acesso em: 30 nov. 2022.

BARROS, Alberto Gonçalves Ribeiro de. **Liberdade política**. São Paulo: Edições 70, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 29 nov. 2022.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BERLIN, Isaiah. Two concepts of Liberty. *In*: BERLIN, Isaiah. **Four Essays on Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1969.

DWORKIN, Ronald. **Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica de Gildo de Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: a leitura moral da constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 1 ed., 2006.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2 ed., 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 3 ed. 3 tiragem, 2014.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional- a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: Constituição para e Procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. “Três modelos normativos de democracia”. **Lua Nova**, nº 36, p. 39-53, 1995.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. Trad. A. de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KOERNER, Andrei. **Ativismo Judicial?** Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/f3KMkr8CHVjSCCGvqZdYfmk/?lang=pt>. Acesso em: 01 dez. 2022.

KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William. O conceito de direito em Hart. **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/137/edicao-1/o-conceito-de-direito-em-hart>.

LIMA, Newton de Oliveria. **10 lições sobre Rawls**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2019.

MAIA, Mário Sérgio Falcão. A recepção da teoria neoconstitucional pelo supremo tribunal federal brasileiro. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 5, p. 151-163, outubro/2009.

MEDRADO, Vitor. NOYA, Henrique. Teria Dworkin Defendido o Ativismo Judicial? Brasília: **Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica**, v. 2, n. 1. P. 93-107. Jan/Jun.2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/HermeneuticaJuridica/article/view/896>. Acesso em: 04 dez. 2022.

MILL, John Stuart. On Liberty (1859) and Considerations on Representative Government (1861). *In: Utilitarianism, Liberty and Representative Government*. London: J.M. Dent, p. 65-170; 175-393, 1974.

MONICA, Eder Fernandes. **A possibilidade de uma única sentença correta para cada caso**. Orientador: Luiz Fernando Belinetti. 2008. 165 p. Dissertação (Mestrado)-Curso de Direito Negocial, Universidade Estadual de Londrina, Londrina (UEL), 2008.

MONICA, Edgar Fernandes. A teoria de Dworkin para a superação da tensão entre segurança jurídica e decisão justa. **Revista do Direito Público**, v. 2, n. 3, p. 83-98, 2007.

PALMER, Robert Roswell. Notes on the Use of the Word "Democracy" 1789-1799. **Political Science Quarterly**, v. 68, n. 2, p. 203-226, 1953.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva. 2010. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5572301/mod\\_resource/content/0/Ativismo%20-%20Elival%20-%20pags%20138-225.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5572301/mod_resource/content/0/Ativismo%20-%20Elival%20-%20pags%20138-225.pdf). Acesso em: 03 dez. 2022.

RAWLS, John. **A Teory of Justice**. Harvard: Harvard University Press, 1971.

RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e democracia**: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SANTOS PÉREZ, María Lourdes. Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, [S.l.], n. 26, p. 347-385, nov. 2003.

SARMENTO, Vitor Seidel. O papel da Jurisdição constitucional à luz das teorias de Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Jeremy Waldron. **Derecho y Cambio Social**, v. 35, p. 1-29, 2014.

SILVA, Davi José de Souza da; FERREIRA, Luciano Cavalcante de Souza. A moralidade política na Prática Judicial em Dworkin. *In*: XVI Congresso Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pós-graduação em Direito, 2007, Belo-Horizonte. **Anais do Conpedi - XVI Congresso Nacional - Belo Horizonte, 2007**. p. 6126-6142.

TOOBIN, Jeffrey. **The nine**: inside the secret world of the Supreme Court. New York: Anchor books, 2008, p. 6.

TRAVESSONI GOMES, Alexandre. **Pós-positivismo jurídico** (Verbete).  
TRAVESSONI GOMES, Alexandre (Org.). *In*: Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito. São Paulo: LTr, p. 319-323, 2011. Disponível em:  
[https://www.academia.edu/50835257/CIDADANIA\\_Verbete\\_de\\_dicionário](https://www.academia.edu/50835257/CIDADANIA_Verbete_de_dicionário). Acesso em 02 dez. 2022.

**O PAPEL DA AUTOCOMPOSIÇÃO NA EFETIVAÇÃO DAS GARANTIAS  
PROCESSUAIS: UMA PERSPECTIVA A PARTIR DA COMARCA DE JARDIM DE  
PIRANHAS-RN**

THE ROLE OF SELF-COMPOSITION IN THE EFFECTIVENESS OF PROCEDURAL  
GUARANTEES: A PERSPECTIVE FROM THE DISTRICT OF JARDIM DE  
PIRANHAS-RN

SILVA, Heverton Olimpio<sup>86</sup>  
MAIA, Augusto de França<sup>87</sup>

**RESUMO:** A Comarca de Jardim de Piranhas, localizada no interior do Rio Grande do Norte, é destaque na região do Seridó quando se trata de autocomposição, visto que, no ano de 2023, foram contabilizados números expressivos de acordo pré-processuais. Desse modo, a autocomposição revela-se como uma ferramenta versátil e célere quando se trata na efetivação de direitos, proporcionando autonomia às partes para chegarem a um acordo judicial. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, amparada em fontes documentais, aliada ao método hipotético-dedutivo. O objetivo geral do estudo é analisar o papel da autocomposição na concretização das garantias processuais na Comarca em estudo, buscando compreender como essa prática contribui para a eficiência do sistema judiciário local. O presente artigo se justifica pela necessidade de identificar os benefícios e desafios da autocomposição, bem como suas implicações para as partes envolvidas no processo. Como resultados, a partir da análise da referida Comarca, percebe-se que a autocomposição desempenha um papel significativo na efetivação das garantias processuais. Isso se deve ao fato de ter sido verificada uma maior satisfação entre as partes envolvidas, pois os sujeitos do processo desfrutaram da possibilidade de serem protagonistas das próprias realidades, assim como das decisões na resolução de seus conflitos.

**PALAVRAS-CHAVE:** CEJUSC. Justiça multiportas. Jardim de Piranhas. Direito Processual Civil. Autocomposição.

**ABSTRACT:** The district of Jardim de Piranhas, located in the interior of Rio Grande do Norte, stands out in the Seridó region when it comes to self-composition, given that, in 2023, significant numbers of pre-procedural agreements were recorded. In this way, self-composition proves to be a versatile and quick tool when it comes to enforcing rights, providing autonomy to the parties to reach a legal agreement. The methodology used was bibliographical research, supported by documentary sources, combined with the hypothetical-deductive method. The general objective of the study is to analyze the role of self-composition in the implementation of procedural guarantees in the district under study, seeking to understand how this practice contributes to the efficiency of the local judicial system. This article is justified by the need to identify the benefits and challenges of self-composition, as well as its implications for the parties involved in the

<sup>86</sup> Discente da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – CERESN.

<sup>87</sup> Mestre em Direito (UFERSA). Professor e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Católica Santa Teresinha (FCST). Professor Colaborador do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Advogado. Conselheiro Estadual da OAB/RN. Membro do Instituto de Direito Administrativo Seabra Fagundes (IDASFA). Membro do Conselho Superior (CONSUPE) da FCST.

process. As a result, from the analysis of the aforementioned district, it is clear that self-composition plays a significant role in the implementation of procedural guarantees. This is due to the fact that there was greater satisfaction among the parties involved, as the subjects of the process enjoyed the possibility of being protagonists of their own realities, as well as of decisions in resolving their conflicts.

**KEYWORDS:** CEJUSC. Multi-door justice. Jardim de Piranhas. Civil Procedural Law. Self-composition.

## 1 INTRODUÇÃO

O município de Jardim de Piranhas/RN, localizado no interior da região do Seridó, possui uma população de 13.977 indivíduos (IBGE, 2023), a Comarca é dotada de uma Vara Única, um Juizado Especial Cível e Criminal e um CEJUSC. Nessa conjuntura, a autocomposição, um método alternativo de resolução de conflitos, tem ganhado destaque na esfera jurídica devido à sua capacidade de proporcionar uma resolução de disputas mais eficiente e satisfatória.

Dados coletados do Relatório Justiça em Números de 2023, de iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, evidenciam que o Poder Judiciário finalizou o ano de 2022 com 81,4 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Desses 17,7 milhões (21,7%) estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura. Dessa forma, desconsiderados tais processos, tem-se que, em andamento, ao final do ano de 2022, existiam 63 milhões de ações judiciais.

Nesse rol, o que se verifica, portanto, é que desde 2020, o judiciário tem enfrentado uma nova série de aumento dos casos pendentes com crescimento de R\$1,8 milhão entre 2021 e 2022 (2,2%). Assim, pela primeira vez na série histórica, o volume de processos em tramitação superou 80 milhões (CNJ, 2023). Assim, é necessário reconsiderar a ideia de que o recurso judicial é a única solução para toda reivindicação contestada ou insatisfeita.

Considerando o aumento constante do número de processos, a adoção de meios autocompositivos, como a mediação e a conciliação, oferece uma alternativa que viabiliza a resolução mais ágil de litígios, ao mesmo tempo em que resulta em uma diminuição dos custos para as partes e para o próprio sistema judiciário.

Dessarte, a autocomposição tem obtido amplo reconhecimento como um método eficaz na solução de controvérsias, não apenas agilizando o processo

decisório, mas concedendo às partes uma maior autonomia na elaboração das soluções para seus conflitos, fortalecendo, assim, a sensação de justiça e o comprometimento com as decisões alcançadas. Portanto, utilizando a mencionada comarca como referência, busca-se compreender como a autocomposição tem colaborado para a resolução dos litígios da população.

Diante dos fatos apresentados, este estudo tem o intuito de explorar a fundo a complexidade da interação proporcionada pela autocomposição para proporcionar a intervenção necessária e apropriada para cada circunstância de conflito, além de examinar a justiça restaurativa como um novo paradigma de justiça, direcionado para as relações danificadas por contextos de violência, visando dessa forma a harmonização social. Indubitavelmente, essa prática é de extrema importância nas sociedades democráticas de direito, assegurando a livre tomada de decisões e ideias. Da mesma forma, é fundamental identificar a percepção e compreensão das partes envolvidas sobre a resolução por meio alternativo de conflitos, e como isso afeta sua disposição e habilidade para participar efetivamente do processo.

Em suma, a adoção de meios autocompositivos pelo judiciário é crucial para aprimorar a prestação jurisdicional, promover a cultura da paz e atender às demandas de uma sociedade que busca alternativas mais eficientes e satisfatórias na resolução de seus conflitos.

Portanto, será abordado a análise de políticas públicas e regulamentações adotadas pelo sistema jurídico brasileiro. Por meio de análise literária das obras confeccionadas por juristas e processualistas, buscando explorar os métodos acolhidos para aprimoramento do serviço à comunidade, no que se refere à resolução de disputas originadas das interações entre os indivíduos. Ademais, serão analisados estudos de casos e exemplos vivenciados que resultaram em entraves éticos e legais.

Desse modo, pode-se perceber que realizar estudos e análises sobre o tema é de suma importância para compreendermos como as relações sociais se comportam, bem como o modo que tais disposições se dão no nosso ordenamento e na nossa sociedade.

O trabalho será seccionado da seguinte forma: Introdução, Resolução de conflitos na sociedade moderna: uma análise dos métodos utilizados, Justiça Multiportas: uma nova abordagem para a resolução de conflitos, CEJUSC e autocomposição: uma análise crítica, Resultados, Conclusão e referências.



## **2 RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NA SOCIEDADE MODERNA: UMA ANÁLISE DOS MÉTODOS UTILIZADOS**

De acordo com Castro (2017), no término de 1901 d.C, uma missão arqueológica francesa descobriu um monólito de diorito escuro de 2,24 m de altura, contendo um compêndio de leis com 282 itens, dispostos de forma estruturada, ao qual denominamos atualmente de Código de Hammurabi por ter sido elaborado sob as ordens do Rei Hammurabi que governou na Babilônia entre 1792 e 1750 a.C.

Na antiguidade, o princípio da pena ou lei de Talião era utilizada para resolver litígios, com a norteadora frase, “Olho por olho, dente por dente”, essa era a etiqueta da justiça equivalente ao dano causado neste. Desse modo, guiado por esse princípio, o sujeito sofre como pena a mesma angústia que impôs ao cometer o crime.

Ademais, é válido mencionar que a lei de talião tutelava diversos aspectos do cotidiano da sociedade como, por exemplo, família, escravos, divórcio, adultério, adoção, herança, e até mesmo da “defesa do consumidor”, protegendo os cidadãos dos prestadores de serviços ineficientes ou desonestos. O código supracitado emprega esse princípio, inclusive, no que se refere a danos físicos, chegando a aplicá-lo de forma radical, mesmo que, para alcançar a equivalência, pune outras pessoas que não o responsável (Castro, 2017, p.17-18).

Resumidamente, “awilum” seria o homem livre, isto é, o sujeito detentor de todos os direitos de cidadão. De forma lúdica, conforme será esclarecido a seguir, é possível evidenciar algumas normas contidas no escopo do monólito

Se um Awilum destruiu o olho de um outro Awilum, destruirão seu olho.  
Se um construtor edificou uma casa para um awilum, mas não reforçou seu trabalho, e a casa, que construiu, caiu e causou a morte do dono da casa, esse construtor será morto.  
Se causou a morte do filho do dono da casa, matarão o filho desse construtor.  
(Castro, 2017, p.18).

Diante desse cenário, a conceituação de justiça foi se transformando, gradativamente, chegando à conclusão de que a “justiça” por meios próprios, favorece a fomentação da violação ao invés de promover a pacificação das partes.

Os regulamentos, assim, explicitam as normas legais,tendo em vista sua execução. Não basta, por exemplo, criar, por lei, um tributo. É preciso disciplinar a forma como será cobrado, a autoridade que irá cobrá-lo, a agência que irá recolhê-lo, os prazos em que isso deve ocorrer etc (Ferraz Junior, 2017, local 246)

Assim, para estruturar o ecossistema da sociedade, o advento e o crescimento do Estado pleitearam a função jurisdicional, o qual o ponto de partida é a Constituição, que, por pressuposto analítico, determina todas as competências normativas do Estado.

À título de exemplo, é possível citar o ramo do direito penal, do qual o Governo é titular exclusivo do *jus puniendi*, ou seja, direito de punir, impondo as sanções estabelecidas no Código Penal Brasileiro contra quem realizou ato ou negligência prevista na legislação penal, provocando prejuízo ou agravo a terceiros.

A sociedade é intrinsecamente marcada pela diversidade de valores, interesses e perspectivas individuais, o que inevitavelmente resulta na presença de conflitos entre seus membros. Frente a essas disputas, a comunidade tem se empenhado ao longo do tempo em encontrar maneiras de superá-las, havendo essencialmente três abordagens: a autotutela, a autocomposição e a heterocomposição. Nestes moldes, os sistemas evidenciados comportam-se através de singularidades e divergências em uma mesma perspectiva.

## 2.1 Autotutela

A autotutela pode ser compreendida como a imposição pela violência moral ou física de uma vontade sobre a outra como, por exemplo, legítima defesa ou estado de necessidade (Moraes, 2016, p. 259). Essa prática era amplamente utilizada em períodos em que o Estado ainda era insuficiente para coordenar as relações sociais.

Posteriormente, o Governo se consolidou e, exercendo seu domínio, delegou para si as resoluções de desavenças, estruturando a comunidade através de normas e as implementando efetivamente nas demandas sociais contestadas, surgindo, assim, o direito de recorrer à justiça, ou o direito de ação. Atualmente, pode-se observar que tais comportamentos não asseguravam a justiça, mas sim o triunfo do mais audacioso sobre o mais reservado.

Entretanto, hodiernamente, ainda que haja uma certa aversão à autotutela, para certas circunstâncias, a própria legislação permite algumas ressalvas à essa oposição como, por exemplo, quando se observa o art. 23 do Código Penal, o qual não configura crime a prática do ato cometido em estrito cumprimento do dever legal, legítima defesa, estado de necessidade e exercício regular de direito.

Ademais, o art. 1.283 do Código Civil, edifica que as raízes e os ramos de árvore, que ultrapassarem a estrema do prédio, poderão ser cortados, até o plano vertical divisório, pelo proprietário do terreno invadido.

## 2.2 Autocomposição

Diferentemente da autotutela, a autocomposição ocorre quando as partes envolvidas, de maneira voluntária, chegam a um consenso por conta própria, sem a intervenção compulsória de um terceiro, podendo ser subdividida em duas categorias: a) direta ou bipolar, exemplificada pela negociação; e b) assistida, triangular ou indireta, como é o caso da mediação e da conciliação (Moraes, 2016, p. 259).

Aqui faz-se necessário apresentar a ideia de Moraes, um estudioso do assunto que, com sua experiência, consegue materializar os conceitos à realidade da prática ministerial sobre o instituto da negociação

Negociação é o gênero que tem por espécies a mediação, a conciliação, a transação e a arbitragem. Etimologicamente, vem de "negar o ócio", vale dizer, pressupõe uma conduta ativa e representa "uma estratégia de administração de conflitos, controvérsias e problemas, que se vale de práticas de comunicação, de psicologia e de aspectos culturais, com o objetivo de atender a alguma" (Moraes, 2016, *apud* Saltz, 2016, p. 246).

O teórico recorda que existem duas modalidades de negociação: competitiva e colaborativa. Na primeira, como o próprio termo indica, existe uma busca pelo máximo benefício possível (não apenas financeiro), sem qualquer consideração pelo interlocutor. O modelo é do tipo "ganha-perde" e, conseqüentemente, há pouca ou nenhuma aderência ao resultado, de caráter claramente formal. É mais prolongada e baseada em modelos rígidos, formais e inflexíveis. O processo judicial é um exemplo desse modelo. Na colaborativa, busca-se harmonizar os interesses de ambos, proporcionando um "ganha-ganha". Há maior adesão dos envolvidos porque ambos estão comprometidos com o resultado, substancialmente resolutivo. É informal, flexível e mais rápido (Saltz, 2016, p. 247).

Já com relação à mediação, esta pode ser compreendida como um processo mais detalhado e complexo, geralmente aplicado a conflitos que ocorrem durante um relacionamento estável e duradouro, a título de exemplo, pode-se elencar as questões de família e os conflitos de direito de vizinhança (Gajardoni, 2018, local 79). Para tanto, pode-se elucidar que a conciliação se apresenta em sete etapas, segundo Moraes

A menção à ausência de vínculo anterior entre as partes remete para a existência de conflitos objetivos, tais como relacionamentos de consumo massificado entre bancos e seus milhões de clientes, planos de saúde, ou, no caso de conflitos individuais, acidentes de trânsito, nos quais não estarão em jogo questões emocionais complexas e antigas. Também é característica da conciliação a canalização das discussões para áreas onde o acordo é mais provável, inclusive sugerindo uma quantidade específica, quando esse seja o ponto de discórdia, para que o acordo aconteça, isso logo após a escuta dos pontos de vista divergentes (Moraes, 2016, p. 267).

Existem autores que elegem a **pré-mediação** como primeiro ponto e subdividir em mais sete, consumando assim, oito etapas, e abraçando nomenclatura própria, adotando a pré-mediação como primeira fase e nomeiam as demais etapas, ordenadamente, como **Abertura** (apresentações, os esclarecimentos de abertura e o termo inicial de mediação), **Investigação** (fase de narrativas iniciais do mediando), **Agenda** (compartilhamento de um resumo do acontecido e elaboração de uma agenda), **Criação de Opções** ( busca das reais necessidades e a criação de opções para a tomada de decisão), **Avaliação das Opções** (exploração das opções e de eventuais alternativas, para tomada de decisões com base em critérios objetivos), **Escolha das Opções** (elaboração do termo final de mediação, com ou sem acordo) e **Solução**. De modo efetivo, as etapas do processo de mediação não são facilmente distinguíveis. O procedimento é marcado por avanços e recuos que permitem o esclarecimento das razões, a expressão dos sentimentos, a contextualização e o compartilhamento de resumos e agendas. Isso ajuda a superar resistências, construir diálogo e tomar decisões (Vasconcelos, 2023, local. 265-267) (grifos acrescentados pelo autor).

Por sua vez, a conciliação pode ser conceituada como “um processo mais rápido, usado para resolver conflitos simples onde não há um relacionamento contínuo entre as partes, como, por exemplo, acidentes de veículo e relações de consumo, normalmente, envolve apenas uma reunião entre as partes e o conciliador”. O processo de conciliação pode ser dividido em quatro etapas: abertura, escuta ativa, criação de opções e acordo (Gajardoni, 2018, local 79).

Desse modo, em meio a conflitos e desentendimentos, muitas vezes, o indivíduo esquece da força e eficácia do diálogo e da compreensão mútua. Todavia, é primordial destacar que a resolução de conflitos não se trata apenas de chegar a um acordo, mas de conferir autonomia às partes envolvidas para que elas possam encontrar suas próprias soluções, como demonstrado a seguir

A referência a um vínculo anterior quer significar que existirão questões emocionais em jogo. Por isso, é fundamental a utilização da técnica da mediação, a qual se vale de um tempo maior de interlocução, do manejo do alívio dos sentimentos pela externalização das posições e dos interesses, a fim de que seja alcançado um ponto de relativa objetivação e criatividade, que é o ambiente apropriado para que as partes encontrem, por elas próprias, a solução do conflito. O objetivo da mediação, portanto, é o empoderamento, e não o acordo, porque tem como foco a implementação de uma pedagogia social, por intermédio da qual as pessoas possam, por elas mesmas, resolver seus problemas (Moraes, 2016, p. 264).

De forma lúdica, as palavras de Gajardoni (2018), elencam que

Em que pese objetivarem a autocomposição e contarem com um terceiro facilitador do diálogo entre os contendores (conciliador ou mediador), a conciliação e a mediação não são institutos iguais. Os §§ 2.º e 3.º do art. 165 do CPC/2015 reconhecem essa diferença e trazem alguns subsídios para afirmar a distinção. A conciliação é um procedimento mais célere. É muito eficaz para conflitos efêmeros, em que não existe relacionamento entre as partes, que preferem buscar o acordo para solucionar controvérsia e pôr termos ao próprio relacionamento com o adverso (Gajardoni, 2018, local 79).

De acordo com o supramencionado, a pesquisa destaca a distinção entre conciliação e mediação, dois mecanismos de resolução de conflitos que, apesar de semelhantes, possuem distinções significativas. Em suma, os dois dispositivos aludidos desempenham papéis vitais na resolução do conflito. Dessarte, cada método tem suas próprias forças e é mais adequado para determinados conflitos, propiciando que, em ambos os casos, as partes desintrinquem suas próprias resistências de maneira eficiente e justa.

### **2.3 Heterocomposição**

Ao analisarmos a heterocomposição, esta é visualizada como a imposição de uma decisão por um terceiro, ao qual as partes estão vinculadas. Caracteriza-se pela *lide*, substitutividade e definitividade, subdividindo-se em: a) processo judicial (pura) e b) arbitragem (Moraes, 2016, p. 259).

A arbitragem diz respeito a um acordo de vontades, que surge de duas obrigações, ou seja, que gera a não obrigação de ingressar com o pedido em esfera do poder judiciário e, conseqüentemente, de fazer, que corrobora em levar os conflitos à solução arbitral, composta por um árbitro escolhido pelas partes ou determinado juiz competente em caso de arbitragem judicial (Scavone Júnior, 2018, local.102-103).

Utilizando a obra de Dinamarco “Teoria Geral do Processo” (2020), é possível caracterizar a *lide* e a necessidade da sua resolução

Sempre que se caracteriza um conflito entre esses dois ou mais sujeitos, quanto a uma relação de direito, caracteriza-se uma crise jurídica - sabendo-se também que, em sua acepção mais larga, crises são estados de fraqueza, instabilidade e risco na vida das pessoas ou das instituições (...) Toda atividade jurisdicional exercida em uma sociedade legitima-se e é indispensável porque existem conflitos entre pessoas ou grupos e para que tais conflitos tenham solução, com a pacificação das pessoas e conseqüente benefício à própria vida em sociedade - sabendo-se que todo conflito é causa de infelicidade pessoal dos sujeitos envolvidos e, em uma perspectiva metaindividual, a proliferação de conflitos constitui fator de instabilidade e desorganização da própria sociedade (Dinamarco *et al.*, 2020, p. 32-34).

Atualmente, observa-se uma sociedade caracterizada por intensos conflitos, influenciada por um aumento contínuo de insatisfações que abrangem uma parcela cada vez maior de seus membros.

Nesse contexto, os alicerces político-administrativos do Estado, marcados por sua inércia e postura desrespeitosa em relação aos direitos individuais, conduzem a uma notável tendência à judicialização dos conflitos. Esse fenômeno, por sua vez, vem sobrecarregando os tribunais do país, dos quais se espera a proteção jurisdicional aos detentores de interesses e direitos. Entretanto, os conflitos variam muito, assim, o sistema deve ser adaptável para ser capaz de proporcionar a quem está certo a proteção jurisdicional efetiva e adequada a quem tiver direito, produzindo assim resultados legítimos perante a lei e os valores da nação (Dinamarco *et al.*, 2020, p. 34).

A partir da realidade brasileira, salienta-se que

O objetivo da lei é claro, resolver os conflitos antes mesmo deles se agravarem. Conflitos sempre vão existir e a realidade atual do Poder Judiciário brasileiro tem demonstrado, através de pesquisas recentes realizadas pelo CNJ, que há uma ação judiciária para cada dois brasileiros, sendo esse um número altíssimo se levarmos em consideração a estrutura disponível para a solução dos conflitos (Bedê Júnior; Chmatalik, 2016, local 416).

Perante o exposto, o cenário se torna ainda mais crítico diante dessa cultura crescente de litígios e da evidente insuficiência do Poder Judiciário em solucionar todos os conflitos que chegam anualmente às suas portas. Os métodos adequados de resolução de conflitos interpessoais têm demonstrado grande eficácia ao redor do mundo, como uma forma viável, rápida e econômica de solução de controvérsias (Bedê Júnior; Chmatalik, 2016, local 417).

Nesse sentido, destaca-se a importância de políticas e práticas que incentivem outros métodos, para além do processo judicial, capazes de aliviar a carga

sobre o sistema judiciário e de promover soluções céleres e eficientes, atendendo às necessidades das partes envolvidas.

### **3 JUSTIÇA MULTIORTAS: UMA NOVA ABORDAGEM PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**

Há algumas décadas, o processo judicial consolidou-se como o método convencional para a resolução de litígios. Contudo, observa-se a necessidade crescente de abordagens menos onerosas e mais ágeis, impulsionada pela democratização do acesso à justiça. Dessa forma, têm emergido diversas alternativas à via judicial, como a mediação e a conciliação, oferecendo ambientes propícios para o diálogo.

No Brasil, a partir da década de 90, iniciou-se um crescente interesse pela prática da mediação, principalmente devido à influência da legislação argentina promulgada em 1995. No novo Código de Processo Civil, proveniente do PL 166/2010 e já sancionado pelo Congresso Nacional (Lei 13.105, de 16 de março de 2015), existem referências aos institutos da conciliação e mediação, nos artigos 165 a 175.

Como marco da evolução deste assunto, foi promulgada a Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de mediação), que estabelece a mediação como forma de resolução de conflitos entre particulares e no contexto da administração pública.

No direito comunitário europeu, já se observa um grande progresso no tema, a partir da Diretiva 2013/11 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, relativa à mediação alternativa de litígios em matéria de consumo que inclui até mesmo um regulamento sobre os meios alternativos de resolução de conflito online em questões de consumo (Martins, 2016, p. 649-650).

Antes do novo Código de Processo Civil e da Lei de Mediação, a principal referência para a mediação nos Tribunais brasileiros era a Resolução 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, cujo artigo 10 • estabelece que "fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade" (Martins, 2016, p. 654).

Essa ampliação de acesso a mecanismos de defesa dos direitos é conhecida como o modelo de processo multiportas, termo cunhado por um professor da Universidade de Harvard, em 1976, precisamente para materializar a ideia de que existe mais de uma estratégia apropriada para a resolução de conflitos, de acordo

com as especificidades do caso em questão, além da justiça civil ordinária (Marcato, 2016, p. 132).

Assim, essa antecipação da audiência para um momento prévio à defesa do réu ocorreu devido a pelo menos dois aspectos: o primeiro, para eliminar as restrições da preclusão e da estabilização objetiva da demanda, que excluem a cooperação; o segundo, para intensificar a autocomposição, considerando um estímulo ao consenso, estrategicamente, antes da defesa do réu ser apresentada (Mouzalas *et al*, 2016, p. 468).

Essa nova arquitetura foi desenhada para implementar o modelo multiportas, que amplia e enriquece a oferta da prestação jurisdicional, a afirmar o senso de justiça, quando agrega, ao lado da heterocomposição, técnicas paralelas para solução das disputas que propiciam uma solução mais justa, legítima, adequada, simples, menos solene e, certamente, porque consensual, mais efetiva (Mouzalas *et al*, 2016, p. 469).

Desde a divulgação do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil em 2010, existia a expectativa de estímulo à solução de controvérsias por diversos meios.

De fato, naquele momento, o Ministro Luiz Fux, chefe da Comissão de juristas encarregada da elaboração do Anteprojeto, já salientava o propósito de converter o processo em um instrumento integrado ao contexto social onde teria repercussão, dando “realce à chance das partes solucionarem a disputa por meio da mediação ou conciliação”; isso porque, “percebeu-se que a contentamento efetivo das partes pode se dar de forma mais profunda se a solução é originada por elas e não determinada pelo juiz” (Marcato, 2016, p. 132).

Na contemporaneidade, em meio às mudanças basilares que o Processo Civil está atravessando, é importante salientar o valor da Justiça Multiportas na resolução e prevenção de conflitos, como pode-se observar a fio

O Processo Civil hoje passa por uma mudança estrutural e somente permanece constitucional pela capacidade de atualização, releitura e desconstrução. Eis a razão de estudarmos o que se convencionou chamar de Justiça Multiportas,<sup>86</sup> que aqui se afirma como meio adequado de resolução e prevenção de conflitos, muitas vezes viabilizando a entrega de respostas processualmente corretas e constitucionalmente adequadas ao cidadão (Ribeiro, 2023, local 172).

Em relação ao assunto, enfatiza-se que o sistema jurídico civil não demonstra preferência pelos métodos estatais e convencionais de resolução de disputas em comparação com outros caminhos que possam ser apropriados para o mesmo



propósito geral de resolver desavenças. Pode-se identificar, como exemplo de meios adequados, ao lado da jurisdição tradicional: arbitragem, conciliação, mediação e uma série de outras vias, que cotidianamente ganham espaço nesse mosaico democrático de respostas constitucionais (Ribeiro, 2023, local 171).

Essa ação, e como bem esclarece Fernanda Tartuce, “mostra-se relevante a existência de um sistema multi processual de resolução de disputas, caracterizado pela presença no ordenamento de vários mecanismos distintos para o manejo dos conflitos, incluindo mediação, arbitragem e processo judicial, entre outros”. De fato, “a disponibilidade de mecanismos diferenciados de aplicação de justiça não implica que estes se excluam; ao contrário, podem e devem interagir os diversos métodos, eficazmente, para oferecer ao jurisdicionado múltiplas opções de abordagem e resolução eficaz das disputas” (Marcato, 2016, p. 132).

Nessa perspectiva, o art. 165 do Código de Processo Civil (CPC) de 2015 determina que os tribunais devem criar Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos (CEJUSC), como principal meio para incentivar a autocomposição no direito processual Brasileiro. Esses centros possuem o papel de realizar sessões e audiências de conciliação e mediação, além de fomentar programas para ajudar e incentivar a resolução de conflitos de modo autônomo.

De acordo com Gajardoni (2018), os CEJUSCs atuam efetivamente como mecanismo judiciário, garantindo assim, a autonomia processual às partes e ao judiciário. Segundo o autor

esses centros já existem atualmente por força de determinação havida a partir da Resolução n.º 125 do CNJ, que disciplina a questão. A criação desses órgãos, dotados de certa autonomia em relação às unidades judiciais, é essencial para o funcionamento do modelo de processo civil proposto pelo CPC/2015, em que as tarefas de conciliação/mediação, preferencialmente, não serão afetas ao magistrado (art. 3.º, §§ 2.º e 3.º, do CPC/2015). Inclusive há determinação para que o conciliador ou mediador, onde houver, atue necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto no CPC/2015, bem como as disposições da lei de organização judiciária (art. 334, § 1.º, do CPC/2015) (Gajardoni, 2018, local 82-83).

Portanto, é perceptível que a criação do supracitado órgão se demonstra como uma engrenagem primordial para o “pontapé” inicial da efetivação dos meios alternativos de resolução de conflitos como parâmetro disciplinado pelo Novo Código de Processo Civil brasileiro.

Por fim, aqueles que buscam a resolução de um conflito no qual estão envolvidos não necessitam recorrer à mediação incidental ao processo. Eles têm a

opção de fazê-lo previamente e independentemente de uma ação judicial, através de um indivíduo de sua confiança que possa auxiliar ou facilitar a retomada do diálogo e a resolução do desentendimento, conforme estipulado no art. 9º da Lei de Mediação.

Além disso, os envolvidos podem recorrer aos Centros Judiciários de Resolução de Conflitos para buscar um acordo antes e independentemente do início da ação (art. 24 da Lei de Mediação), o que reforça que o acesso à Justiça, compreendido como acesso à resolução através do processo judicial, se torna efetivamente uma escolha, e não mais um encargo ou uma obrigação (Cury, 2016, p. 501).

#### **4 CEJUSC E AUTOCOMPOSIÇÃO: UMA ANÁLISE CRÍTICA**

O pré-processual destaca-se como uma nova resolução do sistema judiciário brasileiro, visto que visa a resolução das pequenas causas por meio da autocomposição.

[...] Os obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos são mais pronunciados para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os pobres; ao mesmo tempo, as vantagens pertencem de modo especial aos litigantes organizacionais, adeptos do uso do sistema judicial para obterem seus próprios interesses. Refletindo sobre essa situação, é de se esperar que os indivíduos tenham maiores problemas para afirmar seus direitos quando a reivindicação deles envolva ações judiciais por danos relativamente pequenos, contra grandes organizações (Mauro, 1988, p. 28).

O principal gasto individual para os contendores é, evidentemente, os emolumentos dos advogados. Nos EUA e no Canadá, por exemplo, a tarifa horária dos juristas oscila entre 25 e 300 dólares e o preço de um serviço específico pode ultrapassar a tarifa por hora. Litígios que envolvem valores comparativamente reduzidos são mais afetados pelo obstáculo dos gastos. Se a disputa tiver que ser resolvida por meio de procedimentos judiciais formais, os gastos podem superar o valor da disputa, ou, se isso não ocorrer, podem esgotar o objeto da reivindicação a ponto de tornar-se a ação inútil (Mauro, 1988, p. 18-19).

Conforme detalhado no art. 334 do Novo Código de Processo Civil (NCPC) de 2015, percebe-se uma série de desafios e dificuldades na aplicação concisa dos meios alternativos de soluções de litígios. O objetivo é elucidar esses obstáculos e explorar maneiras eficazes de superá-los, visando melhorar a eficiência e a eficácia

deste importante mecanismo de resolução de conflitos. Assim, Marcato elenca alguns pontos preocupantes

i) empresas incluindo em seus contratos, com base na previsão de negócio jurídico processual do art. 190, NCPC, cláusulas de opt-out da audiência de mediação do art. 334; (Marcato, 2016, p. 138).

De acordo com o art. 190, versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Nesses moldes, atualmente, essa ressalva de opt out, é conhecida como cláusula de autoexclusão, essa premissa expressa uma possível inquietação dos contratantes em performar o tempo no âmbito judicial, prevenindo ações processuais que, no entendimento deles, seriam dispensáveis.

Entende-se que o acordo legal processual esteja ligado ao conceito de flexibilização do procedimento, e, ainda mais, à noção de proteção jurisdicional diferenciada, através da qual o procedimento deve se ajustar às demandas impostas pelo direito substancial no caso específico para que a proteção seja real e eficaz. Quando acertado antes da existência do processo, nenhum dos contratantes sabe se será demandante ou demandado em futura e possível ação judicial, de modo que a inversão do ônus da prova não prejudicaria a priori nenhuma das partes (Neves, 2016, p. 301-317).

Cabe ao magistrado invalidar o acordo legal processual inserido de forma abusiva em contrato de adesão. Será nulo o acordo legal processual se o magistrado entender que uma das partes o celebrou em situação de vulnerabilidade. Como o objeto do acordo celebrado entre as partes tem natureza processual, a vulnerabilidade prevista no art. 190, *caput*, do Novo CPC deve ser entendida como vulnerabilidade processual, que, segundo a melhor doutrina, decorre de limitação pessoal involuntária de caráter permanente ou temporário, provocada por fatores de saúde, de ordem econômica, informacional, técnica ou organizacional (Neves, 2016, p. 301-317).

Ademais, o enunciado 19 do FPPC orienta que “são admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: [...] pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da

audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334”.

ii) nas Comarcas em que não há Cejusc instalado, juízes afirmando que eles próprios farão a audiência de mediação, circunstância inadmissível, seja porque o juiz não é mediador e não possui a qualificação técnica necessária, seja porque fere a confidencialidade e pode comprometer a imparcialidade do juiz com o resultado final; (Marcato, 2016, p. 138).

Aqui é válido elucidar, primeiramente, o § 2.º do art. 3.º do NCPC/2015, o qual o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. Em segundo plano, o § 3.º do artigo supracitado afirma que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. Nessa premissa, também é importante elencar que o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais.

A condução da audiência de conciliação ou de mediação por mediadores e conciliadores que integram esse centro é positiva porque esses indivíduos são capacitados para tais ações, o mesmo não se podendo afirmar dos magistrados. Demonstrando a pouca confiança de que todos os tribunais estabelecerão tais centros, o art. 334, § 1º, do Novo CPC prevê a atuação obrigatória do conciliador ou mediador na audiência onde houver esse indivíduo, ou seja, onde estiver em funcionamento o centro judiciário de resolução consensual de conflitos. Caso não exista tal centro, caberá ao próprio magistrado do caso a condução da audiência (Neves, 2016, p. 573).

Braga (2018), dialoga que, o magistrado conduzir a sessão de conciliação pode não ser a alternativa mais adequada, pois, à luz da autonomia da vontade das partes (art. 166, CPC), elas devem se sentir confiantes para expressar suas razões e participar da construção da solução sem o medo de que suas declarações sejam utilizadas no ato de julgamento. Além disso, o sigilo da sessão é algo fundamental e que seria prejudicial para a necessidade de manutenção da imparcialidade do juiz que, inclusive, não estará devidamente habilitado para tanto (nesse sentido, e preferindo que, na ausência de conciliador/mediador, a audiência seja dispensada) (Braga, 2018, local 60).

Ademais, é válido destacar o enunciado n° 23 das Jornadas de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal: “Na ausência de auxiliares da justiça, o juiz poderá realizar a audiência inaugural do art. 334 do CPC, especialmente se a hipótese for de conciliação” (Gajardoni, 2018, local 84).

Diante desse cenário, é válido fazer uma comparação do supracitado com a implementação do Juiz das Garantias, alocado no art. 3º-A até o art. 3º-F do Código de Processo Penal (CPP).

O objetivo central do Juiz de Garantias é assegurar a imparcialidade do processo e proteger os direitos dos envolvidos, o qual atuará somente na fase de investigação do procedimento, fiscalizando a legalidade da investigação criminal.

Posteriormente, o processo será destinado a um juiz de instrução e julgamento, a este, será atribuída a função de apuração e sentença, conduzindo a fase de produção das provas e proferindo a sentença. Essa divisão de responsabilidades visa garantir que o Juiz comum não irá se contaminar com as provas durante a fase de investigação, corrompendo a imparcialidade e influenciando no julgamento do processo.

Nesse rol, caso não haja mediadores ou conciliadores na Comarca, existe a possibilidade de o juiz ser o responsável pela audiência de conciliação e mediação, aqui deveria ser utilizada a mesma metodologia proposta pelo CPP, especificando um juiz “A” para a realização da audiência e um juiz “B” para a continuidade do processo. Assim, a confidencialidade e a imparcialidade estarão seguras, assegurando, a liberdade das partes exporem seus interesses sem a possibilidade do medo de suas falas influenciarem na decisão final do procedimento.

iii) ainda nas Comarcas em que não há Cejuscs, juízes postergando a designação dessa audiência para momento oportuno, apenas se houver manifesto interesse de ambas as partes, com fundamento nos princípios da eficácia e da duração razoável, e na possibilidade de flexibilização das regras processuais; (Marcato, 2016, p. 138).

Nesse rol, elucida Neves (2016, p.574) que existindo um consenso entre as partes para que não ocorra nova sessão, o procedimento deverá prosseguir, com início de prazo para a defesa do réu. Ademais, se as partes concordarem com uma nova sessão, ela será realizada mesmo contra a vontade do conciliador e do mediador. Caso uma parte deseje a realização de uma nova sessão e a outra não, surge a incerteza. Seguindo-se a norma de que a não realização da audiência

depende de manifestação contrária de ambas, a tendência é compreender-se que nesse caso ocorrerá uma nova sessão. Como sou contra essa norma legal, e não havendo sua repetição quanto à marcação de nova sessão, compreendo que basta a oposição de uma das partes para que ela não ocorra

Diante desse cenário, essa postergação pode limitar o acesso à justiça, principalmente para aqueles indivíduos considerados leigos, visto que, o próprio NCPD afirma que a audiência não ocorrerá somente se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual.

Quanto à fundamentação nos princípios da eficácia e da duração razoável do processo, essa afirmação é uma “faca de dois gumes”, pois do mesmo modo que existe a aceleração do procedimento, ela pode atrasar, visto que somente ambas as partes manifestaram interesse pela movimentação processual, a demanda pode adentrar em uma espécie de limbo, prolongando ainda mais a resolução do conflito.

iv) juízes deixando de designar a audiência do art. 334, mesmo antes de ouvir as partes, seja porque não há estrutura preparada para a sua efetivação (Cejuscs e mediadores treinados), seja porque a quantidade excessiva de feitos tramitando, em contraposição, por vezes, à pequena quantidade de estrutura de Cejuscs finalizada, estenderia a pauta de audiências para períodos superiores a um ano. (Marcato, 2016, p. 138).

O legislador não estabelece um prazo limite para a marcação da audiência, o que dependerá da estrutura do centro judiciário de resolução consensual de conflito ou do tribunal em que o processo está em andamento. Embora a escolha seja criticada por uma parte da doutrina, que acredita que essa falta de previsão de prazo máximo para a audiência pode resultar em atraso na realização da audiência e na extensão do prazo para a apresentação da defesa, a realidade é que a previsão de um prazo máximo não teria valor, por se tratar de prazo impróprio, cuja violação não gera qualquer consequência processual (Neves, 2016, p. 573).

O ideal é que a resolução consensual seja alcançada na primeira sessão destinada a tal finalidade. Entre o ideal e o possível, no entanto, existe uma distância, podendo-se imaginar uma situação em que, embora haja uma aproximação entre as partes, não se atinge a resolução consensual. Nesse caso, em vez de encerrar a tentativa de conciliação ou mediação, é mais produtivo que seja marcada uma nova sessão, para que a aproximação já ocorrida na sessão anterior se intensifique e seja possível chegar à resolução consensual do conflito.

Nesse sentido, o § 2o do art. 334 do Novo CPC prevê que pode haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, desde que essa multiplicidade de sessões se mostre necessária para a composição das partes. Ou seja, só se justifica a marcação de nova sessão se houver perspectiva de resolução consensual diante do que ocorreu na sessão anterior. Cabe, portanto, ao conciliador ou mediador avaliar essa possibilidade, marcando uma nova sessão se existir uma chance real de que nessa nova oportunidade as partes finalmente cheguem à resolução consensual (Neves, 2016, p. 574).

Considerando o exposto, entre as sessões de mediação/conciliação, a lei determina um prazo máximo de até 60 dias, conforme demonstra a Lei de Mediação, que pode ser estendido por meio de acordo entre as partes. Essa determinação é utilizada, pois o ônus do tempo é algo precioso na duração do processo, ou seja, é necessária essa inércia temporal para que as partes possam refletir sobre o que foi trabalhado na sessão.

Entretanto, dependendo da complexidade do caso, é possível que haja um grande número de sessões, conseqüentemente, existe a possibilidade do processo se postergar, inclusive, de que não haja acordo e que siga o rito comum do procedimento, trazendo ineficácia ao que foi proposto.

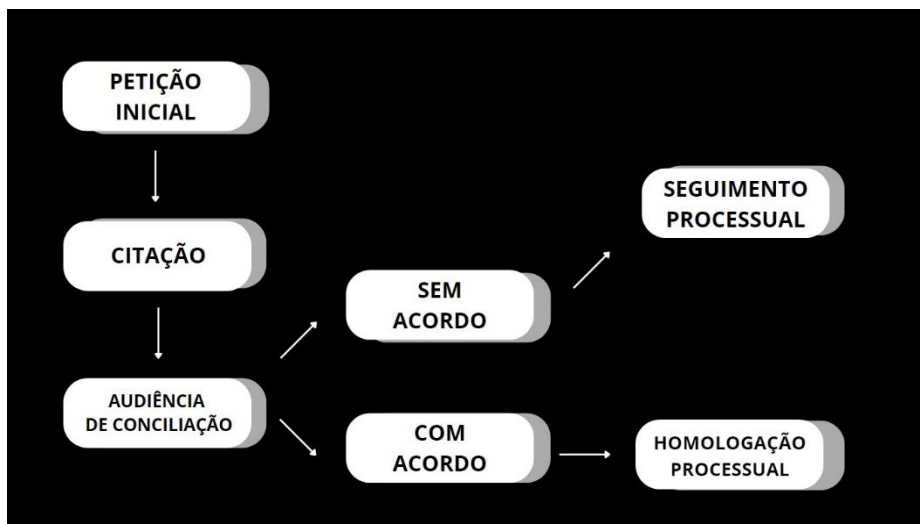
Quanto à carência de localidade específica para a realização de audiências, o próprio CPC determina que a audiência pode ser realizada por meio eletrônico, facilitando a cooperação de todos os envolvidos no processo, pois com o avanço da tecnologia, a comunicação por chamadas de vídeo em tempo real é algo comum no cotidiano dos brasileiros.

Portanto, deduz-se que o sucesso dessa promessa de um sistema de portas múltiplas para resolução de conflitos depende, inquestionavelmente, da capacidade de superar os obstáculos para sua implementação: os de natureza estrutural, ou seja, a infraestrutura física para acolhimento dos Cejuscs, recrutamento de pessoal, organização de cronogramas e rotinas; os de natureza educacional, em outros termos, a capacitação dos profissionais do direito, dos colaboradores dos Cejuscs e dos mediadores; e os de natureza cultural, isto é, o estabelecimento de novos paradigmas sobre o uso de métodos consensuais (Marcato, 2016, p. 138).

## **5 RESULTADOS**

A autocomposição se demonstra como fator essencial do processo e das Reclamações Pré-processuais. Nessa premissa, de acordo com o CPC/2015, existe um fluxograma comum a ambos os procedimentos, exemplificado abaixo.

**Figura 1:** Fluxograma simplificado do sistema processual e pré-processual



**Fonte:** Autoria Própria, 2023.

Ao analisar as fases do processo, bem como da reclamação pré-processual, pode-se perceber que o fluxograma destacado na figura 01 apresenta partes comuns em ambos os procedimentos. Entretanto, os segmentos processuais estão presentes de forma distinta.

De acordo com o art. 02 do CPC, “o processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”. Deste modo, ao entrar com a peça inicial do processo, este seguirá o trâmite do CPC/15. Após a parte “x” tomar iniciativa, é pleiteada a petição inicial, nos moldes do art. 319, assim, no momento de confecção da peça processual, à luz do art. 334, ambas as partes devem manifestar, expressamente, se possuem interesse na composição consensual.

Diante desse cenário, caso não haja interesse mútuo das partes, não haverá audiência de conciliação e mediação, dessa forma, o seguimento processual será seguido pelas demais fases, isto é, organizatória; instrutória; decisória e recursal.

Em ambas as esferas (processual e pré-processual), o réu será citado para audiência de conciliação, de modo que, após requerido por uma das partes, esta será apazada, e sucederá a tentativa de autocomposição. Nesse óbice, restando a



tentativa frutífera, ambos os procedimentos seguem para a homologação do acordo, porém, sobejando a composição infrutífera, na via processual o trâmite seguirá o previsto no procedimento comum do Código de Processo Civil, enquanto no pré-processual esta progredira para o arquivamento da demanda.

Em análise superficial, não se demonstra qualquer disparidade entre os citados, porém em uma análise social pode-se perceber algumas modificações acerca da procura dos diferentes procedimentos. Assim, através dos dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de 2023 da Comarca de Jardim de Piranhas/RN, pode-se observar as seguintes alcunhas quantitativas, como demonstrados na figura adiante

Partindo deste molde, ao analisar os dados da Comarca de Jardim de Piranhas/RN do presente ano, pode-se compreender os seguintes números:

**Figura 2:** Dados da comarca de Jardim de Piranhas - RN

<b>AUDIÊNCIAS REALIZADAS EM 2023 CEJUSC - JARDIM DE PIRANHAS/RN</b>	
<b>PRÉ-PROCESSUAL</b>	
DESIGNADAS	230
REALIZADAS	168
ACORDOS	129
VALORES	<b>R\$ 1.056.405,00</b>
<b>PROCESSUAL</b>	
DESIGNADAS	187
REALIZADAS	161
ACORDOS	48
VALORES	<b>R\$ 92.708,00</b>

**Fonte:** Conselho Nacional de Justiça, 2023. (Tabela de autoria própria)

De acordo com as estatísticas supracitadas, é possível destacar que, na referida Comarca, no âmbito pré-processual, o número de audiências designadas se sobressai perante o processual. Desse modo, é possível perceber que as pessoas

conseguem visualizar o Cejusc como um órgão com maior autonomia de decisões. Ademais, é válido ressaltar que, a população piranhense costuma procurar o pré-processual porque não apresenta custos processuais.

Nesse rol, o número de audiências realizadas também é maior, visto que, a facilidade do órgão supramencionado, bem como a sua flexibilidade de prazos, possibilita que ocorram um maior número de audiências em um menor espaço de tempo.

Diante do exposto, o número de acordos realizados no pré-processual foi de 76,8% das audiências realizadas. Entretanto, quando se trata do processual, apenas 30% houve acordo. Nesse cenário, é possível pleitear que, o índice de acordos seja maior no pré-processual, pois as partes possuem mais autonomia, logo, os sujeitos se visualizam como protagonistas do acordo, sem necessitar ficar sujeitos à letargia do mecanismo processual que é regido no procedimento comum.

Por fim, quando se trata dos valores, a disparidade entre os números pode ser explicada, pois as custas processuais são isentas, desse modo, a população prefere utilizar do Centro Judiciário de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) para causas que envolvem grandes valores, visto que, se fossem seguir o rito comum, as custas podem ser financeiramente, inflacionadas.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conforme proposto, este artigo teve como objetivo pesquisar e descrever os impactos reverberados na Comarca de Jardim de Piranhas - RN à luz dos métodos heterocompositivos e autocompositivos de solução de conflitos. Logo, foi demonstrado que o sistema reconhecido como “Justiça Multiportas” direciona cada pleito a trajetória mais adequada para a sua resolução, mas também sugere criatividade na construção de um meio, que se ajuste às peculiaridades do caso.

Dessa maneira, a letargia das engrenagens do sistema judiciário brasileiro evidencia a necessidade de explorar outras vias para garantir ao cidadão, o direito essencial de acesso à justiça, pleiteado nas linhas da Constituição Federal de 1988, que vem, progressivamente, se adequando a realidade da população brasileira. Assim, a fomentação aos serviços de justiça gratuita, facilitam a aproximação do cidadão, entretanto, alguns obstáculos continuam presentes, como

por exemplo, carência de agilidade processual, a qual foi demonstrada no corpo do artigo.

Dessarte, perante a dificuldade de solucionar os conflitos sociais de modo adequado, o Código de Processo Civil (2015), regulamentou a autocomposição como política pública promotora de acesso à justiça. Portanto, utilizando como base a Comarca supramencionada, é possível destacar pontos importantes no cenário jurisdicional brasileiro, visto que, de acordo com a resolução n. 125/2010, o CEJUSC, é uma ferramenta extremamente positiva tanto para o judiciário quanto para a população.

Desse modo, ele promove a resolução de conflitos de maneira mais eficiente e rápida, reduzindo a sobrecarga do sistema judiciário e proporcionando uma solução mais rápida para as partes envolvidas, já que, o órgão tem como uma de suas funções, a tentativa pré-processual de se buscar a resolução do conflito.

Ademais, ao incentivar a conciliação e a mediação, a instituição supramencionada também promove a harmonia social, pois permite que as partes cheguem a um acordo mutuamente benéfico, em vez de ter uma decisão imposta por um terceiro. Portanto, o pré-processual é uma ferramenta valiosa que beneficia todos os envolvidos no processo legal.

Destarte, promover a conciliação e a mediação antes do início formal do processo, permite que muitos conflitos sejam solucionados de maneira mais rápida e eficiente. Isso não apenas acelera a resolução individual de cada caso, mas também reduz a carga geral sobre o sistema judiciário, possibilitando que outros casos sejam tratados mais rapidamente. Trabalhando sob essa delimitação de tema como eixo central, o presente texto desenvolveu o objetivo proposto na sua introdução.

Portanto, é cada vez mais necessário explorar e ampliar a autocomposição no âmbito do direito processual. A autocomposição, que inclui métodos como conciliação e mediação, oferece uma alternativa valiosa ao litígio tradicional. Ela permite que as partes tenham um papel mais ativo na resolução de seus conflitos, o que pode levar a soluções mais satisfatórias e duradouras.

Por fim, é essencial que continuemos a explorar e expandir o uso da autocomposição no sistema judiciário. Em suma, é possível afirmar que a autocomposição prevista no atual CPC, é uma política pública de incentivo ao direito fundamental de acesso à justiça no Brasil que deve ser explorada cada vez mais, pois

“proporciona” a fuga da inércia, isto é, o desânimo processual que vem sobrecarregando o judiciário brasileiro.

## REFERÊNCIAS

BEDÊ JÚNIOR, Américo; CHMATALIK, Cristiane Conde. As técnicas de negociação e a nova política judiciária. *In*: ZANETI JR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos** - Salvador: JusPodivm, 2016.

BRAGA, Sarno Paula. **Processo Civil Tutela de Conhecimento**: Procedimento Comum. Salvador: JusPodivm, 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2023**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm). Acesso em: 11 dez 2023.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**, 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 11 dez 2023.

CASTRO, Flávia Lages. **História do Direito Geral e do Brasil** - 13. ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125 em seu ato nº 156**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 11 dez 2023.

CURY, Cesar Felipe. Mediação. *In*: ZANETI JR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos** - Salvador: JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, Rangel Candido; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo** - 33. ed, rev e atual. Salvador: Juspodivm : Malheiros, 2021.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MAURO, Cappelletti. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

FERRAZ JUNIOR, Sampaio Tercio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 10. ed. rev., atual. e ampl - São Paulo: Atlas, 2018.

GAJARDONI, Fernando Fonseca [et al]. **Processo de Conhecimento e Cumprimento de sentença**: Comentários ao CPC de 2015: volume 2.- 2. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo; Método.

IBGE. **Rio Grande do Norte | Jardim de Piranhas | Panorama**, 2022. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rn/jardim-de-piranhas/panorama>. Acesso em: 13 dez 2023.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. A audiência do art. 334 do Código de Processo Civil: da afronta à voluntariedade às primeiras experiências práticas. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos - Salvador: JusPodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARTINS, Guilherme Magalhães. A mediação e os conflitos de consumo. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos - Salvador: JusPodivm, 2016.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Novo Código de Processo Civil - O ministério Público e os métodos autocompositivos de conflito - negociação, mediação e conciliação. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos - Salvador: JusPodivm, 2016.

MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otávio; MADRUGA, Eduardo. **Processo Civil - volume único**. 8. ed. rev, am pl e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador. JusPodivm, 2016.

RIBEIRO, Marcelo. **Processo civil**. -3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023. *E-book*.

RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal De Justiça Do Rio Grande Do Norte. **Centro Judiciário de Soluções de Conflitos (CEJUSC)** - Jardim de Piranhas. Disponível em: <https://tjrn.jus.br/unidades/centro-judiciario-de-solucoes-de-conflitos-cejusc-jardim-de-piranhas/>. Acesso em: 14 dez 2023.

RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal De Justiça Do Rio Grande Do Norte. **Núcleo de Métodos Consensuais e Centros de Solução de Conflitos**. Disponível em: <https://www.tjrn.jus.br/conciliacao/nucleo-de-metodos-consensuais-e-centros-de-solucao-de-conflitos/>. Acesso em: 14 dez 2013.

SALTZ, Alexandre Sikinowski. De Fiscal da lei à Fiscal da Ordem Jurídica. A solução consensual dos Conflitos como novo Espaço de Atuação Institucional. *In*: ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos - Salvador: JusPodivm,2016.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem**: mediação e conciliação. 8 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*.

SILVA, R. DA G. Notas sobre o cabimento do direito de retenção: desafios da autotutela no direito privado. **civilistica.com**, v. 6, n. 2, p. 1-25, 30 dez. 2017.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 8.ed. Rio de janeiro: Método, 2023.

## O EQUILÍBRIO IMPLACÁVEL E A JUSTIÇA POÉTICA EM O SOL É PARA TODOS: ASPECTOS DA INJUSTIÇA, DA RETRIBUIÇÃO PELA VINGANÇA E O REEQUILÍBRIO DAS ASSIMETRIAS PELO IMPONDERÁVEL

THE RELENTLESS BALANCE AND THE POETIC JUSTICE IN TO KILL A MOCKINGBIRD: ASPECTS OF INJUSTICE, RETRIBUTION THROUGH REVENGE AND THE REBALANCING OF ASYMMETRIES THROUGH THE IMPONDERABLE

GUILHERME, Thiago de Mello Azevedo<sup>88</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo analisar a dinâmica dos “tipos” de justiça, e a imbricação entre ‘justiça e vingança’ apresentados na obra literária *O sol é para todos*, de Harper Lee. Procuramos desenvolver uma análise tanto do contexto social e jurídico do contexto narrativo, bem como do conflito racial narrado na obra, e ainda de certos aspectos filosóficos da interpretação dela decorrente. Por fim, analisamos a estranha ausência, na obra, emoção do “fechamento”. O reequilíbrio, na peça, ao provir de um elemento fortuito, revela uma persistente conexão entre a angústia e o processo de reelaboração da igualdade e da sensação de justiça.

**PALAVRAS-CHAVE:** Justiça e vingança. Redenção. Filosofia. Sociedade. Literatura. Emoções.

**ABSTRACT:** The aim of this article is to analyze the dynamics of the "types" of justice and the imbrication between "justice and revenge" presented in Harper Lee's novel *To kill a mockingbird*. We seek to develop an analysis of both the social and legal context of the narrative, as well as the racial conflict narrated in the work, and also certain philosophical aspects of the interpretation that arises from it. Finally, we analyze the strange absence in the play of the emotion of "closure". The rebalancing in the play, coming from a fortuitous element, reveals a persistent connection between anguish and the process of reworking equality and a sense of justice.

**KEYWORDS:** Justice and revenge. Redemption. Philosophy. Society. Literature. Emotions.

---

<sup>88</sup> Doutor em Direito (Teoria e Filosofia do Direito) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP (2021). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais - Instituição Toledo de Ensino de Bauru - SP (2005). Mestre em Direito Constitucional - Sistema Constitucional de Garantia de Direitos - pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru - SP (2010). Pós-graduado em Direitos Fundamentais e Tutela Jurisdicional dos Direitos – pela Universidade de Pisa, Itália (2015). Linhas de Pesquisa: Garantias de Acesso à Justiça e Concretização de Direitos; Antropologia do Direito e Pluralismo Jurídico; Sociologia do Direito e Legitimidade Judicial. Experiência na área de Direito Constitucional, com ênfase em Teoria do Direito e Teoria Geral do Processo. Membro efetivo do Grupo de Pesquisa "Direito Civil Constitucional" da ITE-Bauru. Advogado inscrito na OAB/SP sob número 250.301. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação. Membro efetivo da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional São Paulo. Membro do Núcleo de Memória da OAB-SP (Gestão 2022/2024). Advogado inscrito na OAB/SP sob n 250.301.

## 1 INTRODUÇÃO

No presente artigo, pretendemos analisar aspectos da tensão entre *justiça* e *vingança* em uma das obras mais influentes do século XX em língua inglesa, tanto por sua qualidade literária, quanto pelo tratamento dos conflitos raciais na sociedade americana do início do século XX, e, também, pelo sucesso de sua adaptação para o cinema em 1962 (*O sol...*, 1962). Trata-se de *O sol é para todos* (*To kill a mockingbird*, no original, em inglês), de Harper Lee (2019), editado em 1960.

Parte do cânone da literatura em língua inglesa, a obra possui estrutura narrativa com profunda conexão aos problemas da sociedade estadunidense dos anos 60, além de personagens bem construídos e uma trama digna de tragédias clássicas<sup>89</sup>.

O livro (Lee, 2019), vencedor do prêmio Pulitzer, influenciou as gerações desde então com uma potente cosmovisão das formas da justiça nele apresentadas, que dão ensejo às interpretações profundas de traços antropológicos ainda presentes nas sociedades ocidentais. Nosso objetivo é compreender, ao mesmo tempo, a estrutura da trama, observar traços comportamentais de alguns personagens acerca de problemas sociais até hoje comuns, e, principalmente, discorrer sobre os aspectos filosóficos do discurso da justiça e injustiça, e da compreensão sobre a punição, a retribuição, bem como sobre o “resgate” das ofensas, que se encontra impregnado na história.

Noções como *mácula* e *redenção*, implícitas na narrativa, serão abordadas, bem como as falhas do sistema de justiça formal e a aparente insuficiência da justiça estatal apresentada na trama quando da ocorrência de conflitos envolvendo indivíduos de etnias diferentes.

Para tanto, o presente artigo tratará de três movimentos - não necessariamente estanques, mas, que, contrariamente e inevitavelmente, se entrelaçam, quais sejam: o enredo em si; um segundo movimento, relacionado aos problemas sociais apresentados na trama e típicos da sociedade americana dos anos

---

<sup>89</sup> A narrativa do texto se passa no período da segregação racial nos Estados Unidos. A todo o tempo, elementos relacionados às leis Jim Crow estão em evidência no texto. Sobre os movimentos sociais de resistência à segregação racial, e em prol dos direitos civis, vide a obra ‘A liberdade é uma luta constante’, de Angela Davis (2019).



30 e 60 do século XX; e, o terceiro, que trata dos aspectos antropológicos e filosóficos universais, relacionados à retribuição dos malfeitos, na obra expostos.

## 2 MAYCOMB E A ESTRUTURA COMUNAL DO CENÁRIO DA TRAMA

A trama de *O sol é para todos* se passa na fictícia cidade de Maycomb, Alabama, no sul dos Estados Unidos, onde será contada a história da Família de Atticus Finch, um respeitado advogado que precisará, ao longo da trama, defender perante o Júri o Sr. Tom Robinson, um cidadão negro acusado injustamente do estupro de uma moça branca.

Não há dados sobre a real existência de Maycomb fora da ficção. Sua descrição, entretanto, dá a entender tratar-se de mais uma das muitas cidades de passado escravocrata daquilo que um dia foram os Estados Confederados da América<sup>90</sup>, localidade com forte divisão racial, e na qual a segregação não é apenas social, mas também geográfica.

Maycomb é apresentada como uma cidade produto de um desenvolvimento gradual e de origens familiares comuns, cuja origem longínqua remonta, no livro, a uma disputa entre brancos e índios<sup>91</sup> (Lee, 2019, p. 11).

Dentre os traços marcantes de Maycomb – verdadeira personagem da história, juntamente com os demais, de carne e osso – salta aos olhos a origem comum do agrupamento urbano, ou ao menos aproximada, do ponto de vista sanguíneo, de muitos personagens. Assim, Maycomb parece uma comunidade formada pela convivência e entrelaçamento de vários clãs e famílias, em sua grande maioria brancos, com origens históricas comuns (por exemplo, os antepassados de Atticus Finch). A descrição de um tempo longínquo, que se propaga e se embrenha no tempo presente, apresenta aquele solo, como uma terra em que a tradição e os costumes têm mais força e relevância que a Lei estatal ou as decisões judiciais. O caráter telúrico subjacente à trama espreita cada movimento da história.

Sob vários aspectos a história da formação de Maycomb remete ao tipo de formação de cidades apresentada por Fustel de Coulanges (2009), em seu clássico

---

<sup>90</sup> Os Estados Confederados da América foram a união confederada em secessão aos Estado Unidos da América, e que existiram durante o período da Guerra de Secessão americana.

<sup>91</sup> “*Eu disse a Jem que, se ele queria ter uma visão ampla da coisa, tudo tinha começado mesmo com Andrew Jackson. Se o general Jackson não tivesse empurrado os índios creek rio acima, Simon Finch jamais teria subido a remo o Alabama, e onde estaríamos se não fosse isso?*” (LEE, 2019, p. 11).

‘A Cidade Antiga’, vale dizer, a comunidade está sempre a rememorar sua origem comum, motivo pelo qual o passado se faz perceber no presente.

Ao descrever algumas características da formação das cidades antigas, da Grécia e de Roma, escreve Coulanges (2009):

A cidade era uma confederação, daí ter sido obrigada, pelo menos durante muitos séculos, a respeitar a independência religiosa e civil das tribos, das cúrias e das famílias, não tendo inicialmente o direito de intervir nos assuntos particulares de cada um desses pequenos corpos. Nada tinha a ver com o que se passava no interior das famílias; não era juiz do que aí dentro sucedia; deixava ao pai o direito e o dever de julgar a mulher, seu filho, seu cliente. É por esta razão que o direito privado, que fora fixado na época do isolamento das famílias, pôde subsistir nas cidades, tendo sido modificado só muito posteriormente (Coulanges, 2009, p. 105).

Maycomb se apresenta, assim, como uma comunidade onde se relacionam, social e economicamente, várias famílias de ancestralidade simbólica comum. É no espaço público de Maycomb que as esferas privadas das famílias – com seus traços gloriosos e medíocres – se relacionam. Tais traços, por si só, tornam a convivência em Maycomb algo que só se pode compreender e valorar com um olhar apto a captar ambivalências.

A partir de tais características, pode-se afirmar que o conflito entre a esfera de domínio privado e a esfera pública está sempre latente em Maycomb. O privado reluta em ser regulado e tutelado pelo público, o público e o oficial procuram afirmar-se em sua autoridade, suplantando as reticências dos núcleos privados, e esse embate – recorrente na humanidade - se mostra origem de tragédias repetidas ao longo da história humana.

Outro elemento que consagra o cenário local como um terreno cósmico onde tudo tem sua posição natural é a escassez de dinheiro (seja na pobreza dos personagens, seja na falta de meio circulante) e a ocorrência contínua de trocas e permutas entre os personagens<sup>92</sup>. Tal característica denota a presença marcante dos valores subjetivos como linguagem ambivalente e imprópria, realizados e apresentados no cotidiano da cidade. Nada tem um *preço* publicamente reconhecível, o que abre espaço para a atribuição privada dos valores. Considerando que a trama

---

<sup>92</sup> Em várias passagens do texto a pobreza da população, as consequências da crise econômica de 1929 e a falta de dinheiro circulando naquele local se apresentam como uma metáfora da debilidade do Estado. As repetidas referências a trocas, a um verdadeiro escambo praticado entre as famílias, mostra, por sua vez, a força das decisões privadas.

se passa no período que se sucede à depressão econômica causada pela crise de 1929, fica claro que ali há, mais do que uma cidade, uma verdadeira comunhão de sofrimento, o que une a comunidade num determinado espaço sagrado de penitência (Lee, 2019, p. 32).

Tudo isso sugere que a interpretação literária de Maycomb como cenário de uma história trágica não possa ignorar os históricos laços de sangue, batalha, dor e sofrimento, ou seja, sua existência e conformação como um espaço sagrado – sempre ressacralizado - ao longo das décadas.

Por tais características é que se pode compreender Maycomb como o meio caminho entre um clã ampliado (que na mais distante esfera assume um caráter racial) e uma cidade digna desse nome (algo que remeta à Polis grega ou à Civitas romana).

Dessa confusão de características - que unem e fazem disputar o privado e o público, o subjetivo e o objetivo - é que brotará a ambiguidade da *justiça vindicatória* (justiça privada) e seu conflito com a *justiça estatal*, ali engendradas.

A título de exemplo cabe citar, à certa altura do primeiro capítulo, a alusão a filmes bíblicos sobre a vida de Jesus exibidos no tribunal (dada a falta de um cinema na cidade), o que sugere uma confusão entre religião e Estado, moral e direito, universo particular e estrutura pública (Lee, 2019, p. 16).

Como se perceberá ao longo da narrativa, é essa ambiguidade e ambivalência que serão recorrentemente evocadas para legitimar a administração de uma justiça ‘vindicatória’ em tão confuso ambiente. Afinal, Maycomb parece repetir o caminho das cidades ancestrais, que vão se incrementando gradualmente em complexidade, de relações intrafamiliares para relações interfamiliares, construindo-se, assim, uma esfera impropriamente pública, o que somente se dá com o passar do tempo, mas sempre permeada pela força da mensagem da ancestralidade do lar.

Essa mesma herança simbólica, contudo, parece não se desenvolver numa sociedade em Maycomb, pois não há no livro (Lee, 2019) uma contagem clara da passagem do tempo. A bem da verdade, em certos aspectos Maycomb parece incorporar alguns traços de realismo fantástico, dentre os quais pode-se apontar o fato de a contagem da passagem do tempo dar-se mediante a passagem das estações do ano, e não por um fluxo de tempo explícito, e cronologicamente determinado.

## 2.1 Os Habitantes de Maycomb e a Presença do Mágico no Real e no Cotidiano

Maycomb possui mitos, histórias transmitidas oralmente, narrativas e ‘fofocas’. Como todos os mitos contados pelos habitantes, tais histórias servem para entreter, amedrontar, explicar sobre as origens e orientar, não necessariamente nessa ordem. Potencializados pela imaginação fabuladora das crianças – personagens fundamentais na trama - e por seu impulso por atenção, as histórias da cidade, verdadeiras lendas urbanas, assumem características mágicas e são recorrentemente recitadas a todos que chegam à cidade (Lee, 2019, p. 20).

Da parte de quem conta a história aos recém-chegados, ela serve como uma chancela de autoridade, tal qual uma informação privilegiada que garante ao narrador uma posição de onisciência e poder relativo ao conhecimento dos segredos locais. Isso fica claro na relação entre os filhos de Atticus Finch e o sobrinho da vizinha, Dill, assim que este chega à cidade para passar o verão.

## 2.2 O Núcleo dos Finch, Calpúrnia, Dill e a Família Radley

Maycomb respira mitos. Ao leitor, alguns desses mitos locais serão apresentados pela conversa entre Jem<sup>93</sup>, Scout<sup>94</sup> e Dill.

Os dois primeiros são os filhos de Atticus Finch e o terceiro – cujo nome verdadeiro é Charles Baker Harris – era sobrinho de Rachel Haverford, vizinha dos Finch (Lee, 2019, p. 15).

Dentre esses mitos locais estava a história relacionada a Arthur “Boo” Radley, o “*fantasma*”, que nunca saía de casa e cuja aparência ninguém – ao menos nenhuma das crianças - conhecia. O que se sabia sobre os Radley vinha de relatos, e da impressão causada uma única vez pela cozinheira, Calpúrnia, que dissera ser o Sr. Radley, pai de Arthur, “...o pior homem que Deus já botou no mundo” (Lee, 2019, p. 21).

O mito que rondava a casa dos Radley era potencializado pelo fato de a família não comungar com o restante da cidade, fazendo suas orações em casa (Lee,

---

<sup>93</sup> Jeremy Finch, filho mais velho de Atticus Finch (LEE, 2019, p. 16).

<sup>94</sup> Jean Louise Finch, filha mais nova de Atticus Finch (LEE, 2019, p. 28).

2019, p. 18). Não se sabia ao certo o motivo da reclusão, a qual poderia ser o catolicismo, a misantropia ou o adventismo.

Entretanto, fosse qual fosse o motivo, os hábitos caseiros dos Radley já eram suficientes para afugentar as crianças e cobrir aquela família de histórias sem comprovação, como a que dizia que o filho recluso, Arthur Radley, teria certa vez enfiado uma tesoura, sem motivo, na perna do pai (Lee, 2019, p. 20).

Percebe-se, assim, que Maycomb está envolta por uma atmosfera fantástica, em que tudo pode parecer ter múltiplos significados, estabelecidos a partir do ângulo ou posição do observador. Tais traços denotam a potência da imaginação grupal e familiar, em detrimento da discussão pública. Essa característica local, com suas histórias, será também crucial na compreensão da dinâmica das formas (ou tipos) de justiça apresentada na obra.

### **2.2.1 A personagem de Atticus Finch, e a retidão moral que une o privado e o público**

Percebe-se, ademais, que outros personagens de *O sol é para todos* também se encontram dominados por uma esfera subjetiva vigorosa. Seja a afirmação de Calpúrnica sobre os Radley, seja a forte honra subjetiva da família Cunningham, o fato é que a narrativa recorrentemente nos apresenta atitudes repletas de orgulho e escorreita moral, pautada numa coerente, porém bastante particular, visão da vida naquela comunidade.

É na figura de Atticus Finch que tais traços de retidão moral se apresentam de modo mais emblemático.

Advogado, Atticus é um viúvo que cuida de seus dois filhos, Jem e Scout, com o auxílio de sua cozinheira, Calpúrnica. Do ponto de vista narrativo não há como negar ser Atticus o herói da história, o personagem mais repleto de detalhes, de elaboração psíquica, e a quem a obra concede maior tempo de expressão (Lee, 2019, p. 14).

Os Finch não são uma família rica. A bem da verdade, naquele sul racialmente dividido, pobre, e sem perspectivas econômicas, em que todo fluxo financeiro beira o escambo, ninguém é rico do ponto de vista monetário, pois o dinheiro, a liquidez, desaparecera com a crise econômica. O que parece ser enfatizado pela história é que

a maior riqueza daquelas famílias seja justamente sua esfera subjetiva<sup>95</sup>, seus valores morais e a tradição de seu nome, algo que, como se sabe, demanda muita atenção e cuidado, no que diz respeito a não provocar atos desproporcionais ou que destoem da carestia da vida dos demais (Lee, 2019, p. 347). Atticus, a todo tempo parece ser aquele cujo valor moral se manifesta pela capacidade de agir comedidamente, sempre mensurando o impacto de seu poder no interlocutor (Lee, 2019, p. 347). O heroísmo de Atticus provem justamente dessa habilidade de compreender o ponto de vista de seus oponentes e interlocutores. Do ponto de vista poético, Atticus simboliza o quanto há de heroico na gentileza e boa educação, bem como quanto há de *justo* no comedimento.

### 2.3 Os Cunningham e a Desigualdade Real dos Aparentemente Iguais

Ainda no que se refere aos traços mais emblemáticos dos personagens de Maycomb e das relações havidas entre eles, para melhor elucidar a dinâmica peculiar do trato, podemos indicar a relação existente entre Atticus Finch e a família Cunningham<sup>96</sup> (Lee, 2019, p. 32); (O sol..., 1962).

Logo nos seus primeiros dias na escola, após um pequeno mal-entendido, Jean Louise – o verdadeiro nome de Scout Finch – fora então compelida a informar à professora, Srta. Caroline Fischer, que outro aluno, o jovem Walter Cunningham, não tinha o que comer. Todos da sala sabiam que, unicamente por ele ser um Cunningham, ele não teria dinheiro nem para levar merenda à escola, nem para comprar um lanche, e nem mesmo condições de ir comer em sua casa (Lee, 2019, p. 31). Nesse momento o leitor é apresentado a algumas outras peculiaridades de certos residentes da região de Maycomb.

No caso específico dos Cunningham, moradores de Old Sarum, afirma-se que eles “*não aceitam nada que não possam devolver depois: nem cestas de mantimentos da Igreja, nem vales alimentos do governo. Nunca tomaram nada de ninguém*” (Lee, 2019, p. 32).

---

<sup>95</sup> Conforme dissemos, a riqueza subjetiva parece ser corroborada pela ausência de dinheiro, ou seja, de moeda de troca objetiva entre os habitantes, o que os leva a recorrentemente realizar permutas, ou seja, a proceder intercâmbios de produtos e serviços sem que haja uma unidade referencial.

<sup>96</sup> Há nesse ponto uma sutil diferença de ordem narrativa, de sequência de cenas, entre o livro (LEE, 2019), de 1960 (LEE, 2019), e o filme (O SOL..., 1962). No filme (O SOL..., 1962), a primeira cena é a que mostra o Sr. Cunningham à procura de Atticus Finch para pagá-lo.

Nota-se, então, que, apesar da miséria, alguns personagens habitantes de Maycomb carregam uma brutal dignidade caracterizada pela honra e moral privativamente exercida, um reino subjetivo potente, tal qual o do herói Atticus Finch. Evidencia-se, em certa medida, que é esse universo particular moral de algumas famílias que lhes permite, entre todos, a comunhão, a relação, a troca.

A honra dos Cunningham é exposta por Atticus, em sua confiança de poder prestar serviços jurídicos para Walter Cunningham, o pai, a respeito de um morgadio<sup>97</sup> sem temer qualquer inadimplência, pois, ainda que os Cunningham não tivessem dinheiro, Atticus sabia que o serviço estaria pago – “*de algum modo – antes do ano terminar*” (Lee, 2019, p. 32).

Percebe-se, assim, alguns traços da relação comunitária de Maycomb e de suas comunidades concêntricas e circundantes<sup>98</sup> (Lee, 2019, p. 206). Mesmo tratando-se de uma cidade pobre, a relação entre os habitantes se dá em grande parte em função de uma profunda noção de dever e honra subjetivas, tal qual nos universos subjetivos do clã, da tribo ou da família. Como indicado no início do capítulo 3, Walter Cunningham Jr. precisa repetir, ano após ano, a primeira série pois precisa auxiliar o pai na colheita, o que denota o ímpeto do trabalho, que acode a muitos dos personagens (Lee, 2019, p. 37).

Desses e de outros traços fortemente familiares, é que, em parte, surgirá a noção e o mecanismo de justiça, e a cosmovisão locais, que envolve bom número dos habitantes da região.

Como se sabe (quicá até intuitivamente), um núcleo familiar não é formado de pessoas em posições materialmente iguais. A bem da verdade, na família, não há, por assim dizer, igualdade funcional (nem mesmo entre irmãos gêmeos). O universo familiar é regido por regras e suposições diferentes das regras da *civitas*, da cidade

---

<sup>97</sup> O morgadio, figura jurídica é uma forma de organização familiar que cria uma linhagem como um código para designar os seus sucessores, estatutos e comportamentos. No regime de morgadio, os domínios senhoriais eram inalienáveis, indivisíveis e insusceptíveis de partilha por morte do seu titular, transmitindo-se, nas mesmas condições, ao descendente varão primogênito. Assim, o conjunto dos bens dum morgado constituía um vínculo, uma vez que esses bens estavam vinculados à perpetuação do poder econômico da família de que faziam parte, ao longo de sucessivas gerações. Esse tipo de vinculação com a terra tem origem na legislação castelhana, que colonizou durante um breve tempo o sul de algumas regiões os Estados Unidos. Sobre morgados, recomendamos a leitura do ‘Tratado Prático de Morgados’, de Manoel de Almeida e Souza Lobão (LOBÃO, 1841).

<sup>98</sup> De acordo com o livro (LEE, 2019, p. 35), os Cunningham não são propriamente habitantes da cidade de Maycomb, e sim de Old Sarum, região próxima à cidade. No mesmo sentido, todos os membros que participam do júri de Tom Robinson são residentes nas localidades interioranas próximas à Maycomb, sede do Condado (LEE, 2019, p. 205).

(onde, nesta sim, busca-se uma igualdade, ao menos formal, entre os membros da comunidade).

Ainda que Maycomb não seja uma única família, propriamente dita, todos os seus elementos constitutivos apontam para uma desigualdade estrutural e especificação funcional, tal qual uma grande família, traços literários incrementados pela relação simbiótica entre os habitantes, agravada pela crise econômica (Lee, 2019, p. 166).

#### **2.4 Robinsons e Ewells. A Base da Pirâmide e a Falsa Simetria entre as Vítimas da Desigualdade**

A lista dos personagens fundamentais para a compreensão da trama se completa com a apresentação de duas famílias que residem na base da pirâmide socioeconômica de Maycomb. São eles os Robinson, negros empobrecidos, e os Ewell, brancos também empobrecidos (Lee, 2019, p. 101 e p. 213), ambos experimentando um grau de pobreza mais severo que o restante da cidade.

Contudo, mesmo sendo, ambos, a base econômica da pirâmide, fica evidente a diferenciação social provocada pela questão racial e os impactos de cunho antropológico que tal diferença provoca na história (Lee, 2019, p.101).

##### **2.4.1 Os Robinson e a dignidade social construída mediante o trabalho**

Os Robinson são afro-americanos – ou seja, descendem dos escravizados africanos levados forçadamente aos Estados Unidos - que residem próximos ao lixão de Maycomb e trabalham na colheita do algodão ou em outros trabalhos que lhes são oferecidos (Lee, 2019, p. 101).

Fundamentalmente, o que se percebe é que os antigos escravizados ali trabalham - seja na colheita do algodão, seja na casa dos brancos, assim como Calpúrnia, e, inserem-se, desse modo, no universo da economia das trocas simbólicas que constituem uma cidade (Lee, 2019, p. 101).

A família Robinson frequenta a mesma igreja de Calpúrnia, cozinheira dos Finch, a Igreja da Alforria, ou Igreja Metodista da Primeira Aquisição (Lee, 2019, p. 150). Percebemos que os Robinson, bem como os demais afrodescendentes locais,



transitam em dois ambientes específicos: a sua comunidade ancestral racial e a cidade das trocas comerciais (Lee, 2019, p. 150).

Quando adentram a esfera familiar dos brancos, o fazem para prestar serviços, como no caso da relação entre Calpúrnia e os Finch – o que se apresenta como evidente resquício da relação hierárquica entre brancos e negros, do sul dos Estados Unidos.

Não há na obra nenhuma palavra que insinue qualquer indignidade da família Robinson – com exceção, obviamente, da acusação que Tom injustamente sofrerá. O que a trama demonstra, contudo, é a situação paradoxal dos negros do sul dos Estados Unidos, utilizados para determinadas atividades comerciais e de serviços, mas mantidos à distância – geográfica e simbólica – da vida cotidiana, o que se percebe pelo fato de residirem todos juntos, agrupados, numa área distante, longe das vistas da comunidade branca.

Fica evidente, que, em termos antropológicos, a divisão fundamental no plano ancestral, não é uma divisão socioeconômica, mas uma divisão racial entre negros e brancos, a qual manifestar-se-á com violência tanto no julgamento de Tom Robinson (Lee, 2019, p. 205), quanto na tentativa frustrada de linchamento deste (Lee, 2019, p. 190).

Tom Robinson, mesmo com todas suas características, sua dignidade de trabalhador, sua família com esposa e filhos, é o personagem que será acusado, por Bob Ewell, de ter estuprado sua filha Mayella Ewell.

#### **2.4.2 Os Ewell e a indignidade que não ignora a cor da pele**

Robert Ewell, por sua vez, é outro membro da base da pirâmide social de Maycomb, sendo, entretanto, branco.

O primeiro Ewell apresentado no livro (Lee, 2019, p. 39) é Burris Ewell, colega de escola de Scout, cujos piolhos no primeiro dia de aula assustaram a professora. O descaso com que os jovens Ewell são tratados por seu pai diz muito sobre a personalidade deste.

Pode-se dizer que a única característica que mantém Bob Ewell como um membro da comunidade seja a cor de sua pele - muito embora ninguém se importe como o fato de que os membros da família Ewell somente frequentem a escola no

primeiro dia de aula (unicamente para figurarem como matriculados, e não enfrentarem problemas com a polícia) (Lee, 2019, p. 40).

Bob Ewell é o pai de Burris Ewell e Mayella. Sem ocupação definida, os Ewell são apresentados quase como seres ‘semi-humanos’, já desprovidos de um raciocínio que lhes permitisse interagir socialmente. É difícil comunicar-se com os Ewell, que vivem como brutos<sup>99</sup>, o que será várias vezes demonstrado pelos quase-diálogos tentados entre Atticus e Bob (Lee, 2019, p. 164).

É sobre o conflito que surgirá entre os Robinson e os Ewell que deverá o Poder Judiciário local se pronunciar, mediante um procedimento presidido pelo Juiz John Taylor, e onde Atticus Finch figurará, a pedido daquele, como advogado dativo do acusado. Atticus desempenhará seu ofício de modo impecável, mesmo tendo toda a cidade, e as famílias que a compõem, em especial, contra si (Lee, 2019, p. 164).

Não há qualquer dúvida, seja pela posição geográfica das casas, seja pela ocupação ou falta dela, que Ewell e Robinson são a base da pirâmide de Maycomb, e inegavelmente há uma tensão entre as duas famílias<sup>100</sup> (Lee, 2019, p. 213).

Contudo, uma diferença se impõe. Enquanto os Robinson são trabalhadores, membros da comunidade religiosa, e com relações de amizade e trabalho com os demais moradores (brancos e produtivos), os Ewell, embora brancos, sobrevivem sem ocupação definida, vivem reclusos e, inegavelmente, conforme demonstrado no livro (Lee, 2019, p. 213), se ressentem profundamente da posição social digna, e do respeito com que os Robinson são tratados pela comunidade. É nesse ponto sensível que jaz a grande tensão do livro: brancos ociosos e ressentidos, que investem contra afrodescendentes, trabalhadores e dignos.

### **3 ACUSAÇÃO DE BOB EWELL CONTRA TOM ROBINSON – O PESO DA PALAVRA DO HOMEM BRANCO NO CONTEXTO RACIAL DOS ANOS 30**

Apresentados os personagens principais, resta expor, de forma sucinta, os acontecimentos que engendram a tragédia contida na obra.

---

<sup>99</sup> “A família de Burris Ewell morava no mesmo pedaço de terra atrás do lixão de Maycomb, vivendo da assistência social do condado, havia três gerações” (LEE, 2019, p. 164).

<sup>100</sup> “Os Ewell de Maycomb moravam atrás do lixão da cidade, no lugar onde um dia tinha havido um barraco de negros. As paredes de tábuas do barraco tinham sido revestidas com chapas de zinco, o telhado fora coberto de latas amassadas com martelo, por isso só era possível ter uma ideia de como era a construção original por causa do formato: quadrada, com quatro pequenos quartos abrindo para um corredor estreito, tudo mal sustentado por quatro blocos de pedra irregulares. As janelas não passavam de buracos nas paredes, que no verão eram cobertas com pedaços de pano sujo para afastar os vermes que se regalavam no lixo do condado” (LEE, 2019, p. 213).

Bob Ewell (por razões que são insinuadas na trama, mas, que, inequivocamente, apontam para a inocência do acusado), acusa Tom Robinson do estupro de Mayella Ewell, sua filha. Tom Robinson vai a julgamento pelo Tribunal local. A cidade então, salvo raras exceções, fica chocada quando Atticus Finch aceita ser advogado dativo de Tom Robinson (Lee, 2019, p. 101).

Finch é, então, acossado pela cidade, que não tolera que ele, um homem respeitável, aceite, naquele Alabama dos anos 30, ser o defensor de um negro acusado do estupro de uma jovem branca (Lee, 2019, p.102).

Bob Ewell chega a cuspir no rosto de Atticus Finch, e ameaçá-lo, dizendo que acabaria com sua vida. Finch não esmorece (Lee, 2019, p. 270). Mesmo tendo que enfrentar ameaças, explícitas e veladas, a si e sua família: defende o acusado, deixa evidente as inúmeras falhas tanto da investigação quanto do processo, levanta inequívoca “*dúvida razoável*” sobre os fatos apresentados pela acusação, e prova – pelo menos aos olhos do leitor - a inocência de Robinson, sem, contudo, conseguir a absolvição pelo grande júri (Lee, 2019, p. 263).

Aqui o leitor se depara com um tema fundamental da injustiça daquele contexto social: percebe-se (Lee, 2019, p. 263) o poder da palavra e da acusação, lançadas por um branco contra um negro, principalmente num tema tão interpretado como tabu quanto é o da conjunção carnal inter-racial, para os habitantes de Maycomb, bem como na época de lançamento do livro (Lee, 2019), momento de efervescência do movimento pelos direitos civis dos afro-americanos nos Estados Unidos.

Do ponto de vista literário, importante ressaltar, o personagem de Atticus Finch encontra-se no panteão dos grandes heróis morais da história da ficção ocidental, assumindo traços de quem, mediante sua saga, antecipa um caminho difícil a ser trilhado, e incentiva outros a seguirem aquela trilha, tornando-se exemplo de integridade diante das adversidades.

Nas palavras de Joseph Campbell (1990) acerca da jornada do herói:

(...) não precisamos correr sozinhos o risco da aventura, pois os heróis de todos os tempos a enfrentaram antes de nós. O labirinto é conhecido em toda a sua extensão. Temos apenas de seguir a trilha do herói, e lá, onde tínhamos encontrar algo abominável, encontraremos um deus. E lá, onde esperávamos matar alguém, mataremos a nós mesmos. Onde imaginávamos viajar para longe, iremos ao centro da nossa própria existência. E lá, onde pensávamos estar sós, estaremos na companhia do mundo todo (Campbell, 1990, p.131).

A tragédia, contudo, se manifesta: desesperado por sua condição racial, por sua acusação injusta, por sua condenação sem provas, e pela desesperança em conseguir um dia ser tratado como um igual, ao menos perante a lei, Tom Robinson é morto, com dezessete tiros, ao tentar fugir da penitenciária onde aguardava o julgamento do recurso (Lee, 2019, p. 292). A injustiça da acusação materializa-se na morte de um inocente.

Atticus Finch sofre com a morte de Tom (Lee, 2019, p. 294). Encarregado por seu dever e por sua consciência moral, ele dirige-se, com Calpúrnica, à casa dos Robinson para dar a trágica notícia à esposa do falecido, Sra. Helen Robinson (Lee, 2019, p. 298).

A morte de Tom Robinson é a reviravolta na trama que impõe ao leitor o enfrentamento com a máxima injustiça, a da morte de um inocente em virtude de uma calúnia.

Desse ponto em diante, toda a trama se encaminhará para a busca de um resgate de tamanha injustiça. A trama se desenrola até o ponto culminante da morte aparentemente acidental de Bob Ewell e o decorrente diálogo entre Atticus e o xerife de Maycomb, Heck Tate, de como seriam interpretados os fatos daquela noite. Dá-se aí algo como uma discussão, sobre se o que ocorrera com Ewell fora um acidente, ou uma morte suspeita que ensejasse uma investigação sobre o filho de Atticus (Lee, 2019, p. 340). É nesse momento que o tema da justiça como retribuição surge no livro.

### **3.1 A Origem do Mal e da Injustiça: a Inveja e a Ressentimento em Bob Ewell**

Das múltiplas potências e energias metafísicas evocadas pela trama de Harper Lee (2019), a da calúnia e suas consequências incontroláveis se apresenta de forma vigorosa.

É mediante uma das mais ancestrais das ofensas – a calúnia<sup>101</sup> – que Bob Ewell age contra Tom Robinson. Não se trata de uma calúnia trivial. A acusação de que Tom teria estuprado e espancado Mayella Ewell evoca as mais graves interdições que um homem pode conspurcar: manchar a honra de uma donzela e, conseqüentemente, o sangue de outra família. A castidade de Mayella – verdadeira

---

<sup>101</sup> Dentre as obras clássicas acerca do tema, e das consequências da calúnia, podemos indicar a leitura de ‘Apologia de Sócrates’ de Platão (2009).

riqueza naquele Alabama dos anos 30 - é usada como ferramenta, portanto, para lançar toda a comunidade de Maycomb contra os negros, em geral, e, diretamente, contra Tom Robinson, em especial<sup>102</sup> (Lee, 2019, p. 190).

Percebe-se, automaticamente, a congregação das múltiplas famílias brancas, representadas por seus varões, assentados naquele Júri<sup>103</sup>.

Quanto à acusação, sabemos tratar-se de uma mentira, o que fica claro para o leitor conforme o julgamento acontece (Lee, 2019, p. 253). Tudo indica que não houve estupro, e que fora Bob Ewell quem espancou sua filha, após vê-la com Tom Robinson. Justamente nesse ponto, portanto, é que somos surpreendidos pelo conflito que brota da 'transgressão sexual' descrita. Essa não é uma transgressão efetivamente 'criminosa', tal qual seria um estupro propriamente dito.

O que realmente fora maculado parece ter sido menos o corpo de Mayella e sim, a distância devida a ser observada e mantida entre brancos e negros. O crime, o verdadeiro pecado, foi a aproximação simbólica entre os dois núcleos ocupantes da base da pirâmide.

Com tal situação, a obra evoca na trama um dos grandes problemas da modernidade, qual seja, a conspiração dos lugares sagrados e da 'posição natural' da família, a distância apropriada entre os 'diferentes' e a dificuldade de que aqueles que creem nesses 'lugares naturais' relacionem-se em sociedade.

A era moderna anuncia, assim, o advento de uma sociedade complexa e altamente desagregada, funcionalmente diferenciada e exigindo um fator externo que lhe compense a perda da homogeneidade comunitária: o Estado Burocrático (Ferraz Junior, 2009, p. 116-117).

Não podemos, contudo, entrar na mente de Bob Ewell. Não sabemos qual o motivo fundamental, o 'gatilho' ou 'estopim' da atitude caluniosa: se o mero receio de sentir-se ofuscado por um negro, se a consciência (e o pânico) de aquele homem ter "*interessado*" à sua filha Mayella, ou se a mera disposição de Tom para o trabalho –

---

<sup>102</sup> Especificamente quanto à "*transgressão sexual*" alegada, devemos ter em mente que não há no depoimento do acusador Bob Ewell, nem em qualquer parte da narrativa, qualquer prova de 'estupro' ou 'conjunção carnal' além da alegação de Bob Ewell. Nem mesmo a alegada vítima, Mayella Ewell, descrevera de forma minuciosa ato de conjunção carnal, alegando que Tom Robinson havia, unicamente, "*se aproveitado dela*". (LEE, 2019, p. 226).

<sup>103</sup> Digna de nota é a distribuição segregada dos negros e dos brancos na sala do Tribunal, ficando os brancos na parte inferior, mais perto do Juiz e do Júri, enquanto os negros ocupavam um segundo andar, distante do local das atividades jurídicas propriamente ditas.

mesmo contando com apenas um braço funcional<sup>104</sup> (Lee, 2019, p. 231). O que se percebe é a ferocidade com que Bob Ewell se lança na sua luta por desacreditar Tom, maculando sua reputação, levando-o a julgamento, e, por fim, indiretamente, ocasionando-lhe a morte (Lee, 2019, p. 292).

Se ao leitor pode ser oferecida alguma interpretação, esta reside no ressentimento e na inveja que parecem atormentar Bob Ewell, visivelmente em razão do respeito devotado pela comunidade à Tom Robinson até o momento da acusação (Lee, 2019, p. 271).

É deveras importante analisarmos do que estamos falando, quanto apresentamos a justificativa do ressentimento e da inveja<sup>105</sup>. Ambos os termos não tratam da mesma emoção. Tanto inveja quanto ressentimento são constelações afetivas engendradas pela percepção da desproporção entre o sujeito da emoção e seu modelo paradigmático.

Nas palavras de Maria Rita Kehl (2015):

Para Scheler, a constelação afetiva do ressentimento compõe-se da soma de rancor, desejo de vingança, raiva, maldade, ciúmes, inveja, malícia. Uma conjunção maligna, portanto, na qual o desejo de vingança exerce um papel predominante; a palavra ressentimento indica que se trata de uma reação – mas se esta reação tivesse sido posta em ato, ainda que fosse um ato de palavra, o sentimento de injúria ou agravo teria sido aplacado (Kehl, *apud* Scheler, 2015, p. 15).

Por um lado, como se vê, o ressentimento se apresenta como desdobramento da consciente impotência de Bob Ewell em relação aos Robinson. Não sabemos de fato se o simples encontro de Tom e Mayella teria causado tamanha reação desproporcional e ignóbil em Bob Ewell (Lee, 2019, p. 209).

O que podemos inferir, valendo-nos de Scheler (1992), é, que:

El punto de partida más importante en la formación del resentimiento es el impulso de 'venganza'. Ya la palabra 'resentimiento' indica, como se ha dicho, que las emociones aquí referidas son emociones basadas en la previa aprehensión de los sentimientos ajenos; esto es, que se trata de reacciones. Impulso reactivo es, en efecto, el impulso de venganza, a diferencia de los impulsos activos y agresivos, de dirección amistosa u hostil. Un ataque o una ofensa precede a todo impulso de venganza. Pero lo importante es que el

<sup>104</sup> Durante o julgamento o leitor fica sabendo que Tom Robinson tivera seu braço direito dilacerado por um descaroador de algodão anos antes (LEE, 2019, p. 231).

<sup>105</sup> Há um subtexto em *O sol é para todos* (LEE, 2019), que aponta para o gradual processo de complexificação das sociedades tradicionais, visível, seja no trato dados aos diferentes, seja na imbricação das tradições e preconceitos no jogo cotidiano. Sobre a complexificação das sociedades tradicionais, sugerimos a leitura de 'The Civilizing Process', de Norbert Elias (2000).

impulso de venganza no coincide, ni mucho menos, con el impulso hacia el contraataque o defensa, aun cuando esta reacción vaya acompañada de cólera, furor o indignación (Scheler, 1992, p. 23).

Em tradução livre, Scheler (1992) está a dizer, que, o ponto de partida do ressentimento é o desejo de 'vingança'. A palavra 'ressentimento' já indica, como dito anteriormente, que as emoções aqui mencionadas são emoções baseadas em reações alheias. Impulso reativo é, com efeito, o impulso de vingança, diferentemente dos impulsos ativos e agressivos.

De modo semelhante, a história da filosofia e do pensamento social já discorrera acerca do fenômeno da inveja, seja aquela destinada aos superiores, seja a que se volta aos iguais, aos rivais, aos que competem com o invejoso.

Nas palavras de Helmut Schoeck (1969), com grifos nossos:

As people have always realized, however, the envier has little interest in the transfer of anything of value from the other's possession to his own. **He would like to see the other person robbed, dispossessed, stripped, humiliated or hurt, but he practically never conjures up a detailed mental picture of how a transfer of the other's possessions to himself might occur.** The pure type of envier is no thief or swindler in his own cause. In any case, where that which is envied is another man's personal qualities, skill or prestige, there can be no question of theft; he may quite well, however, harbour a wish for the other man to lose his voice, his virtuosity, his good looks or his integrity (Schoeck, 1969, p. 09).

Schoeck (1969), em tradução livre, está a afirmar que o desejo oculto do invejoso não é o de transferir patrimônio ou algo semelhante do invejado para si, mas sim deseja ver o antagonista humilhado, magoado e despojado do que lhe gera prestígio.

É pela percepção das raízes dramáticas das disputas que engendra a calúnia de Bob Ewell sobre Tom Robinson, que *O sol é para todos* pode ser entendido como uma obra de arte que alcança a universalidade a que se propõe.

### **3.2 A Injustiça Radical Enquanto Mácula do Sagrado: a Calúnia que Engendra o Destino Poético e Trágico de Tom Robinson**

Muito já se debateu sobre quais características definem a poesia. Aristóteles (2011) serve de norte para uma possível resposta pois, para o estagirita:

O historiador e o poeta não se diferenciam pelo fato de um usar prosa e outro, versos. (...) A verdadeira diferença está no fato de o primeiro relatar o que aconteceu realmente, enquanto o segundo, o que poderia ter acontecido.

Consequentemente, a poesia se ocupa mais do universal, ao passo que a história se restringe ao particular. O universal é o que cabe a um certo tipo de pessoas dizer ou fazer em determinadas circunstâncias segundo o provável ou o necessário; esse é o objetivo da poesia, ainda que atribuindo nomes aos indivíduos (Aristóteles, 2011, p. 54-55).

Encontra-se, em *O sol é para todos*, justamente o poder dessa poesia particular que encarna o universal que surge na história. Afinal, o relato daquela injustiça racial e judicial que enseja a tragédia é algo que poderia ter acontecido em muitos lugares (e certamente aconteceu, e acontece), recorrentemente.

Nesse sentido, o drama na trama de Harper Lee (2019) permite ao leitor observar o mais profundo da filosofia das relações humanas, e seus jogos de domínio e poder.

A tragédia marca a narrativa de *O sol é para todos*. A calúnia de Bob Ewell, a prisão e tentativa de linchamento por parte dos homens da cidade, a morte trágica de Tom Robinson na tentativa de fugir às injustiças provocadas pelos homens. As ameaças de Bob Ewell a Atticus Finch, e a tentativa de Bob de ferir os filhos de Atticus. A morte de Bob Ewell na disputa com Arthur Radley (Lee, 2019, p. 330). Por fim, o *voluntário esquecimento* das circunstâncias da morte de Bob Ewell por Atticus e Heck Tate (Lee, 2019, p. 340).

O caminho da justiça no livro (Lee, 2019) é circular e trôpego, possuindo uma natureza própria, por vez, insondável. Nele, a retribuição, ingrediente da justiça, pode advir de muitos lugares<sup>106</sup>.

#### **4 A BUROCRACIA DA JUSTIÇA E A DEBILIDADE DA LEI E DO DIREITO EM UMA SOCIEDADE DESIGUAL**

A obra de Harper Lee (2019) dialoga com a tragédia daquilo que se encontra fora do controle dos homens, daquilo que nos escapa, do que o próprio destino

---

<sup>106</sup> Sobre a relação entre “justiça”, “retribuição” e “vingança”, podemos nos valer de Kelsen: “O princípio fundamental que determina o comportamento do homem primitivo em relação à natureza é o mesmo que decide sua conduta em relação aos membros de seu próprio grupo e de outros – o princípio da retribuição. Há uma tendência a considerar a reação chamada “retribuição” uma emoção primária do homem e remontá-la a um instinto natural de vingança que pode ser observado não apenas entre os primitivos, mas também entre crianças e mesmo animais. Essa visão, contudo, baseia-se no fato de que o comportamento interpretado como retribuição não é claramente distinguível de uma mera reação defensiva proveniente de um desejo de autopreservação ou, ao menos entre os seres superiores, como uma contratendência ao que causa dor. É apropriado falar de ‘vingança’ somente se a reação em questão é realizada com a intenção não apenas de esquivar-se de um mal, mas também de infligir um mal como resposta, seja ela contra o ‘autor’ do mal seja contra alguém associado a ele e considerado coletivamente responsável” (KELSEN, 2022, P. 157-158).



esconde. Diante do fado, da imposição do acaso, do imponderável sobre a vida humana, percebemos a insuficiência das instituições e da lei para lidar com o que nos vincula às nossas mais primitivas raízes. Dessa insuficiência, surge a busca pela redenção.

As esferas da justiça, suas linguagens específicas e dinâmicas de funcionamento, parecem muitas vezes confundir, mesclar e turvar os limites entre a justiça e a vingança. Na trama, todos os personagens que constataram e testemunharam a injustiça cometida contra Tom Robinson, desde a calúnia perpetrada por Bob Ewell, até a morte de Robinson ao tentar fugir da cadeia, percebem-se num universo em desequilíbrio. Como restaurar a justiça colocando as peças de volta no seu lugar original? Como restaurar a harmonia do mundo corrompido pela calúnia de Bob Ewell?

As formas burocráticas de administração da justiça no caso de Tom Robinson, em especial a incapacidade de interpretação objetiva do que realmente sucedera, demonstra o quanto a pretensa objetividade está sujeita às interferências daquilo que toca em profundidade a alma. A objetividade, a proporcionalidade, e a reciprocidade mostram-se fantasiosas por falta de um aparato cognitivo que permita compreender o mundo em si, o “*númeno*” de que nos falou a filosofia Kantiana, à qual aqui acedemos pela via Schopenhaueriana (Schopenhauer, 2001, P.11).

Assim é que percebemos que atos humanos engendram, muitas vezes, injustiças imensuráveis, mesmo quando buscam a justiça. Seja pela lei que deve ser ‘contornada’ para que se possa realizar a verdadeira equidade para com Burris Ewell<sup>107</sup>, seja pela suscetibilidade do grande Júri formado por homens brancos do interior do condado, ou mesmo a tentativa de linchamento que Atticus Finch precisa impedir<sup>108</sup> - sempre se nota a imperfeição das instituições humanas, e o caminho que se abre para a ação individual e arbitrária (LEE, 2019, p. 40; p. 45).

---

<sup>107</sup> O diálogo entre Scout e Atticus Finch, em que esta quer convencer o pai de não mais ir à escola, esclarece essa necessidade, análoga à equidade, de se contornar a lei para obter a melhor justiça ao caso concreto: “- *De repente, tive uma ideia. – Lembra do Burris Ewell? Ele só vai à escola no primeiro dia. A inspetora acha que cumpriu a lei só de colocar o nome dele na lista de chamada...*” (LEE, 2019, p. 40). “- *Você não pode fazer isso, Scout – disse Atticus. – Às vezes, em casos especiais, é melhor desrespeitar a lei um pouco. Mas no seu caso, a lei permanece rígida. Você tem de ir à escola*” (LEE, 2019, p. 45).

<sup>108</sup> No capítulo XV um grupo de homens se dirige à cadeia da cidade na véspera do início do julgamento com o explícito objetivo de matar Tom Robinson. São, contudo, demovidos por Atticus que se instalara na porta da cadeia, e se arrisca para impedir tal ação do grupo (LEE, 2019, p. 190).

Se se dispõe a aceitar uma visão cósmica do balanço das coisas, do modo como as justiças e injustiças espraíam-se no éter do universo, fica-se tentado a antever a necessidade de alguma força que venha a nivelar o desequilíbrio engendrado pela morte de Tom Robinson, morte esta que teve como origem causal a calúnia de Bob Ewell.

A tragédia, portanto, que se anuncia na trama de Lee (2019) é o inevitável apresentado de que, de alguma forma, Tom Robinson – e todos aqueles que faziam parte de sua família - será vingado pela dinâmica natural das forças, já que não pudera sê-lo pela atividade formal dos homens e do Estado. É aqui que se vê o clamor por uma ‘justiça poética’ em ação, a mesma justiça que deve vir das mãos do vingador (seja ele humano ou não).

A tragédia, cumpre lembrar, segundo Aristóteles (2011), tem seus requisitos estéticos, que evocam sua função de ‘purgação’:

Tragédia, assim, é a imitação de uma ação séria, completa, que possui certa extensão, numa linguagem tornada agradável mediante cada uma de suas formas em suas partes, empregando-se não à narração, mas a interpretação teatral, na qual os atores, fazendo experimentar a compaixão e o medo, visam à purgação desses sentimentos (Aristóteles, 2011, p. 49).

Fica assim evidente o papel poético e trágico da obra de Harper Lee (2019), ao expor a falibilidade das instituições humana da justiça, e o espectro de injustiça que essa imperfeição pode ocasionar. Mais ainda, contudo, ao prenunciar uma forma de justiça vingativa, oculta, que se impõe desobedecendo as formalidades da justiça dos homens, o livro anuncia ao leitor que formas desconhecidas de reequilíbrio das iniquidades podem manifestar-se na vida humana: violência, destino, vingança.

#### **4.1 A Integridade Problemática de Atticus Finch: Aquele que Consegue Ser o Mesmo Dentro e Fora da Casa**

De crucial importância filosófica na obra, é a postura do personagem de Atticus Finch diante do dilema moral que a ele se apresenta. Herói trágico, continuamente esmagado pela consciência do dever, Atticus, na palavra de Srta Maudie<sup>109</sup>, era o homem que conseguia ser o mesmo dentro e fora de casa, ou seja,

---

<sup>109</sup> “– *Minha querida, eu estava falando por falar, nem pensei no seu pai, mas já que você falou, vou dizer o seguinte: Atticus Finch é a mesma pessoa dentro e fora de casa (...)*” (LEE, 2019, p. 63).

alguém que consegue manter a integridade, mesmo transitando entre duas esferas distintas, uma em que prevalece a subjetividade e outra em que tem proeminência a objetividade (Lee, 2019, p. 63). Tal frase da Sra. Maudie sintetiza a filosofia do conflito público e privado contida na obra.

Ora, tanto a obra de Lee (2019) demonstra, quanto percebe-se com o passar dos anos, que todos vivemos cotidianamente em dois universos distintos ao mesmo tempo, um público e outro privado.

De um lado, o universo particular, de subjetividades, sentimentos, ancestralidade, afetos, e tudo que constitui a nossa mais profunda identidade.; Trata-se da esfera do amor, da família, do incontável e incomensurável.

De outro lado, nossa personalidade social, aquela que demanda uma linguagem objetiva, reconhecível e interpretável pelo outro, que construímos no trato com nossos semelhantes, que nos chega pela linguagem, pela comunicação, pelos códigos públicos, pelas trocas simbólicas.

Hannah Arendt (1987) expõe, com maestria, essa nossa característica dúplice, o que justifica a extensão da transcrição a seguir:

A distinção entre uma esfera de vida privada e uma esfera de vida pública corresponde à existência das esferas da família e da política como entidades diferentes e separadas, pelo menos desde o surgimento da antiga cidade-estado. (...) Historicamente, é muito provável que o surgimento da cidade-estado e da esfera pública tenha ocorrido às custas da esfera privada da família e do lar. Contudo, a antiga santidade do lar, embora muito mais pronunciada na Grécia clássica que na Roma antiga, jamais foi inteiramente esquecida. (...) O que distinguia a esfera familiar era que nela os homens viviam juntos por serem a isso compelidos por suas necessidades e carências. A força compulsiva era a própria vida – os penates, os deuses do lar, eram, segundo Plutarco, ‘os deuses que nos fazem viver e alimentar nosso corpo’, e a vida, para sua manutenção individual e sobrevivência como vida da espécie, requer a companhia de outros. (...) A esfera da pólis, ao contrário, era a esfera da liberdade, e se havia uma relação entre essas duas esferas era que a vitória sobre as necessidades da vida em família constituía a condição natural para a liberdade na pólis (Arendt, 1987, p. 37-41).

Em certa medida, uma das grandes dificuldades da espécie humana segue sendo a de fazer adequar, de qualquer forma, todas essas esferas da experiência humana, do estômago ao espírito.

A interferência recíproca é algo deveras complexo: o verdadeiro herói - ao menos no plano da obra de Harper Lee (2019) – é aquele que consegue conectar ambas as esferas, trazer para dentro de seu reino pessoal a linguagem e a razão do ambiente público, e iluminar o espaço público com seus afetos sem que esses causem

divisões, autoritarismo, ou violência perante seus semelhantes. Assim, essa integridade, essa unificação – grande tema da obra de Harper Lee (2019) - demanda o desenvolvimento de habilidades quase, atreve-se a dizer, ‘artísticas’, não estando previamente estabelecidas por um *codex*. Atticus, segundo Maudie, é o homem que consegue fazê-lo (Lee, 2019, p. 63).

É assim que se pode interpretar o clímax da obra, quando os filhos de Atticus são atacados na mata por Bob Ewell (Lee, 2019, p. 325). Nesse momento, a integridade de Atticus é posta à prova: como lidar com tamanha invasão da esfera privada pelo elemento público? Afinal, a mera relação de Atticus com Bob era fruto de um trabalho, de uma ação essencialmente profissional. Qual a reação possível quando aquele com quem me relaciono profissionalmente, por inveja ou ressentimento, tenta matar minha prole? E, principalmente, como lidar com o fato de que, ao cometer tal atitude ignóbil, tenha Bob Ewell morrido em circunstâncias obscuras, que podem até significar que uma das crianças o tenha matado?

Como encarar tal aparente ironia do destino? E como interpretar um ato do destino que acaba por reordenar a vida, reequilibrando as coisas pela morte do ofensor?

#### **4.2 Uma Possível Análise da Essência do Mal**

O ato de observar a dificuldade de relacionamento entre Bob Ewell e a cidade – e, em especial, entre Bob e Atticus – permite que imaginemos uma leitura sobre a essência do mal na obra de Harper Lee (2019).

Bob Ewell é o homem afogado em si. Desprovido de linguagem que lhe permita raciocinar, ele, unicamente, reage. O mundo circundante provavelmente o assombra, intimida, ameaça. É um ‘igual-desigual’ da maioria da população de Maycomb. Branco, nascido na terra, com antepassados no local, mas imerso, miserável em todos os sentidos, isolado, sem ação sobre o mundo e, conseqüentemente, sem ferramentas – intelectuais, simbólicas – que lhe permitam relacionar-se com a diferença (Lee, 2019, p. 308-311). Diante dessa carência não encontra outro modo de relacionar-se além do embate, da explosão pública de seus afetos e dores internos, vergonhas, medos, sentimentos que provavelmente estão ali como numa amálgama de dor e tumulto (Lee, 2019, p. 310).

Surge, assim, uma possível identificação daquilo que podemos apreender como sendo uma das facetas do ‘mal’ enquanto fenômeno humano: a projeção externa e descontrolada do tumulto interno a que estamos sujeitos fora da linguagem e das ferramentas da razão (Lee, 2019, 310).

Uma vez mais a palavra de Hannah Arendt (1987) é válida:

A pluralidade humana, condição básica da ação e do discurso, tem o duplo aspecto de igualdade e diferença. Se não fossem iguais, os homens seriam incapazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, ou de fazer planos para o futuro e prever as necessidades das gerações vindouras. Se não fossem diferentes, se cada ser-humano não diferisse de todos os que existiram, existem ou virão a existir, os homens não precisariam do discurso ou da ação para se fazer entender. Com simples sinais e sons, poderiam comunicar suas necessidades imediatas e idênticas (Arendt, 1987, p. 180).

Falta o essencial para Bob Ewell, da linguagem ao raciocínio. Em razão disso há intrínseca desproporção na sua visão do mundo. Tudo lhe é maior e tudo lhe assombra e ele não vê cumpridas as promessas da liberdade e da igualdade (Lee, 2019, p. 213-214. Seu único igual, seu único parâmetro, é o daqueles antigos negros escravizados, cuja dignidade tanto o assombra (Lee, 2019, p. 319).

Por tais motivos Bob Ewell se ressentido do mundo e tentará agredi-lo na ânsia de mostrar alguma nesga de poder com a única ferramenta que a vida lhe havia preservado: o som da própria voz e a arte de caluniar. Ewell é o arquétipo do homem branco e ressentido do sul dos Estados Unidos, aquele para quem a maior ofensa é ver a dignidade e o reconhecimento públicos de afrodescendentes ou indígenas

#### **4.3 A Redenção da Injustiça pelas Mãos de Arthur “Boo” Radley**

A calúnia de Bob Ewell, quando analisamos a narrativa literária a partir de uma chave de antropologia teológica, tem seus aspectos “satânicos”. Significa dizer que ela põe em marcha a dinâmica da tragédia, o fluxo de desequilíbrios e o desejo das retribuições, que culminará com a própria morte de Bob Ewell pelas mãos inimputáveis de Arthur Radley, ao proteger seus amigos Jem e Scout (Lee, 2019, p. 336). Radley atuará como o “terceiro” vingador, ou seja, aquele que traz o reequilíbrio e a justiça.

A história dos efeitos malignos que decorrem da calúnia de Bob Ewell é caracterizada pela ausência da intencionalidade e da causalidade. Não há de se dizer que a condenação de Tom Robinson pelo Júri tenha sido ‘intencional’, afinal,

pressupõe-se, que, ainda que carregada de racismo, preconceitos, ressentimentos, a condenação pelo Júri, em si, não tenha *intencionalmente* desejado fazer o mal a Robison. Desejava apenas puni-lo por aquilo que acreditavam tivesse realmente ocorrido. Queriam *retribuir* o mal, e não o cometer.

A única intenção realmente maléfica é percebida na calúnia de Ewell, calúnia esta cometida em prejuízo de Tom Robison e à sua família (Lee, 2019, p.218; 309). É Ewell quem põe em marcha a sequência das retribuições, as quais culminam em atos trágicos.

Há que se reconhecer que palavras tem força: criam universos mentais e modificam a realidade do mundo. O universo simbólico de Maycomb, dotado de aspectos e características tão próprias de lugares primitivos e oníricos, acaba por ecoar, ressoar a calúnia perpetrada por Bob Ewell. Essa calúnia, por sua inverdade e injustiça, *desequilibra* o cosmos, e enseja toda a cadeia de acontecimentos que dela decorrem. Condenação, dor, morte, agressão, tudo remete àquela calúnia primordial.

Como restabelecer a ordem, o equilíbrio, a verdade? Como retribuir à Bob Ewell todo mal que ele causou? Qual a retribuição ou a punição possível para alguém que, a partir de uma mentira, dá início a uma sequência trágica de acontecimentos? Há algum sentido em falar em retribuição, nesse caso, ou estamos diante de um diferente tipo de mácula que demanda outro tipo de pagamento<sup>110</sup>? São questões que flertam com a metafísica e cujas respostas são apenas insinuadas no livro (Lee, 2019).

A saída na obra de Lee (2019) aponta no sentido da insuficiência da justiça formal tal qual a operamos em nosso cotidiano. As instituições já haviam falhado com

---

<sup>110</sup> Uma vez mais valendo-nos de Kelsen sobre o papel da retribuição das sociedades: “Uma vez que a retribuição só é possível em sociedade, ela sempre representa em algum grau um princípio moral. É, portanto, mais do que emblemático distinguir, como Westermarck faz, entre uma retribuição ‘não moral’ e uma retribuição ‘moral’ (pois Westermarck usa o termo ‘ressentimento’) e qualificar apenas a primeira como ‘vingança’. Pois no ‘direcionamento’ que é essencial à vingança, o direcionamento contra o autor do mal está envolvido um elemento social e, portanto, moral. A reação a ser interpretada como mera vingança está sempre mais ou menos acompanhada pelo sentimento de que ela é aprovada ou mesmo exigida pelos membros do grupo e que a própria ofensa é indiretamente uma ofensa aos demais membros do grupo. Nunca é somente um interesse individual, mas sempre um interesse coletivo que é satisfeito pela vingança em uma sociedade primitiva. É esse justamente o ponto em que o reflexo instintivo e natural de defesa, despertado por uma causa externa de dor, distingue-se da vingança social: na primeira não há senão um motivo subjetivo, na segunda – em virtude do direcionamento contra o ofensor – há uma função objetiva, a prevenção. É certo que o homem só toma consciência dessa função depois de adquirir conhecimento crítico das conexões sociais. Onde existe o costume de vingar-se por uma ofensa praticada, i. e., de reagir contra o comportamento desaprovado pela consciência social, já se evidenciam os primórdios da moralidade. Portanto, é contraditório relatar que as tribos primitivas não tem qualquer moralidade, que lhes falta todo senso de diferenciação entre o bem e o mal, e ao mesmo tempo afirmar que entre elas prevalece o princípio da vingança” (KELSEN, 2022, p. 172-173).

Tom Robinson, e não estão aptas a resgatar o equilíbrio do cosmos perdido. Assim, o subterfúgio literário encontrado é o de apresentar a justiça até Bob Ewell pelas mãos de Arthur “Boo” Radley, que se envolve na cena da morte de Ewell, ao defender os filhos de Atticus Finch do ataque do caluniador (Lee, 2019, p. 336). A obra literária não afirma, mas tudo leva a crer que fora Boo Radley quem matara Bob Ewell. Impossível dizer se intencionalmente ou não. De todo modo, a morte de Ewell, por um ato do destino, pelas mãos de um jovem com problemas mentais, assume as características de um ato de *justiça divina*.

Arthur Radley, literariamente, assume assim o caráter de uma ‘Erínea’ (ou Fúria), uma deidade, cuja função é a de restabelecer a justiça e a ordem, perseguindo aquele que deu causa à injustiça.

Acerca das ‘Eríneas’, veja-se o muito explicativo trecho, de Junito de Souza Brandão (2014):

Erínea, em grego *Erinýs*, não possui ainda etimologia convincente. Carnoy tenta fazer uma aproximação com o verbo *orínein*, perseguir com furor, arcádico *erinýein*, estar furioso. (...) As Eríneas eram deusas violentas, com as quais os romanos identificaram as *Furiae*, Fúrias. Titulares muito antigas do panteão helênico, encarnam forças primitivas, que não reconhecem nem tampouco obedecem aos “Olímpicos”. (...) Para que se possa compreender bem a função das Eríneas como punidoras do sangue derramado, talvez fosse oportuno relembrar, embora sumariamente, o conceito *guénos*. Guenos pode ser definido na religião e no direito grego como *personae sanguine coniunctae*, quer dizer, pessoas ligadas por laços consanguíneos. Assim, qualquer *hamartia*, *falta*, *erro*, *crime*, cometidos por um *guenos* contra outro tinham que ser religiosa e obrigatoriamente vingados. (...) Desse modo falando, até a reforma de Drácon ou de Sólon, famílias inteiras se exterminaram na Hélade (Brandão, 2014, p. 210-211).

Nas palavras de José Roberto de Castro Neves (2015) tratando do papel das ‘Eríneas’, na Orestéia de Ésquilo, em especial na última peça da trilogia, chamada ‘Eumênides’:

As Eríneas, também chamadas Fúrias ou “aquelas com raiva”, são deusas, cuja missão consiste em perseguir aqueles que cometeram algum mal. A palavra grega para vingança, *diképhoros*, é a tradução literal para “aquele que traz justiça”. Assim, a vingança, inicialmente estava relacionada à justiça. Eumênides são ‘as sagradas’ ou ‘as boas’, ou, ainda, ‘as boas deusas’. A peça culmina na transformação das Eríneas, forças da natureza, em mantenedoras de uma ordem ditada pela razão humana. Ao final da trama, a deusa Atenas dá às Eríneas uma nova alcunha, Eumênides, exatamente pelo papel na sociedade que elas passam a exercer (Neves, 2015, p. 143).

Assim, de modo semelhante ao das deusas nas tragédias de Ésquilo, na peça, é, também, uma personagem secreta, que vive na escuridão, capaz de ver na noite, oculto, e que promoverá o resgate e o reequilíbrio cósmico mediante a exigência das retribuições. Ainda que justiça e vingança aqui estejam profundamente imbricadas, não há que se ignorar as características do personagem de “Boo” Radley - aquele saiu das trevas da reclusão de sua residência para modificar e reordenar o mundo, protegendo os filhos de Atticus Finch (Lee, 2019, p. 337).

O diálogo final entre Atticus Finch e o delegado Heck Tate denota a aceitação resignada por ambos desse caráter metafísico e quase mágico da retribuição do mal causado por Bob Ewell (Lee, 2019, p. 342). Diante da agressão de Ewell a seus filhos, Atticus hesita em como dar entendimento e prosseguimento à uma eventual investigação ao ocorrido na mata (Lee, 2019, p. 341).

Sob certo aspecto, o que se constata é um julgamento sumário, *a posteriori*, sobre como compreender a manifestação de uma vingança cósmica:

O Sr. Tate parou de andar. Ficou de frente para Atticus e de costas para nós.  
- Posso não ser o melhor dos homens, mas sou o xerife do condado de Maycomb. Moro aqui desde que nasci e já vou fazer quarenta e três anos. Sei de tudo que aconteceu aqui desde antes de eu nascer. Um rapaz negro foi morto sem motivo e o responsável por isso também está morto. Vamos deixar os mortos enterrarem os mortos (Lee, 2019, p. 342).

Desse momento em diante, a preocupação de ambos passa a ser a de proteger Arthur “Boo” Radley do eventual assédio da cidade, o que certamente aconteceria se alguém soubesse da presença de Radley, na cena e no momento do ocorrido entre Bob Ewell e os filhos de Atticus (Lee, 2019, p. 342).

O pacto implícito, estabelecido naquele momento entre Atticus e o xerife Heck Tate, é o pacto fundamental da interpretação, de como olhar e nomear aquilo que havia ocorrido na mata. Afinal, tratava-se de um acidente, de um homicídio, ou se tratava da manifestação da justiça, uma justiça divina, operada pelas mãos de um jovem com problemas psiquiátricos? E, se for esta última a resposta para a pergunta, qual seria o sentido de uma investigação para averiguar o que já é justo em si?

A função e o papel de Boo Radley, enquanto vingador, comportam ainda uma última interpretação: Radley não era vítima de nenhuma das muitas agressões, mentiras e crimes de Bob Ewell. Ele era alguém distante, ensimesmado e que passava a maior parte de seu tempo recluso. É essa distância que lhe permite, do ponto de



vista da justiça, ser o vingador desinteressado, vale dizer, aquele que cumpre ou executa o senso de justiça da comunidade, e permite que essa mesma comunidade siga seu caminho sem que carregue uma maldição<sup>111</sup>.

A dificuldade de se 'nomear' o que ali ocorre, se um ato de justiça, de vingança ou ainda algum outro fenômeno, é inerente à potência simbólica do momento. Estariam Atticus e Heck Tate discutindo, debatendo ou, efetivamente, julgando sumariamente e absolvendo um homem de um crime? O que a obra nos diz é que, dali em diante, ficaria decidido que Bob Ewell caíra em cima da faca, ou seja, que ele sofrera as consequências de um descuido, de um acidente derivado de seus próprios atos em vida. Sob muitos aspectos, essa era a mais pura verdade, nos múltiplos significados que a frase possa ter. (LEE, 2019, p. 342).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A obra de Harper Lee (2019) é contundente em sua demonstração da insuficiência da justiça formal e da complexidade das relações interfamiliares, no contexto de uma cidade como Maycomb, na qual se manifestam origens ancestrais e em que convivem grupos raciais distintos, sob a iniquidade das leis Jim Crow. A obra também evidencia o mistério ancestral que há em todos nós, acerca da efetiva compreensão das retribuições ao mal gratuita e injustamente perpetrado.

É também evidente que, dessa complexidade de relações apresentadas na obra, surge uma inerente complexidade e imbricação dos conceitos de justiça e vingança, bem como do papel dessa justiça ancestral, como elemento presente – explícita ou implicitamente – na essência da justiça formal, que se apresenta na burocracia estatal. É notável na obra o fato de a necessidade de retribuição grupal pode obnubilar os parâmetros pelos quais a justiça deve ser aplicada aos homens pelos detentores do poder.

---

<sup>111</sup> “Nos tempos pré-homéricos, as Eríneas desempenham um papel importante como vingadoras do assassinato. Sob seus auspícios foram realizados julgamentos de assassinato nos tribunais estatais. No areópago, a colina das Eríneas ‘sobre o abismo sagrado em que elas próprias, as ‘veneráveis’, tem sua morada’, o tribunal criminal ateniense realizava suas sessões. ‘No início do processo, ambas as partes prestam juramento em nome das Eríneas, de modo que, caso o tribunal puna a parte inocente, a culpada, como perjura, seja exposta aos espíritos da vingança. Era mais importante que o criminoso fosse punido do que que o inocente fosse salvo. O lado sombrio da retribuição é, também aqui, posto em primeiro plano. Mais tarde, as Eríneas tornaram-se as protetoras de toda a ordem jurídica, as ‘servas da Justiça (Diké)’, como são chamadas em um fragmento de Heráclito” (KELSEN, 2022, 541-542).

Por fim, a obra mostra a dificuldade de se encontrar o ponto ótimo entre a esfera familiar e a esfera pública, e a complexidade na busca pela integridade do indivíduo, que transita entre esses dois polos. A justiça formal dos homens, pública, conduzida pelo Estado, falha terrivelmente. A injustiça, portanto, fica instaurada, com a presença ameaçadora de Bob Ewell. A justiça propriamente dita, a reordenação do cosmos, somente ocorre com a atuação de Boo Radley. Somente então um novo equilíbrio surge, lavado no sangue culpado de Ewell.

## REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Trad. Roberto Raposo. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

ARISTÓTELES. **Poética**. São Paulo: Edipro, 2011.

BRANDÃO, Junito de Souza. **Dicionário Mítico-Etimológico**. Petrópolis: Vozes. 2014.

CAMPBELL, Joseph. **O poder do mito**. Trad. Carlos Felipe Moisés. São Paulo: Ed. Palas Athena. 1990.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. Trad. Edson Bini. 4 ed. rev. - São Paulo/Bauru: Edipro, 2009.

DAVIS, Angela. **A liberdade é uma luta constante**. São Paulo: Boitempo. 2019.

ELIAS, Norbert. **The Civilizing Process**. Blackwell Publishing.2000.

NEVES, José Roberto de Castro. **A invenção do Direito**. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**: Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

KEHL, Maria Rita. **Ressentimento**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2015.

KELSEN, Hans. **Sociedade e natureza**: uma investigação sociológica. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

LOBÃO, Manoel de Almeida e Souza de. **Tratado Prático de Morgados**. Lisboa: Imprensa Nacional. 1841.

LEE, Harper, **O sol é para todos**. Trad. Beatriz Horta. 31 ed. – Rio de Janeiro: José Olympio, 2019.

O SOL é para todos. Direção: Robert Mulligan. [S.I.]: EUA, 1962. (129 min). **NTSC**, color. Título original: To kill a mockingbird.

PLATÃO. **Apologia de Sócrates**. Trad. Manuel de Oliveira Pulquério. Edições 70. Lisboa, 2009.

SOWELL, Thomas. **Ação afirmativa ao redor do mundo**. São Paulo: É Realizações. 2017.

SOWELL, Thomas. **Discriminação e Disparidades**. São Paulo: Record, 2019.

SCHELER, Max. **El resentimiento en la moral**. Madrid: Caparrós Editores, 1992.

SCHOECK, Helmut. **Envy**: A theory of social behavior. New York: Harcourt, Brace & World, 1969.

SCHOPENHAUER, Arthur. **O mundo como vontade e representação**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001.

## O RESGATE DA FILOSOFIA DO DIREITO PARA A CORREÇÃO DA APLICAÇÃO JURÍDICA LÍQUIDA

RESCUING THE PHILOSOPHY OF LAW TO CORRECT NET LEGAL APPLICATION

SALATI, Marcos<sup>112</sup>

**RESUMO:** Na sociedade líquida, há evidentes consequências para o Direito, sendo atualmente no Brasil a insegurança jurídica uma regra. Como os relacionamentos no seio social tornaram-se instáveis, as estruturas entraram em crise e vivemos em uma sociedade extremamente plural e fragmentada em grupos, identificar as normas jurídicas capazes de resolver os casos concretos tornou-se uma tarefa das mais complexas. A aplicação do Direito de forma líquida, seguindo os ditames atuais, tende a potencializar as desigualdades e torná-lo ineficaz. Portanto, imprescindível o resgate da filosofia do Direito para atenuar os efeitos danosos da pós-modernidade, buscando-se a efetivação dos direitos fundamentais e viabilizando-se que a ordem e os seus fins básicos tenham ao menos algum prognóstico de alcance. Registre-se que se aplica, no presente trabalho, principalmente os métodos dedutivo e indutivo para as conclusões apresentadas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Liquidez. Solidez. Reflexão. Tolerância.

**ABSTRACT:** In a liquid society, there are obvious consequences for the Law, with legal uncertainty currently being a rule in Brazil. As relationships within society have become unstable, structures have entered into crisis and we live in an extremely plural society and fragmented into groups, identifying the legal norms capable of resolving specific cases has become a most complex task. The application of Law in a liquid way, following current dictates, tends to increase inequalities and make it ineffective. Therefore, it is essential to rescue the philosophy of Law to mitigate the harmful effects of post-modernity, seeking to enforce fundamental rights and ensuring that order and its basic purposes have at least some prognosis of reach. It should be noted that, in this work, mainly deductive and inductive methods are applied to the conclusions presented.

**KEYWORDS:** Liquidity. Solidity. Reflection. Tolerance

---

<sup>112</sup> Mestrando em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos, da Instituição Toledo de Ensino (ITE), de Bauru/SP. É Procurador da República no Município de Jaú/SP e membro do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado e do Núcleo de Controle Externo da Atividade Policial, do Ministério Público Federal do Estado de São Paulo. Foi Procurador da Fazenda Nacional em Bauru/SP. Email: marcos\_salati@yahoo.com.br. Endereço residencial: Al. dos Cedros, 62, Cep. 17.208-780. Vila Real, Jaú/SP

## 1 INTRODUÇÃO

Não há como negar que temos vivenciado um processo de liquefação das relações humanas, e, dessa forma, daquilo que lhe é dependente. Se as instituições se tornaram voláteis e os relacionamentos meras conexões, estando o ser humano cada vez mais centrado no seu próprio “eu”, talvez o próprio conceito ou os objetivos da ordem social estejam ameaçados. E nesse cenário de instabilidade, o Direito, como fenômeno social, tende a seguir a mesma regra.

O Direito não existe apartado da realidade. Deriva e se revela em uma sociedade específica e em determinado momento histórico. É a aplicação que lhe faz ganhar vida e, concentrando a análise na realidade brasileira, a insegurança jurídica tem sido uma constante, ainda que haja valores sólidos que se incorporaram como dogmas no ordenamento jurídico, a exemplo dos direitos definidos como fundamentais.

Na era chamada de pós-modernidade, a efetividade do Direito adquire especial dificuldade, seja pela dúvida na identificação da própria norma válida e eficaz em uma sociedade instável e plural e em que o poder se pulverizou em aparentes sistemas jurídicos autônomos, seja pela tendência de sua criação ou aplicação ao sabor de necessidades efêmeras irrefletidas dos fatos que se apresentam.

Nesse diapasão, identificar quais direitos são fundamentais, quais devem prevalecer em um caso concreto, se os valores fundantes que os constituíram no tempo e no espaço ainda permanecem, revela-se dificultoso.

E como fator basilar para a resposta a essas indagações e de atenuação dessas consequências exsurge a importância da filosofia do Direito.

Em um ambiente de fluidez em que cada vez mais somos condicionados a viver sem pensar, a consumir sem precisar, seguindo o fluxo ditado pela rapidez das informações, pela ideia de que a felicidade está no consumismo e no que aparentamos e na busca do esteriótipo criado por verdades a serviço talvez inconsciente da eliminação do senso crítico, resgatar a compreensão dos objetivos da vida em sociedade é fundante.

Só uma abordagem filosófica do Direito buscando a concretização dos valores sólidos comuns a todos os grupos sociais que tenha como norte a dignidade humana em um ambiente plural – que tende ao contrário a buscar a satisfação da

individualidade em oposição ao coletivo – será capaz de viabilizar uma mínima eficácia geral dos direitos fundamentais e a redução das mazelas da sociedade.

## 2 DO POSITIVISMO AO PÓS-POSITIVISMO DESVIRTUADO

Uma das tarefas mais complexas é conceituar o Direito e existem vários métodos de enfoque sobre o seu significado. Não há dúvidas, porém, de que a sociedade – a ordem social – é a base/pressuposto para a sua existência, porque as normas jurídicas regem as relações havidas entre seres humanos em sua bilateralidade, ou destes com o meio em que vivem, mas sempre para preservar a vida ou algum interesse humano comum.

Como deriva da organização social de uma época e em determinado local, o Direito é produto específico da cultura ali manifestada, com o que se pode dizer que todos os direitos que os seres humanos possuem são históricos por mais que alguns pareçam derivar da natureza ou que tenham se enraizado de forma tão profunda na consciência humana como se sempre tivessem existido<sup>113</sup>.

A dimensão universalizante dos direitos fundamentais decorreu das revoluções burguesas, mais especificamente da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, de que adveio o constitucionalismo moderno, com seus fundamentos básicos de separação de poderes, liberdade, igualdade e fraternidade.

Nesse ambiente, o conceito de Direito como “lei” para limitar o arbítrio do absolutismo ou as práticas medievais atrozes em nome da justiça natural ou divina adquiriu especial relevância. E veja-se, não apenas para limitar o poder soberano em sua administração, mas também para limitar o Estado-juiz<sup>114</sup> e trazer segurança jurídica às pessoas de que teriam seus direitos preservados. As novas bandeiras somente poderiam existir em um Estado de Direito, no Estado que respeita a lei, expressão da vontade geral nas sociedades democráticas.

---

113 Observem-se as palavras de Norberto Bobbio (1992, p. 5): *“Do ponto de vista histórico sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não de uma vez e nem de uma vez por todas”*.

114 Interessante que quando se estuda o Estado de Direito e a submissão do poder estatal à lei com a previsão inicialmente de direitos de abstenção geralmente se pensa apenas na atuação governamental. Mas não se resume a isso: todas as funções estatais se subordinam à lei, inclusive a legislativa e a judiciária. O processo nada mais é do que a forma de verificar se os atos fins, vale dizer o ato administrativo, a lei e a sentença, exteriorização da vontade do poder, cumpriram as normas.

Com efeito, nos séculos XVIII e XIX, perdurando até o início do século XX, ascende o positivismo jurídico e a tendência de codificação do Direito. Direito e lei passam a se confundir e a aplicação jurídica se divorcia de uma análise valorativa, do ideal subjetivo de justiça, porque o justo está na lei editada pelo legislador e em sua vontade redigida no texto. Na linguagem de Montesquieu (2000, p. 175), o juiz passa a ser mero “*boca da lei*”.

Sem dúvida,

o juspositivismo representa um movimento teórico-científico que descreve a natureza do Direito a partir de suas manifestações normativas, decorrentes do poder de decisão do legislador. Só existe uma forma e uma manifestação do Direito possível, aquele definido como sendo o Direito do Estado, ou o Direito Oficial; o resto, ou não existe, ou é julgado à conta de elementos estranho ao Direito [...] (Bittar, 2019, p. 251).

Mesmo que Augusto Comte seja o precursor do positivismo, Hans Kelsen é o seu maior expoente, com a sua Teoria Pura do Direito, no início do século XX, para quem Constituição é um “*sistema de normas*” (Kelsen, 1998, p. 228-232).

Ocorre que, sob o manto do positivismo, de um Direito apartado dos ideais de justiça, da moral, e fundado apenas na validade formal como condição para a sua aplicação, puderam ser justificadas um sem número de barbáries perpetradas durante a Segunda Guerra Mundial, como o extermínio massivo de judeus.

Ademais, as necessidades crescentes de uma sociedade cada vez mais plural e diversificada, militou contra um Direito em que a lei resolveria tudo, dada sua incapacidade de regular todas as condutas.

Nessa nova realidade do segundo pós-guerra e derivada inclusive da Declaração Universal dos Direitos Humanos do ano de 1948, os direitos fundamentais e a dignidade humana ganharam especial relevância como vetores de irradiação de valores na aplicação jurídica, não podendo mais o jurista ficar alheio a eles.

Da mesma forma, os princípios deixaram de ser apenas veículos de interpretação e passaram a ser normas jurídicas e representar a carga valorativa que devem conter as regras. No pensamento filosófico pós-positivista, a atividade do jurista de aplicação jurídica não é mais a subsunção automática à lei, mas sim de perscrutar a carga valorativa e de identificar a norma adequada ao caso concreto, tendo como norte o ideal de justiça.

No entendimento de Robert Alexy (2015, p. 90), há duas categorias normativas: as regras e os princípios. Para ele,

o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Por sua vez,

[...] as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio (Alexy, 2015, 91).

Impende ressaltar que, no conflito entre princípios, deve ser aplicado o critério do sopesamento, para verificar qual prevalece no caso concreto. E, havendo conflito entre regras, não se tratando de uma exceção, a situação se resolve no âmbito da validade.

Registre-se que o pós-positivismo é a base teórica do chamado neoconstitucionalismo<sup>115</sup>, em que as constituições passam a ter substancial carga valorativa e irradiar seus efeitos, dirigindo a vida em sociedade.

Portanto, o pós-positivismo está alinhado à concretização dos valores fundamentais dos seres humanos e à sua emancipação enquanto cidadão, possuindo as constituições dirigente papel fundamental.

Todavia, a despeito da relevância da normatividade dos princípios e de sua irradiação no sistema para a análise da validade das regras e para a melhor solução dos casos concretos, não tem sido incomum que o operador jurídico constantemente se afaste de uma espécie de moldura estável do Direito.

Ainda que reconheçam a importância desse novo constitucionalismo irradiador de valores, não passaram despercebidos a Daniel Sarmiento e a Cláudio Pereira de Souza Neto (2012, p. 166-167) alguns problemas por ele gerados, ao aduzirem que uma das críticas ao neoconstitucionalismo

[...] é a de que, na sua ênfase na aplicação dos princípios constitucionais e na ponderação, em detrimento das regras e da subsunção, ele tenderia a instaurar certa

---

115 Não é objetivo do presente artigo adentrar tais questões com profundidade; da mesma forma, não está em análise a concordância ou a discordância em relação às referidas nomenclaturas. Apenas são apresentadas como parte da doutrina/filosofia os define para permitir o desenvolvimento da ideia central.



anarquia metodológica, alimentando o decisionismo judicial e gerando insegurança jurídica [...]. Concepções radicais do neoconstitucionalismo, que endossem a opção por um “governo de juízes” ou que aplaudam o decisionismo judicial, alimentado por uma invocação emotiva e pouco fundamentada de princípios e valores constitucionais, devem ser evitadas, porque incompatíveis com o ideário do constitucionalismo [...].

Esclarecedoras também as palavras de Eros Grau, no prefácio da obra intitulada *“Por que estudar filosofia do Direito?”* em que sustenta que

[...] a norma, desejo dizer bem alto o que agora digo, é uma construção do intérprete, é produzida pelo intérprete. Há porém uma moldura, a moldura da norma, da qual o intérprete não se pode afastar, pena de sacrifício do Estado Democrático de Direito. Por isso tenho execrado --- em textos, palestras e mesmo em votos, ao tempo da magistratura que exerci --- a chamada ponderação entre princípios, os tais positivismos e neoconstitucionalismos e outros derivados alternativos. Vocês se lembram do direito alternativo? (Barretto; Mota, 2011, p. 17).

É inegável a importância dos princípios e dos valores constitucionais na aplicação jurídica. Mas deve haver um limite e é na própria essência do Direito posto que deve ser buscada essa limitação, não na vontade do intérprete, como sói ocorrer hoje em variados casos.

E, na era pós-moderna ou da chamada modernidade líquida<sup>116</sup>, ao menos reduzir essa expressão individual desvirtuada não é simples, já que a realidade fomenta esse tipo de conduta e inibe a autocrítica. A volatilidade das relações sociais, como será visto, milita contra a identificação de preceitos estáveis, mas há valores comuns que permanecem e que não poderiam ser desconsiderados, mesmo que existam peculiaridades que diferenciem os casos concretos.

### **3 DA SOCIEDADE FLUIDA À APLICAÇÃO LÍQUIDA DO DIREITO**

#### **3.1 Considerações Iniciais**

Ainda que haja divergência quanto ao início da era chamada de modernidade, a Revolução Francesa pode ser considerada um marco do rompimento da velha sociedade estamental, da superação das estruturas e dos conceitos até então vigentes, com o surgimento dos estados constitucionais, fundados na separação de

---

116 Em sentido similar à nota anterior, a divisão da modernidade no presente texto não significa concordância com a cisão exposta, mas apenas é apresentada como forma de explicação do objetivo central do trabalho.

poderes e na previsão dos direitos fundamentais, que eram inicialmente limitadores do arbítrio estatal.

O sociólogo polonês Zygmunt Bauman, falecido no ano de 2017, é considerado um dos maiores teóricos da modernidade de seu tempo, tendo definido a época em que vivemos atualmente de modernidade líquida (Bauman, 2011).

A metáfora da solidez e da liquidez se dá exatamente pela estrutura física dos sólidos e dos líquidos. Deveras, os sólidos são rígidos, estáveis e tem a forma definida; os líquidos são flexíveis, instáveis, adaptando-se à forma dos recipientes em que colocados, estando em constante transformação.

A realidade atual é líquida e volátil. As relações humanas se tonaram meras conexões e as instituições se fragilizaram, sendo que cada indivíduo se tornou empreendedor/instituição de si mesmo, uma mercadoria de e para o consumo, buscando a felicidade no que é efêmero e imediato.

Os relacionamentos duradouros, a rigidez das instituições e as tradições que mantinham uma certa estabilidade restara superados, sendo que

[...] qualquer rede densa de laços sociais, e em particular uma que esteja territorialmente enraizada, é um obstáculo a ser eliminado. Os poderes globais se inclinam a dismantelar tais redes em proveito de sua crescente fluidez, principal fonte de sua força e garantia de sua invencibilidade. E são esse derrocar, a fragilidade, o quebradiço, o imediato dos laços e redes humanos que permite que esses poderes operem (Bauman, 2011, p. 18).

Tal realidade derivada do capitalismo industrial, em que tudo se tornou mercadoria e um bem a ser consumido, se intensificou após a Segunda Guerra Mundial e, mais precisamente, a partir da década de 60 (sessenta), e é marcada, também, pela superação entre o público e o privado<sup>117</sup>.

Ressalte-se que

o símbolo histórico deste processo é maio de 1968, em meio às tormentas estudantis e juvenis, e manifestações de rua, em Paris, Berlim e Nova York. Se o momento simbólico icônico do mundo moderno foi a Revolução Francesa de 1789, para onde escoaram todas as energias utópicas, maio de 68 será o símbolo das mudanças pósmodernas, onde o pluralismo e a diversidade emergem como questões, e onde se inscreverá no direito à diferença a marca central do período histórico presente (Bittar, 2019, p. 261).

---

117 No Brasil nunca houve muita separação, uma vez que a noção do privado sempre esteve a frente do público, como reflexo de nossa colonização.

Se de início a modernidade buscava o rompimento dos antigos sólidos com a criação de novas estruturas estáveis, dando primazia à razão iluminista, com a busca da emancipação do ser humano como um sujeito de direitos na ótica de sua integração em uma sociedade existente para o bem comum, período compreendido como modernidade clássica, atualmente essa realidade está em processo de superação.

Isso não quer dizer que não estejamos mais na modernidade, porque ela ainda está em curso e essa época trata da potencialização dos efeitos de uma realidade do capitalismo que teve início na Revolução Industrial. Entretanto, a modernidade como concebida inicialmente foi incapaz de entregar o progresso prometido e culminou em várias mazelas<sup>118</sup> e essa nova época rompe com os paradigmas anteriores.

Nesse contexto, as instituições sociais estão deixando para cada um o “[...] *cuidado com as definições e identidades, e os princípios universais contra os quais se rebelar estão em falta [...]*” (Bauman, 2011, p. 25). Não é mais a sociedade que determina ou orienta o indivíduo. Até se pode questionar se ainda há a sociedade em sua concepção existencial.

Essa nova realidade é marcada pelo declínio da utopia moderna, pelo abandono do Estado ideal ou mesmo de uma finalidade de ordem perfeita a ser atingida, com a consequente desregulamentação e fragmentação da noção do coletivo, deixado à autoafirmação individual.

Segundo Bauman (2011, p. 31),

[...] o que costumava ser considerado uma tarefa para a razão humana, vista como dotação e propriedade coletiva da espécie humana, foi fragmentado (‘individualizado’), atribuído às vísceras e energia individuais e deixado à administração dos indivíduos e seus recursos. Ainda que a ideia de aperfeiçoamento (ou de toda modernização adicional do status quo) pela ação legislativa da sociedade como um todo não tenha sido completamente abandonada, a ênfase (juntamente, o que é importante, com o peso da responsabilidade) se trasladou decisivamente para a auto-afirmação do indivíduo. Essa importante alteração se reflete na realocação do discurso ético/político do quadro da ‘sociedade justa’ para o dos ‘direitos humanos’, isto é, voltando o foco daquele discurso ao direito de os indivíduos permanecerem diferentes e de escolherem à vontade seus próprios modelos de felicidade e de modo de vida adequado.

Sendo assim, a noção de cidadão, como aquele ser humano que age em prol de interesses comuns, pode esbarrar na sua busca pelo bem-estar individual, sendo

---

118 Cite-se como exemplos as duas grandes guerras, o holocausto, a bomba atômica e a guerra fria.

cada qual responsável pelo seu sucesso ou insucesso, porque ao Estado, agora em desprestígio, restaria apenas respeitar os direitos de cada um.

Também se formam os grupos, e o ser humano passa a buscar aquele em que se encaixa em um ambiente desregulamentado e privatizado.

Ressalte-se que o Direito legitimava e era um dos pilares do Estado moderno e das suas estruturas e valores, e, se as referidas bases estão em declínio, existem consequências evidentes na esfera jurídica.

Deveras,

as projeções do pós-modernismo sobre o Direito são ainda objeto de controvérsias, mas alguns pontos podem ser destacados, por integrarem o denominador comum entre as suas principais correntes. Em primeiro lugar, desponta a aversão às construções e valores jurídicos universais, o que se aplica, por exemplo, aos direitos humanos. Por outro lado, o monismo jurídico, fundado no monopólio da produção de normas pelo Poder Público, abre espaço para o pluralismo, com o reconhecimento das fontes não estatais do Direito, cujo campo de atuação tende a ser ampliado com a crise do Estado, impulsionada pelo processo de globalização. O Direito pós-moderno pretende-se também mais flexível e adaptável às contingências do que o Direito da Modernidade. No novo modelo, ao invés de impor ou proibir condutas, o Estado prefere negociar, induzir, incitar comportamentos, o que torna o seu Direito mais “suave” (soft law). Parte-se da premissa de que a intervenção normativa do Estado tende a perturbar o funcionamento dos subsistemas sociais. Prefere-se a auto-regulamentação de mercado ou dos subsistemas sociais à hetero-regulamentação estatal. Na resolução de conflitos, ganham importância os instrumentos substitutivos da jurisdição estatal, como a arbitragem e a mediação. A separação entre Estado e sociedade civil, nesse contexto, torna-se mais tênue e nebulosa do que nunca (Sarmiento; Souza Neto, 2012, p. 187-188).

Ademais,

acompanhando a tendência do contexto pós-moderno, de pluralismo, fragmentação, enfraquecimento de categorias universais, globalização, insegurança, incerteza, financeirização da economia, crise das legendas partidárias, esfacelamento das utopias, excessivo apelo ao consumismo, liquefação da solidariedade nos laços humanos, virtualização do convívio e giro tecnocêntrico, o Direito também se liquefaz, e não por outro motivo, o Direito entra em crise, senão pelo fato de que se encontrava profundamente marcado pelas categorias que organizaram o discurso moderno. No âmbito do Direito, portanto, a sensação é de crise de eficácia sistêmica, crise de legitimidade do Estado e das instituições jurídicas [...]. Daí, se perceber a tendência, interna à Teoria do Direito, de desviar o foco de análise da validade para a eficácia, da legalidade para a política pública, do universalismo abstrato para o pluralismo, do cientificismo para a interdisciplinaridade, da hierarquia das leis para o diálogo das fontes.

Assim é que o direito é capaz de reagir à sensação de crise da matriz moderna dos direitos, considerando a necessidade de transição paradigmática de seus próprios cânones, daí a emergência, na cultura contemporânea do direito, de uma legislação que opera a partir da concepção central de direito à diferença, como grande característica do direito pós-moderno [...] (Bittar. 2019, p. 264-265).

Ainda que haja divergência, existe uma contrariedade entre o pós-positivismo e a pós-modernidade, a despeito de coincidentes no tempo e no espaço, vez que a

concretização de valores universais presentes na Constituição não é objeto desta, mas é daquele. Porém, ainda que os objetivos não se identifiquem, indubitavelmente a pós-modernidade representa um ambiente propício para o desvirtuamento do pós-positivismo.

E um grave problema que se coloca é que só pode exercer a sua individualidade aquele que tem condições materiais a tanto, o que é restrito a poucos em uma sociedade extremamente desigual. O ideário burguês moderno não foi capaz de trazer a igualdade material<sup>119</sup>, principalmente em sociedades como a brasileira.

A pós-modernidade, assim como a modernidade não foi, não é capaz de corrigir o problema; ao contrário, intensifica-o. Ainda que o foco seja a maior liberdade e individualidade, estamos cada vez mais condicionados a viver sem reflexão e a consumir estilos de vida que vendem o esteriótipo da felicidade. A instabilidade causa extrema insegurança e angústia e somos compelidos a consumir aquilo que nos possa trazer conforto, até que se torne logo efêmero e tenhamos que consumir novamente.

Nessa época de intensa transformação e instabilidade, de volatilidade das relações sociais, de foco no individualismo, em que tudo e até os relacionamentos se tornaram um produto a ser consumido e que podem ser trocados como uma peça de vestir na lógica exagerada do consumismo como base da sociedade e na formação de identidades, o Direito também se tornou uma mercadoria.

Tornando-se um bem de consumo, as manifestações do Direito estão em constante mudança para se adequar ao momento em que vivemos, às supostas necessidades efêmeras e revelam-se como a expressão da identidade de cada um ou da diversidade entre os grupos.

Ademais, sendo uma mercadoria, não é fruído ou acessível a todos da mesma forma ou extensão.

Nesse contexto supostamente emancipatório, ao contrário de sociedades do capitalismo central, a realidade brasileira apresenta uma conjuntura de maior preocupação, ainda que a pós-modernidade se apresente como fenômeno mundial, da própria globalização. Isso porque a crise eficácia do Estado de Direito e da própria democracia ocorre em um ambiente em que não houve uma atenuação real das desigualdades entre os seres humanos, de eficiência do Estado moderno.

---

119 Nem era esse o objetivo da burguesia, sendo a derrocada da sociedade estamental necessária para que quem tivesse o poder econômico pudesse atingir o poder político.

Como já sinalizado, as sociedades periféricas, como é o caso do Brasil, nem tiveram a concretização de certos direitos, a eliminação de mazelas já equacionadas pelas sociedades do capitalismo central, ou seja, não passaram pelos efeitos da modernidade.

Eduardo Bittar (2019, p. 441) bem sintetiza que

[...] há desafios à consolidação, ao amadurecimento e ao aprofundamento da democracia brasileira, que ainda não é plena na realidade brasileira. E isso porque o processo de modernização brasileiro ainda é incompleto, vivendo-se numa modernidade periférica e incompleta. Num certo sentido, vale dizer que se chegou à pósmodernidade (crise da modernidade), sem nunca ter-se realizado, plenamente, a modernidade entre nós, nem de fato a democracia em sua plenitude, nem a universalização dos direitos fundamentais mais básicos, nem o acesso de todos à cidadania, nem a igualdade plena de todos perante a legislação, nem um autêntico liberalismo, nem um autêntico republicanismo.

A propalada possibilidade de fruição igualitária dos direitos fundamentais na sociedade brasileira não passa de um mito, que incute a ideia de que é o mérito individual que justifica as desigualdades fáticas nos casos concretos; há a tendência de justificar-se a falta de isonomia real no esforço individual.<sup>120</sup>

Segundo Jesse Souza (2009, p. 22-23),

o que o mercado, o Estado, uma 'ciência' e um senso comum dominantes — mas dominados por uma perspectiva conservadora, acrítica e quantitativa — nunca 'dizem' é que existem condições 'sociais' para o sucesso supostamente 'individual'. O que todos escondem é que não existe o 'talento inato', o mérito 'individual' independentemente do 'bilhete premiado' de ter nascido na família certa, ou melhor, na classe social certa. O indivíduo privilegiado por um aparente 'talento inato' é, na verdade, produto de capacidades e habilidades transmitidas de pais para filhos por mecanismos de identificação afetiva por meio de exemplos cotidianos, assegurando a reprodução de privilégios de classe indefinidamente no tempo. Disciplina, capacidade de concentração, pensamento prospectivo (que enseja o cálculo e a percepção da vida como um afazer 'racional') são capacidades e habilidades da classe média e alta que possibilitam primeiro o sucesso escolar de seus filhos e depois o sucesso deles no mercado de trabalho. O que vai ser chamado de 'mérito individual' mais tarde e legitimar todo tipo de privilégio não é um milagre que 'cai do céu', mas é produzido por heranças afetivas de 'culturas de classe' distintas, passadas de pais para filhos. A ignorância, ingênua ou dolosa, desse fato fundamental é a causa de todas as ilusões do debate público brasileiro sobre a desigualdade e suas causas e as formas de combatê-la.

---

120 É Jesse Souza que traz esse conceito do mito ou "mitos" na sociedade brasileira, como é o caso da "brasilidade", ideologias que servem para justificar os privilégios, a dominação hegemônica (2009, p. 27-48).

Como somente pode ser realmente livre e exercer seus direitos quem tem condições materiais a tanto, em sociedades com esse tipo de ideologia são ainda mais nocivos os efeitos da pós-modernidade.

Portanto, a potencialização do foco no individualismo nessa época de liquidez sem o mínimo de concretização de uma dignidade humana que atinja a todos os grupos sociais indistintamente ocasiona e potencializará mais desigualdade.

É fato que o Direito, como fenômeno social, adapta-se à realidade em que vivemos. Porém, é preciso tentar neutralizar ou reduzir, na aplicação jurídica, os efeitos de uma realidade que desiguala e o jurista tem papel fundamental nessa equação.

### **3.2 Algumas Considerações e Conclusões sobre a Época Atual**

A Constituição brasileira foi promulgada em 05 de outubro de 1988. Mesmo que esteja vigente há menos de quarenta anos, o que se verifica é que foi intensamente alterada.

Até o momento, já são mais de 120 (cento e vinte) emendas ao texto originário, além das de revisão, sendo que essas mudanças trazem até dúvida se ainda teríamos a mesma Constituição, os mesmos valores, até porque algumas alterações são inclinadas ao neoliberalismo, aparentemente dentro do contexto pós-moderno.

Tais alterações constantes colocam ainda em discussão a permanência da força normativa da Constituição, vez que perigosa

[...] a tendência para a frequente revisão constitucional sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política. Cada reforma constitucional expressa a ideia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente. Os precedentes aqui são, por isso, particularmente preocupantes. A frequência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição (Hesse, 1991, p. 22).

É em momentos excepcionais que deve ser verificado também se prevalece a vontade de Constituição e se o jurista de fato está disposto a fazer valer a sua força normativa.

Novamente, resgate-se a lição de Konrad Hesse (1991, p. 25) ao aduzir

[...] se os pressupostos da força normativa encontrarem correspondência na Constituição, se as forças em condições de violá-la ou de alterá-la mostrarem-se

dispostas a render-lhe homenagem, se, também em tempos difíceis, a Constituição lograr preservar a sua força normativa, então ela configura verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio. Não é, portanto, em tempos tranquilos e felizes que a Constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força. Em verdade, esta prova dá-se nas situações de emergência, nos tempos de necessidade. Em determinada medida, reside aqui a relativa verdade da tese de Carl Schmitt segundo a qual o estado de necessidade configura ponto essencial para a caracterização da força normativa da Constituição. Importante, todavia, não é verificar, exatamente durante o estado de necessidade, a superioridade dos fatos sobre o significado secundário do elemento normativo, mas, sim, constatar, nesse momento, a superioridade da norma sobre as circunstâncias fáticas.

Quando se fala em direitos fundamentais, vem a lume a sua característica de universalidade, de destinação a todos, que existem para se opor à vontade da maioria, ainda que o direito de um possua limitação no direito do outro.

Há uma propensão, na era pós-moderna, de que os direitos de grupos possam afastar direitos de outros grupos ou indivíduos.

Além disso, se direitos de liberdade são questionáveis em sua fruição igualitária na sociedade, os direitos que demandam uma ação estatal – como os sociais e econômicos – estão mais longe de ser uma realidade.

Na medida em que passamos da modernidade para a pós-modernidade sem a atenuação das desigualdades, sem a materialização dos direitos fundamentais, as consequências para a sociedade brasileira são de fato mais graves, porque nem todos têm capacidade de consumo.

Como adiantado, não são apenas alterações formais do texto constitucional e das leis que são verificadas amiúde. Há variações interpretativas em pouco espaço de tempo, ou cotidianas.

Logo, é preciso resgatar a forçosa conclusão de que, como tudo se tornou mercadoria na sociedade atual, o Direito não fugiria a essa regra, estando também ligado à lógica das relações de consumo. Vale dizer, aquele que tem condições materiais a tanto usufrui dele com maior adequação e efetividade, como ocorre com os direitos em geral na sociedade brasileira.

Veja-se o exemplo do acesso à justiça, que não se dá com isonomia material na sociedade brasileira, por mais que o Estado busque suprir as desigualdades concretas. Deveras, quem possui recursos financeiros para a contratação particular de advogados garante uma mais adequada e eficiente defesa de seus direitos.

De outro lado, retornando-se ao aspecto normativo, medidas provisórias e leis são editadas e votadas com frequência, sem maiores reflexões ou cuidado com a sua constitucionalidade.



No mundo da efemeridade e da imediatidade, ou mesmo das necessidades irrefletidas, a sensação é de que há decisões e alterações legislativas e jurisprudenciais que parecem seguir uma conveniência instável momentânea, sem se analisar se houve uma real modificação dos valores fundamentais da sociedade, ou se há valores coletivos a subsidiarem ou respaldarem aquela norma.

Analisando o momento em que vivemos, sem a pretensão de exauri-los, podemos chegar a alguns problemas: a) incentivo para que legisladores criem e alterem os textos normativos ao sabor do momento em constante transformação mas sem a mudança efetiva dos valores sociais a lhes dar supedâneo, para satisfazer as propagadas necessidades efêmeras diuturnas da sociedade de consumo, adequá-los ao caráter fragmentário de grupos em detrimento do caráter universal dos direitos fundamentais, ou, ainda, na lógica da tomada do espaço público pelo privado; b) incentivo para a aplicação do Direito influenciada pelos mesmos fatores descritos no item anterior; c) criação da norma aplicável ao caso concreto por parte de operadores jurídicos, como reflexo de sua própria identidade, havendo uma fragmentação ou personalização inconsciente da aplicação ou dos conceitos jurídicos, apartando-se do Direito sintetizado no seio social pela expressão da vontade coletiva; e d) afastamento do acesso igualitário aos direitos daqueles que não têm condições materiais de exercerem a sua individualidade, o que implica o seu não exercício, ou o seu não exercício adequado.

Importante ressaltar que essa realidade não parece se tratar de algo consciente, mas sim induzido ou fomentado pela ausência de reflexão. Portanto, é preciso parar, refletir e tentar voltar à noção do coletivo, do bem comum, da cidadania, da participação para atenuar as mazelas que somente se acentuarão e talvez colocarão a sociedade em xeque-mate em um futuro não tão distante se não houver um “freio de arrumação”.

Quando se fala na tendência de regulação de direitos de maneira fragmentária, tal realidade muitas vezes é necessária ou justificável, como se verifica em diversas leis específicas, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Idoso, da Pessoa com Deficiência etc., vez que há fatores legitimadores<sup>13</sup> a tanto, que é a busca, por exemplo, da isonomia ou a proteção de vulnerabilidades.

Porém, o risco do caráter fragmentário atual, em um ambiente de ausência de reflexão, é que ocorra a criação e a aplicação do Direito para a satisfação de necessidades meramente individualistas sem a noção do coletivo que nos une e por

intolerância em relação às divergências/diferenças, o que acabaria por aniquilar a razão de ser dos direitos fundamentais.

Ademais, a fragmentariedade excessiva acaba por implicar a própria ineficácia do Direito, porque se perde a clareza das razões fundantes pelas quais houve ou há a necessidade de uma especial proteção e, se todos possuem um direito específico, a exceção se torna a regra, o que dificulta a proteção daqueles que de fato são vulneráveis na sociedade.

Mesmo havendo grupos sociais divergentes disseminados na sociedade atual e que tencionam por preservar a sua individualidade e o exercício de seus direitos, há valores básicos comuns coincidentes que se aplicam ou deveriam se aplicar a todos. A diferença tem que ser respeitada, mas deve preservar aquilo que é direito fundamental de cada um. A efetivação do caráter universal dos direitos fundamentais é uma necessidade.

É difícil, porque, como visto, sinaliza-se não haver um único Direito ou um Direito capaz de auxiliar a manutenção da ordem social. Porém, um Direito para cada grupo social, para cada centro de poder, para cada indivíduo, para cada momento. Mas essa é uma realidade contraditória, que esbarra na própria noção existencial de Direito, que implica estabilidade e uma noção do coletivo, do indivíduo na sua relação com o outro, e um fim comum a ser atingido.

Da forma como atualmente seguimos, o Direito parece desinflante na ordenação da convivência social. A manutenção da ordem decorreria mais de uma relação de causalidade natural ou de uma necessidade material. Isso precisa ser corrigido, porque buscar a essência dos fins que nos unem em sociedade, dos objetivos comuns sólidos e a sua concretização é o que nos diferencia dos seres vivos que não produzem cultura.

### **3.3 A Aplicação Líquida do Direito e os Sólidos a serem Perseguidos**

Questão relevante é definir se o Direito atualmente é fluido. O líquido não tem estabilidade e muda a sua forma a todo momento, o que milita contra a própria essência cultural e histórica do fenômeno jurídico, contra a existência estruturada de um sistema de normas.

Eduardo Bittar, em seu artigo “O direito na pós-modernidade” (2008, p.135), apresenta a seguinte indagação:

se o Direito pressupõe certa estabilização de valores majoritários ou consensuais para que a norma exerça seu poder de escolha de conteúdos normativos, a pergunta, num momento transitivo, acaba sendo: quais os consensos possíveis num mundo em transformação?

O mesmo artigo, ainda que em momento anterior da narrativa, parece responder de certa forma essa indagação ao aduzir que

a pós-modernidade chega para se instalar definitivamente, mas a modernidade ainda não deixou de estar presente entre nós, e isto é fato. Suas verdades, seus preceitos, seus princípios, suas instituições, seus valores (impregnados do ideário burguês, capitalista e liberal), ainda permeiam grande parte das práticas institucionais e sociais, de modo que a simples superação imediata da modernidade é ilusão. Obviamente, nenhum processo histórico instaura uma nova ordem, ou uma nova fonte de inspiração de valores sociais, do dia para a noite, e o viver transitivo é exatamente um viver intertemporal, ou seja, entre dois tempos, entre dois universos de valores – enfim, entre passado erodido e presente multifário (2008, p-133-134).

Para além, mesmo que a sociedade esteja em intensa transformação e o Direito acompanhe as mudanças, há valores que se consolidaram no tempo e no espaço e que não se alteram com frequência, ainda que não sejam muitas vezes aplicados. A efemeridade das relações e a individualidade hoje são a regra, mas há valores importantes e sedimentados na sociedade brasileira, como a dignidade humana e os respectivos direitos fundamentais.

Mesmo alguns sólidos da era moderna, como a legalidade, a democracia, a república e a supremacia constitucional, que estariam em crise na atualidade, parecem ainda presentes quando o indivíduo reflete, realiza uma autocrítica e é colocado, ainda que mediante instigação, diante dos fins de viver em sociedade.

Não se desconhece que

o desafio diante do qual se encontra o Direito no limiar do século XXI reside em adequá-lo a uma sociedade plural e democrática. Essa constatação significa que o sistema jurídico deve expressar um patamar normativo, que permita a existência de uma sociedade diversificada, onde valores e interesses por serem diferentes e contraditórios não inviabilizam a existência do grupo social. Trata-se, portanto, da procura no jurídico de valores comuns a todos os grupos de uma mesma sociedade e que sirvam como fundamento dos mecanismos da crescente demanda pelo direito, característica da sociedade contemporânea (Barretto; Mota, 2011, p. 41).

O exercício da reflexão ou de uma autocrítica basta para que tais valores comuns a todos os grupos sejam resgatados como oriundos da consciência coletiva. E a falta desse ato de refletir e de busca do que é comum na divergência faz com que esses valores possam ser aplicados de forma desvirtuada ou com carga ideológica.

O Direito, mesmo nessa era de instabilidade, mantém seu caráter científico e deve ser objeto de conhecimento, para que o jurista não se deixe levar pela fluidez social ou por sua individualidade no momento de sua aplicação, ainda que deva realmente adaptar/adequar a previsão abstratamente prevista ao caso concreto.

É certo que o Direito acompanha as transformações sociais. Mas não são todas as mudanças diuturnas que temos vivenciado que são capazes de alterar os valores que definem o Direito em sua essência. Portanto, o jurista precisa identificar se houve real alteração dos valores que o fundamentam, ou, ao contrário, se está se deixando levar pela aparência ou por sua vontade individual.

Não é incomum ouvir no Brasil que o juiz decide da forma que quer, que há doutrina para todos os gostos, que há vários códigos penais, vários códigos processuais e que não haveria mais uma constituição como norte a ser seguido. Há uma real sensação de insegurança jurídica, de sorte que é difícil ao cidadão saber se sua conduta é lícita ou ilícita, porque mesmo regras válidas com aparente pequena margem de liberdade interpretativa muitas vezes não são aplicadas em nome da invocação de um princípio.

Como já exposto, as normas constituem-se em regras e princípios. Toda regra, ao fim, é a aplicação de um princípio. Mas, estabelecida a regra e sendo ela constitucional, os parâmetros de aplicação de seu conteúdo deve se dar com base nos termos da própria margem de discricionariedade que o sistema permite. Ao jurista compete um juízo de legislador negativo e a adaptação abstrata da regra ao caso concreto, mas não o de inovar na ordem jurídica criando normas completamente divorciadas da base existente.

Se situações idênticas e com pouca margem de abertura têm ocasionado decisões antagônicas<sup>121</sup> em nosso país, é de se concluir que as fontes do Direito não estão sendo observadas. Obviamente existem casos mais difíceis, seja pela maior abstração e necessidade de um sopesamento em que a prevalência principiológica não fique clara, seja por questões concretas particulares que fogem do comum. Porém, a potencialização da forma individualista por parte de atores jurídicos de interpretar e aplicar o Direito nos casos concretos sem que aparentemente se baseie ao menos nas molduras daquilo que foi definido pela sociedade, concentrando-se na sua própria liberdade de criação da norma, fluidificou a aplicação jurídica.

---

121 Veja-se que decisões antagônicas não são sinônimas de decisões diferentes. Antagônico é algo completamente oposto e que não poderia, ao menos como regra, derivar da mesma fonte normativa.

Quanto às frequentes alterações do texto constitucional e das leis, que não representam uma modificação da vontade coletiva, ou a expressão dos valores insertos na Constituição, trata-se de uma das consequências da sociedade líquida, do divórcio entre a política e o poder, da privatização do público, dentre outros fatores.

E, não sendo expressão da consciência coletiva ao restringir a eficácia dos direitos fundamentais ou princípios basilares do Estado, referidas mudanças desbordam do verdadeiro Direito – que é sólido porque senão seria uma contradição ontológica – e, portanto, cabe ao jurista uma análise sob o enfoque da própria validade.

Por mais que essa intensa transformação social seja um acontecimento global, existem valores universais que se enraizaram nas sociedades democráticas, e este é o caso da brasileira. É certo que tais valores permanecem, mas podem carecer de aplicação/efetivação pelo agir condicionado e irrefletido dos tempos atuais.

Cada vez mais o ser humano está angustiado e infeliz, o que revela uma não aceitação interna da realidade que se manifesta, evidenciando que os valores coletivos de que a sociedade deve proporcionar o bem-estar, não estando tudo relegado ao sucesso ou insucesso individual, ainda permanecem.

Se deixarmos de lado a dicotomia e considerarmos que a pós-modernidade seria apenas a potencialização dos efeitos danosos da modernidade, poderia, talvez, não haver razão para se sustentar que os valores em si se alteraram, mas que atualmente é mais difícil a sua identificação diante da realidade plural e fluida que se observa.

E os valores da sociedade brasileira estão previstos na Constituição Federal, que, mesmo que constantemente alterada, ainda mantém a sua essência normativa materialmente constitucional, com a irradiação de normas programáticas a serem satisfeitas.

Ainda que algumas modificações sejam inclinadas ao neoliberalismo, elas não foram capazes de afastar o seu caráter social. E muitas das alterações verificadas dizem respeito a questões que nem deveriam estar na Constituição, por serem apenas formalmente constitucionais. Esse – o caráter prolixo da Constituição que traz, além das questões de ordem técnico-organizacional e alguns princípios fundamentais, muitas outras regras – é inclusive um dos problemas apontados por Konrad Hesse para a garantia de sua força normativa (1991, p. 21).

De qualquer forma, garantir a universalidade das variadas dimensões<sup>122</sup> dos direitos fundamentais (como os direitos civis, políticos, sociais, econômicos, transindividuais, genéticos, proteção de dados etc.) talvez seja o maior valor sólido a ser concretizado, com supedâneo no fundamento da dignidade humana.

E a universalidade está no reconhecimento de que todas as pessoas devem fruir dos direitos fundamentais, pelo simples fato de serem humanas, o que não afasta a existência de diferenças a serem protegidas com base na isonomia, ou por exceções do texto constitucional. Há um núcleo essencial, como leciona Gomes Canotilho, a ser preservado (Marinoni; Mitidiero; Sarlet, 2019, p. 363).

Importante ressaltar, nesse diapasão, a importância da tolerância em relação às diferenças, algo margeado na sociedade fluida. Como expresso na Declaração de Princípios sobre a Tolerância, aprovada na Conferência Geral da Unesco, de 1995, a tolerância “*é o sustentáculo dos direitos humanos, do pluralismo (inclusive o pluralismo cultural), da democracia e do Estado de Direito*” (item 1.2). Tal valor, que também decorre da Constituição brasileira, deve ser atingido.

Precisamos ter isso claro: não há como haver uma mínima efetividade do Direito em uma sociedade plural sem que haja “tolerância”.

Outros valores sólidos presentes são, por exemplo, a democracia, a federação e a separação de poderes.

Trata-se, na verdade, de elementos básicos da modernidade, e ainda não superados diante de uma análise reflexiva, que precisam ser resgatados ou corretamente aplicados, sendo a filosofia do Direito o motor propulsor desse desiderato, evitando-se que sejam desvirtuados.

#### **4 DA FILOSOFIA DO DIREITO PARA CORREÇÃO DO DIREITO FLUIDO**

Filosofia vem do grego *philo* e *sophia* que significa amigo da sabedoria. A filosofia é a arte de buscar o conhecimento através da reflexão, da essência, e não através da superfície, da aparência.

A filosofia do Direito busca compreender o fenômeno jurídico como um todo, dele enquanto fenômeno social, histórico e cultural que tem o desiderato de

---

122 Paulo Bonavides, considerando que a evolução da proteção dos direitos fundamentais não se excluíram no tempo, ou seja, complementaram-se, nomeou como “dimensões” (2002, p. 525).

ordenar normativamente a sociedade, de atingir objetivos<sup>123</sup> primários<sup>124</sup> e específicos<sup>125</sup> que motivaram e ainda motivam o contrato social.

Em uma sociedade em intensa transformação e divergência de interesses entre os diversos grupos sociais, revela-se fundamental o resgate da filosofia do Direito para que este exerça sua pretensão ordenadora e concretize os valores comuns que ainda existem, preservando-se os direitos às especificidades valorativas de cada ser, para que ao menos se viabilize a fruição dos direitos humanos com maior igualdade.

Segundo Maurício Mota e Vicente de Paula Barretto (2011, p. 19),

[...] a filosofia do direito é uma reflexão crítica sobre o fenômeno jurídico, objetivado nas leis, doutrinas e jurisprudência, que fornece ao magistrado, e ao jurista de uma forma geral, um instrumento intelectual imprescindível para a aplicação das normas do sistema jurídico do estado democrático de direito. A Constituição brasileira de 1988, em seu Preâmbulo, estabelece que se destina a instituir um estado democrático de direito, baseado em valores.

A filosofia do direito trabalha, precisamente, com esses valores fundantes da ordem social, política e jurídica nacional. Por essa razão, torna-se uma área do conhecimento humano essencial para a decisão judicial, que deverá ser tomada levando-se em conta esses valores. O escopo do estado democrático de direito define-se por esses parâmetros valorativos que se destinam a assegurar, como se encontra consagrado no texto constitucional, 'o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus'.

Só a reflexão na aplicação jurídica, considerando o contexto em que vivemos e a necessidade de identificação dos valores sólidos que animam o verdadeiro Direito, permitirá que o fenômeno jurídico mantenha a sua razão de ser, porque, se a filosofia busca a essência e não a superfície, hoje tudo fomenta, ao contrário, a aparência e o casuísmo desordenador.

---

123 Hedley Bull (2012, p. 8) aduz que “[...] a ordem que se procura na vida social não é qualquer ordem ou regularidade nas relações entre indivíduos ou grupos, mas uma estrutura de conduta que leve a um resultado particular, um arranjo da vida social que promova determinadas metas ou valores. Neste sentido funcional, que implica um propósito, alguns livros exibem ordem quando não se encontram simplesmente dispostos em fila, mas estão organizados de acordo com o autor ou o assunto, servindo assim a um objetivo, qual seja o de preencher a função de seleção [...]”.

124 Segue o autor: “Pode-se dizer que todos os três objetivos são ementares: dificilmente seria possível chamar de sociedade uma constelação de pessoas ou de grupos onde não houvesse uma expectativa de segurança contra a violência, de cumprimento dos acordos e de estabilidade na posse da propriedade [...]” (Bull, 2012, p. 9).

125 Os objetivos específicos são aqueles criados pela sociedade, os valores consolidados, a exemplo dos estabelecidos na Constituição, como fundantes.

Realmente, o mundo atual incentiva a todo custo a ausência de reflexão. Eduardo Bittar e Guilherme Assis de Almeida (2021, p. 20-21) definem com grande precisão esse momento singular:

[...] qual a principal marca da sociedade contemporânea, senão a de uma sociedade que nos convida à anestesia reflexiva sobre ela mesma, à apatia política sobre os desafios futuros comuns, à inércia expectadora e à aceitação do status quo, e, enfim, ao consumo compensador?

De fato, vive-se em uma sociedade de controle, com forte predominância da razão instrumental, na acepção da Escola de Frankfurt (Adorno/Horkheimer), ou seja, da razão orientada a fins imediatistas (razão técnica, para a produtividade, para a economia, para a eficiência, para o mercado), o que, certamente, reduz o índice de aceitação e abertura para a reflexão. Será que quanto mais razão, quanto mais técnica, quanto mais informação, quanto mais desenvolvimento material pode-se avançar no sentido de se afirmar haver mais consciência, mais democracia, mais engajamento, mais moralidade, mais desenvolvimento social, mais justiça social? A sociedade pós-moderna é a prova de que esta equação funciona em proporção inversa. Trata-se de uma sociedade anestesiada pela forte presença do poder econômico, pela imperativa e sedutora determinação dos comportamentos a partir de modas e influências midiáticas, e, exatamente por isso, incapaz de reflexão. Por isso, a filosofia está fora de moda, foi expulsa, é considerada correntemente, mesmo entre intelectuais, assunto que causa estranheza. Aliás, intelectuais se tornaram, na era da razão técnica, também fruto do positivismo, meros especialistas em assuntos afunilados, agindo e pensando sob cones de normas tecnicamente relevantes. É usual ouvir-se a frase: “Filosofia, mas para que isto?”.

Vivemos em ambiente repleto de informações, mas que estão longe de implicar ou significar conhecimento. E mesmo o bacharel não é preparado para o exercício da reflexão, já que a filosofia do Direito, ainda que presente nos cursos jurídicos, está longe de ser priorizada.

Portanto, para a garantia da efetividade do Direito na época atual, para que não seja o reflexo da mera individualidade moral do profissional ou se minimize a sua inserção na lógica do consumo, de sorte a não se destinar apenas àqueles que possuem condições materiais a tanto, o incentivo à formação do verdadeiro jurista é fundamental.

Além disso, o exercício filosófico, que busca a essência do fenômeno jurídico, é fundamental para a identificação e correção na aplicação jurídica dos vários textos normativos criados a toque de caixa para satisfazer uma necessidade efêmera ou favorecer grupos determinados em detrimento do bem comum, que desbordam do verdadeiro Direito criado pela consciência coletiva e que está vigente na sociedade.

O profissional do Direito pode e deve analisar se referidos textos ou se a sua própria conduta foge ou não dos valores insertos na Constituição, se referidas regras



abstratas ou criadas por ele na aplicação jurídica estão inseridas no sistema, se são válidas ou não, ou mesmo se o seu comportamento aplica de fato o Direito.

Nesse ponto, importantes as palavras de Goffredo da Silva Telles Júnior (Alves et al., 2004, p. 11), para quem

[...] o Filósofo do Direito é o cientista que não se adstringe à explicação da ordem jurídica, e se empenha na missão de compreendê-la. Não o satisfaz o conhecimento das causas imediatas da lei — os objetivos próximos da lei e as formalidades de sua elaboração —, e se esforça por desvendar o que eu chamaria 'alma' (o ânimo, a intenção originária) da legislação positiva; ou seja, por penetrar a intimidade desse extraordinário fenômeno exclusivamente humano, que designamos com o nome de Direito.

Referido professor de escol define o verdadeiro jurista como aquele que exerce essa reflexão, senão não deixaria de ser bacharel. E ainda acrescenta que

com a visão global das cousas do Mundo e da Vida, ele passa a ter consciência da ordem universal e da situação do ser humano dentro dela. Passa a refletir sobre o sentido do valor da Ordem da Liberdade, da Ordem da Convivência, dentro da sociedade humana. Adquire aquele saber, que define a pessoa culta. Passa a ser o Filósofo do Direito (Alves et al., 2004, p. 12).

Em sentido similar, Fábio Konder Comparato (Alves et al., 2004, p. 2) aduz que

a verdade é que a visão filosófica nos permite visualizar a oposição permanente entre direito ideal e direito vigente. Por mais que se faça, não é possível esconder ou sufocar a necessidade de uma crítica permanente do direito positivo. Nós só avançamos na medida em que fazemos essa auto-análise e também uma análise da realidade externa que nos cerca. Frequentemente, o que se vê nos cursos jurídicos é uma consideração meramente factual da realidade como se o Direito fosse algo ligado à própria natureza, um dado que não precisa ter explicação e que de qualquer maneira não precisa ser justificado.

Com efeito, o jurista deve refletir sobre a realidade global em que vive, em que está inserido, para a aplicação jurídica, para a compreensão e busca do dever ser, daqueles que são os objetivos reais do Direito, não se deixando levar pela sedução imediata e efêmera dos acontecimentos, inclusive por seu próprio individualismo. Uma autocrítica é necessária.

Decerto, relegar apenas ao jurista essa atividade não será suficiente. A participação popular é fundamental. Mesmo que haja uma pluralidade social de interesses e o incentivo a satisfações egoísticas de direitos, os indivíduos precisam se lembrar de que há valores fundamentais mínimos que deveriam ser aplicados a

todos e isso precisa ser concretizado. É a razão da vida em uma sociedade democrática.

A falta de compreensão que a realidade atual tem potencializado as desigualdades sem que tenhamos chegado perto de uma igualdade mínima e tem cobrado e cobrará cada dia mais seu preço de todos, porque em um agrupamento humano não há como se falar em ação isolada. Todos estamos conectados em sociedade.

De qualquer forma, no campo jurídico, a função do profissional do Direito está evidenciada.

Ainda que na sociedade líquida pareça haver uma dificuldade em se identificar os valores comuns que unem os seres humanos, considerando a pluralidade de valores individuais que se disseminam e o fomento à expressão da individualidade e da liberdade, é na Constituição que se deve buscar o plexo de direitos e garantias comuns mínimos a serem concretizados.

O pós-positivismo e neoconstitucionalismo tem como objetivo a concretização desses princípios maiores da vida em sociedade, estando de certa forma em oposição à pós-modernidade em que a noção do coletivo se perdeu. Todavia, um dos efeitos da era atual foi o próprio desvirtuamento do novo conceito de positivismo, porque incentivou a individualização, o decréscimo do poder do Estado e esse caráter consumerista do Direito.

E isso, como visto, é especialmente danoso nas sociedades periféricas, como é o caso brasileiro.

De fato,

a crítica pós-moderna ao constitucionalismo deve ser objeto de reflexão. Por um lado, cumpre reconhecer que existem, de fato, graves déficits no funcionamento das instituições e das práticas políticas, sociais e jurídicas construídas durante a Modernidade, que se revelam claramente diante da persistência da exclusão, bem como de fenômenos como o aquecimento global. Contudo, ao invés do abandono do ideário moderno, pensamos que ele deve ser aperfeiçoado e aprofundado, sobretudo nas sociedades periféricas — pré-modernas sob vários aspectos —, que enfrentam carências já relativamente equacionadas no Primeiro Mundo. Trata-se de insistir na luta pela implementação concreta dos grandes valores do Iluminismo e do constitucionalismo, de liberdade, igualdade, dignidade humana e democracia, estendendo-os a novos campos e enfrentando, a partir dessas bandeiras, os novos desafios do mundo contemporâneo.

Não se trata de negar a correção de certas posições do pós-modernismo, como a afirmação do caráter inevitável do pluralismo jurídico, do etnocentrismo latente no discurso jurídico hegemônico e da onipresença da opressão. Mas, diante dessas questões, não se deve abdicar do projeto

político jurídico da Modernidade, mas corrigir os seus desvios e incompletudes, tornando a empreitada ainda mais abrangente e inclusiva. O esvaziamento do Direito e da Constituição, propugnados por certas correntes do pós-modernismo, são propostas que não merecem apoio, sobretudo nos Estados periféricos e subdesenvolvidos como o Brasil, onde largos setores da população ainda vivem no arcaísmo pré-moderno. Se o constitucionalismo for despojado da sua pretensão de impor padrões mínimos de justiça às relações humanas, com sua omissão ela estará legitimando o status quo de opressão e exclusão social (Sarmiento; Souza Neto, 2012. p. 188).

Logo, o retorno à concepção existencial de um único Direito, que ordene a sociedade, é o primeiro passo para o resgate de sua legitimidade social e garantia da ordem pública.

E, dentro dessa unidade, é preciso diferenciar as situações jurídicas que de fato justificam um tratamento diferencial na lógica da isonomia, sem a perda da identidade universal dos direitos fundamentais e justamente para concretizá-la.

Ademais, a inefetividade do Direito incentivou e incentiva a produção de leis desvirtuadas dos valores constitucionais, na lógica da contaminação do público pelo privado.

Se é certo que a instabilidade das relações sociais, a busca da felicidade no efêmero e imediato, do prazer do consumo individual, dentre outras causas, incentivam a edição de leis restritas a interesses de grupos determinados, ainda que em potencial prejuízo da sociedade, a pluralidade de interpretações jurídicas que fogem da moldura que todo o aplicador do Direito deveria seguir certamente também favorece.

E, quando se fala em moldura, por mais que cada jurista tenha uma forma particular de ver a realidade e o fenômeno normativo, alguma identidade deve ser preservada na aplicação jurídica, ainda que cada caso tenha uma peculiaridade, sob pena de o Direito não ser mais reconhecido.

Não é algo simples principalmente hoje, mas a presente realidade impõe mais do que nunca uma contenção autocrítica por parte do próprio operador do Direito. Uma reflexão pessoal se está aplicando o Direito ao caso concreto, ou adequando o Direito à sua própria moral individual. Procurar ser mais legislador negativo e aí sim, em caso de inconstitucionalidade, buscar no sistema a solução principiológica correta; porém, não se tornar um legislador positivo, afastando a aplicação de regras que não são inconstitucionais por aparentemente não concordar com os seus termos.

Com isso não se está querendo eliminar a atividade interpretativa ou mesmo a aplicação sistemática do Direito. O problema é que houve uma potencialização da

atividade criativa do Direito, não sendo incorreto dizer que tudo atualmente se tornou ponderação<sup>126</sup>, ainda que a norma não seja uma regra aberta, não traga exceções ou tenha conceitos jurídicos indeterminados.

Precisamos ter segurança para identificar o que é proibido, o que é permitido e o que é obrigatório.

Há normas em que se fundem o caráter principiológico e o de regras e nesse caso uma maior abertura interpretativa é necessária. Esse caráter duplo é inclusive uma das críticas à teoria de Alexy. Os próprios direitos fundamentais possuem alta densidade principiológica e é difícil dizer qual direito hoje não seria fundamental ou qual deve prevalecer havendo oposição concreta entre eles e isso demanda de fato uma análise concreta.

Todavia, as regras que criam direitos subjetivos e sejam válidas e inseridas no sistema jurídico precisam ser aplicadas.

Não se trata de voltar ao positivismo clássico em que os valores não eram perseguidos na aplicação jurídica, porque referido retorno seria um retrocesso.

Porém, a reflexão do jurista na busca da aplicação do Direito sólido que ainda vigora na sociedade sem usar a abertura do sistema para satisfazer a sua própria vontade, fomentada pela era pós-moderna, é algo que precisa ser realizado. Só assim será possível uma maior segurança jurídica e efetividade do Direito.

Se A, pode ser B, C ou D na aplicação jurídica, B, C, ou D deve ter algo em comum sob pena de haver anarquia e não mais um Direito ordenador da realidade. A essência tem que ser a mesma; não podemos desnaturá-lo como se houvesse valores amplamente contraditórios ou inconciliáveis, com a troca da Constituição por outra ou quebra das bases do sistema quando da aplicação jurídica.

As regras demandam menor abertura interpretativa e, desde que constitucionais e não havendo exceções no sistema, devem ser aplicadas, cabendo a aplicação dos mandamentos de otimização nos conceitos indeterminados ou abertos. Se houver conflito entre as regras ou se elas possuírem conceitos jurídicos indeterminados ou caso se caracterizarem como princípios, a liberdade do operador

---

126 Guilherme Bicalho e Ricardo Fernandes (2011, p. 127) afirmam: “[...] se tudo se transforma em ponderação, a margem de subjetividade se mostra tão grande que a segurança jurídica e a objetividade do sistema desaparece [...]”. Citam, inclusive, Canotilho, que faz críticas à “panfundamentalização objetivista” ou à “hipertrofia jusfundamentalista”, e Daniel Sarmento, quando fala em “panconstitucionalização” e “oba-oba constitucional”.

será maior. Mas mesmo assim deve ser buscada a unificação interpretativa, como ocorre no caso dos precedentes.

Só assim será possível atenuar os problemas já mencionados.

Por fim, quanto ao caráter consumerista do Direito, difícil alterar essa equação, porque depende de fatores externos que fogem ao campo jurídico<sup>127</sup>. Mas o jurista pode e deve tentar atenuar essa consequência, identificando essas situações e buscando compensar as desigualdades que dificultem o exercício de direitos iguais por parte de todos. Aí novamente verificamos como a atividade filosófica é importante; senão, não haveria meios de sequer identificar o problema

Por mais que a atual modernidade milite contra um Estado de bem-estar, nossa Constituição a que todos devemos garantir a solidez e sua força normativa tem o objetivo promover a igualdade entre as pessoas e esse ainda é um norte a ser perseguido.

## **5 CONCLUSÃO**

Nessa era de fluidez e instabilidade e de intensa transformação social, nota-se que o ser humano tem se deixado levar pelo fluxo da efemeridade do mercado de consumo e não tem usado a sua capacidade de reflexão e de busca do conhecimento para implementar as razões pelas quais realizou o contrato de viver em sociedade, o dever ser da vida social.

Mas nem por isso o ser humano está mais livre ou feliz. Pelo contrário, talvez nunca tenha estado tão condicionado a seguir condutas que não escolheu, criando identidades passageiras que não trazem bem-estar real e duradouro.

Essa realidade atingiu operadores do Direito, a aplicação jurídica, ao ponto de liquidificá-la, trazendo insegurança e desordem.

Portanto, resgatar a compreensão das razões de ser do Direito e, dessa maneira, buscar a sua essência – aquilo que ainda é sólido – é fundante para sairmos dessa sensação de irracionalidade atual e a filosofia do Direito possui papel basilar nisso.

---

127 Observe-se que a resolução dos problemas mencionados no presente trabalho demanda a atuação de todas as funções estatais e da sociedade civil. Ocorre que, sendo um trabalho jurídico, o foco é a análise acerca dos operadores do Direito, que não se restringem aos juízes, abrangendo também as funções essenciais à Justiça.

As forças antagônicas inseridas no seio social, a limitação do altruísmo inerente ao homem e dos próprios bens da vida sempre vão trazer constante desequilíbrio nas relações humanas. O capitalismo tende à concentração da renda nas mãos de poucos.

Sendo assim, precisamos da filosofia, do pensar, do refletir, ou seja, da procura da compreensão ontológica do fenômeno jurídico para tentar neutralizar ou reduzir os efeitos nocivos dessa realidade.

A Constituição brasileira de 1988 cria um Estado Social, que irradia valores e ampara os direitos fundamentais em geral, colocando a dignidade humana como pedra fundamental. Portanto, a aplicação jurídica deve ter como objetivo principal satisfazer esses valores e concretizar o que é comum na divergência.

Temos que concretizar a isonomia e a tolerância, e a força normativa da Constituição precisa ser reconhecida e resgatada.

Em uma sociedade sem reflexão não há verdadeira autonomia e liberdade de agir. Aquele que não tem condições materiais de ser livre não tem liberdade. Agora, quem tem condições de exercê-la não deve ficar alheio a uma realidade que tende a favorecer uns em detrimento à maioria. Só assim talvez um dia seja possível que todos fruam efetivamente de seus direitos formais.

A filosofia do Direito é fundamental para a criação do verdadeiro jurista, como ator fundante da efetivação dos valores sociais e dessa transformação.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia do direito**. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2021.

ALVES, Allaôr Caffé et. al. **O que é a filosofia do direito?** São Paulo: Manole, 2004.

BARRETTO, Vicente de Paulo; MOTA, Maurício. **Por que estudar filosofia do direito?**: aplicações da filosofia do direito nas decisões judiciais. Apres. Roberto Rosas. Pref. Eros Roberto Grau. Brasília: ENFAM, 2011

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Ed. Eletrônica. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella; FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico:** o atual paradigma jusfilosófico constitucional. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Introdução ao estudo do direito:** humanismo, democracia e justiça. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade.** Revista Seqüência, n. 57, p. 131-152, dez. 2008.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 9. ed. Tradução: Carlos Nelson de Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo, Malheiros, 2002.

BULL, Heddley. **A sociedade anárquica:** um estudo da ordem na política mundial. Trad. Sérgio Bath. Brasília, Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Trad. João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARINONE, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2019.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis.** Apres. Renato Janine Ribeiro. Trad. Cristina Murachco. 2. ed. 2. tir. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA. Declaração de princípios sobre a tolerância. Paris, 1995. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/paz/dec95.htm>. Acesso em: 29 mar. 2024.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional:** teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA, Jessé. **Ralé brasileira:** quem é e como vive. Belo Horizonte: UFMG, 2009.

## A COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS E A JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA CONTEMPORÂNEA

THE THING ADJUDICATED IN CLASS ACTIONS AND CONTEMPORARY NATIONAL JURISPRUDENCE

MOLINA, Glauce Manuela<sup>128</sup>  
FERNANDES, Josiane Marcia<sup>129</sup>

**RESUMO:** O objetivo desse estudo é descrever e analisar a coisa julgada nos processos coletivos. Compreender os limites subjetivos da coisa julgada em sede de ação civil pública, bem como a alterações legislativa em relação ao tema, sua extensão e limites. Sobretudo, a jurisprudência pátria a respeito do referido tema que é de suma importância. As ações coletivas têm como ponto central assegurar a integral reparação da coletividade em caso da ocorrência de dano, assegurando a igualdade na reparação, bem como celeridade no trâmite processual, evitando que decisões contraditórias sejam proferidas. Muitas vezes, essa celeridade no trâmite processual, e as decisões contraditórias não eram difíceis de ocorrer. o processo coletivo veio para tornar realmente mais célere essa satisfação e as decisões estabilizadas. O método de pesquisa utilizado no presente trabalho, foi a pesquisa em artigos científicos, livros, leis e na jurisprudência dos tribunais superiores. Ao final, concluiu-se que as Cortes Superiores analisando os casos concretos, decidiram em favor da coletividade, afastando a aplicabilidade do art. 16 da Lei 7.347/1985, alterada pela Lei 9.494 /1997, e posteriormente o dispositivo foi declarado inconstitucional, fortalecendo o microsistema jurídico dos direitos coletivos.

**PALAVRAS CHAVES:** Coisa Julgada. Ação Coletiva. Ação Civil Pública. Jurisprudência.

**ABSTRACT:** The objective of this study is to describe and analyze res judicata in collective proceedings. Understand the subjective limits of res judicata in public civil action, as well as legislative changes in relation to the topic, its extent and limits. Above all, the national jurisprudence regarding this topic is of paramount importance. Collective actions have as their central point ensuring full reparation for the community in the event of damage, ensuring equality in reparation, as well as speed in the procedural process, preventing contradictory decisions from being made. Often, this speed in the procedural process, and contradictory decisions were not difficult to occur. the collective process came to make this satisfaction really faster and the decisions stabilized. The research method used in this work was research in scientific articles, books, laws and the jurisprudence of higher courts. In the end, it was concluded that the Superior Courts, analyzing the specific cases, decided in favor of the community, ruling out the applicability of art. 16 of Law 7,347/1985, amended by Law 9,494/1997,

<sup>128</sup> Mestranda em Direito Constitucional, subárea Garantias de acesso à justiça e concretização de direitos, pelo Centro Universitário de Bauru (CEUB) – ITE – Bauru. Procuradora do Município de Jahu-SP. E-mail: glaucemolina@gmail.com. Currículo na plataforma lattes: <http://lattes.cnpq.br/1109894580002458>. Endereço para correspondência: Travessa da Amizade, 50, Apto. 305, torre 2, Vila Netinho, Jahu-SP, Cep 17.208-061.

<sup>129</sup> Mestranda pela Instituição Toledo de Ensino, ITE, Sistema Constitucional de Garantias de Direitos; Advogada. Email j.adv.fernandes@gmail.com. RA 53000441



and later the device was declared unconstitutional, strengthening the legal microsystem of collective rights.

**KEYWORDS:** Thing judged. Collective action. Public civil action. Jurisprudence.

## 1 INTRODUÇÃO

O inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal descreve que a *“lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”* A garantia constitucional para a coisa julgada dentre o rol das cláusulas pétreas, tem por objetivo resguardar situações processuais em que se operou a coisa julgada da aplicabilidade de lei superveniente.

Segundo Moutauri Chiochetti de Souza<sup>130</sup>:

O fundamento social da coisa julgada resta, pois, cristalino: o instituto não possui um fim em si mesmo antes, destina-se a permitir sejam compostos os litígios surgidos no seio da comunidade.

Como meio de regramento e de pacificação social o Direito necessita contar com o instrumento adequado e forte, adjetivado pelo poder de coerção cometido ao Estado, de sorte a possibilitar a manutenção da ordem e a defesa das liberdades públicas: disso decorre a importância da coisa julgada, enquanto fenômeno sociológico.

A coisa julgada assegura as decisões judiciais a desejável estabilidade das decisões de mérito, o prestígio da função jurisdicional do Estado perante a população e a pacificação dos conflitos.

Quanto tratamos da coisa julgada na ação civil pública a ideia inicial é que seria um instituto diferente da coisa julgada existente nas ações individuais.

Porém, se trata do mesmo instituto com as mesmas premissas, com a produção de alguns efeitos diferentes entre as ações individuais e as ações coletivas.

A coisa julgada deve ser imposta as partes e em relação aos terceiros produz seus efeitos reflexos comuns a toda decisão judicial, *erga omnes*, ou seja, “contra todos”.

Segundo Chiovenda<sup>131</sup>, *“Todos somos obrigados a reconhecer o julgado entre as partes; não podemos, porém, ser por ele prejudicados”*.

---

<sup>130</sup> SOUZA, 2003.

<sup>131</sup> CHIOVENDA, 1965.

Pode se dizer que a expressão *erga omnes* contida no art. 103 do CDC, é desnecessária, pois repete uma característica essencial da coisa julgada.

## **2 ESPECIE DE COISA JULGADA**

### **2.1 Coisa Julgada nas Ações Coletivas sobre Direitos ou Interesses Difusos**

As ações coletivas sobre direitos ou interesses difusos versam sobre todos os direitos não individuais, indivisíveis tendo como titulares pessoas indeterminadas.

Difusos são interesses “pertencentes a um número indeterminável de pessoas, titulares de um objeto indivisível e que estão ligadas entre si por um vínculo fático”; ou, nos termos do art. 81, parágrafo único I, do Código de Defesa do Consumidor, “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato<sup>132</sup>.”

Nesse tipo de ação, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, nos termos do inciso I do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor.

Porém, em se tratando de coisa julgada em ação coletiva, deve se fazer uma diferença semântica entre as previsões constantes no inciso I e III, pois tem características *sui genesis*.

A coisa julgada de sentença proferida em ações que visam tutelar interesses difusos, a expressão *erga omnes* deve ser necessariamente interpretada de maneira distinta, pois nesse caso, os efeitos da *res judicata* produz em face de toda a coletividade. Nesse caso, todos sem exceção possuem interesse na relação processual.

### **2.2 Coisa Julgada nas Ações Coletivas sobre Direitos ou Interesses Coletivos**

São pertencentes a um determinado grupo de pessoas, que se comunicam por uma determinada característica própria relacionada ao objeto a ser tutelado, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si.

---

<sup>132</sup> SOUZA, 2003, p. 206.

Coletivos, a seu tempo, são os interesses “pertencentes a um número determinável de pessoas, integrantes de um grupo, categoria ou classe, titulares de um objeto indivisível e que estão ligadas entre si ou com a parte contrária por um vínculo jurídico.”<sup>133</sup>

Nesse caso, a sentença fará coisa julgada *ultra partes*, limitada ao grupo, categoria ou classe, conforme art. 103, II, do Código de Defesa do Consumidor.

### **2.3 Coisa Julgada nas Ações Coletivas sobre Interesses Individuais Homogêneos**

Cada indivíduo tem seu direito surgindo da mesma origem e pode ser defendido coletivamente, o direito surge de um mesmo ponto comum para todos. Nesse caso as pessoas são determináveis.

Não se trata meramente de uma situação litisconsorcial, conforme pretende o disposto no art. 2º-A da Lei nº 9.494/97, que exige que a peça inicial traga a lista nominal dos aderentes da entidade associativa.

O objetivo da ação coletiva é assegurar que identificado o dano e a causa, todos os lesados recebam a tutela jurisdicional adequada.

O momento processual em que é possível assegurar a todos os lesados a reparação é na liquidação da sentença e não no ajuizamento, por essa razão, tem se como inadequada a previsão contida no art. 2º-A da Lei nº 9.494/97.

O art. 103, III do Código de Defesa do Consumidor prevê expressamente que nesse caso a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, no caso de procedência da ação, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores.

Nas ações coletivas que versem sobre interesses individuais homogêneos, apesar de ter o efeito *erga omnes*, apenas os efeitos reflexos serão produzidos em face de todos, restringindo-se os efeitos principais da sentença a aqueles que possuem interesse legítimo na relação processual.

Assim, a expressão *erga omnes* contida no inciso terceiro do art.103 dever ser interpretada como efeito reflexo da sentença, uma vez que os terceiros juridicamente indiferentes não serão atingidos pela sentença.

---

<sup>133</sup> SOUZA, 2003, p. 206.

### **2.3.1 Coisa julgada material ou substancial e Coisa julgada formal**

A coisa julgada material estende a imutabilidade da sentença a qualquer outro processo, produzindo efeitos extraprocessuais.

A coisa julgada formal torna imutável a sentença dentro dos próprios autos, produzindo efeitos endoprocessuais.

No caso de improcedência de ação civil pública, os terceiros não serão atingidos pela eficácia *erga omnes* ou *ultrapartes*.

Assim, de acordo com as lições de Ada Pellegrini Grinover<sup>134</sup>, os efeitos externos da sentença de improcedência atingem a todos os legitimados do art. 82 do CDC, transcrevemos: “*com relação a todos os entes e pessoas legitimados pelo art. 82, impedindo o ajuizamento de nova ação coletiva, pelo mesmo fundamento.*”

Temos aqui então que o mais adequado ao texto legal não era prever a eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*, mas sim mencionar que a sentença faria coisa julgada material.

A impropriedade na expressão contida na legislação, pode ser verificada, uma vez que nos termos do art. 103, §1º, os interessados que tiverem direitos lesados poderão ingressar em Juízo individualmente, não havendo prejuízo ao direito de terceiros.

### **2.4 Coisa julgada material *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis***

O art. 18 da Lei nº 4.717/1965, estabelece:

Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

De acordo com a redação do artigo da Lei que regulamenta a ação popular, a coisa julgada será *erga omnes* se for julgada procedente.

No caso de improcedência da ação por deficiência das provas, a coletividade não poderá restar prejudicada pelo manejo inadequado de ação anterior, sendo admissível ajuizamento de outra ação desde que fundada em prova nova.

---

<sup>134</sup> GRINOVER, 2000.

## **2.5 Transporte da Coisa Julgada *in utilibus***

A previsão legal do transporte da coisa julgada *in utilibus* consta do §3º do art. 103 do CDC.

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

(...)

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99. (g.n)

A previsão legal autoriza, nos casos de procedência da ação, que a decisão proferida na ação coletiva seja transportada para as demandas individuais, assegurando que todos os lesados sejam beneficiados pela decisão coletiva.

## **3 SITUAÇÕES JURÍDICAS QUE NÃO FAZEM COISA JULGADA**

Os três incisos do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor traz expressamente as previsões em relação a coisa julgada de acordo com cada direito tutelado.

Nas ações coletivas sobre direitos ou interesses difusos e nas ações coletivas sobre direitos ou interesses coletivos, a sentença improcedente por insuficiência de provas não faz coisa julgada, permitindo que qualquer interessado possa valer-se de nova prova e promova nova ação.

No caso das ações coletivas sobre interesses individuais homogêneos, a sentença improcedente não produz efeitos em relação as ações individuais, permitindo que nova ação seja proposta individualmente pelo interessado.

Tal medida é importante para preservar os direitos objeto da ação coletiva, não podendo prejudicar os interessados pela atuação deficiente em juízo do legitimado para ocupar o ativo da ação.

#### **4 OS LIMITES SUBJETIVOS E OBJETIVOS DA COISA JULGADA**

O §4º do art. 337 do Código de Processo Civil define que há coisa julgada quando: “§ 4º - *Há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado.*”

A Lei nº 7.397/85 nada menciona em relação a coisa julgada, porém, prevê a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, desse modo, as previsões do Código de Processo Civil em relação a coisa julgada se aplicam as ações coletivas.

Para que exista a coisa julgada, como pressuposto processual negativo, é necessário que se repita nova ação idêntica à anterior já sentenciada e que não seja mais possível interpor recurso.

Só haverá identidade entre as ações coletivas, quando o pedido, causa de pedir e as partes das duas ou mais ações forem idênticas.

Caso, haja mais de um co-legitimado para propor a ação, também podemos ter a hipótese da coisa julgada, se o pedido e a causa de pedir foram idênticas, nesse caso, independente de quem seja o proponente legitimado.

#### **5 AS ALTERAÇÕES PELA LEI N.º 9.494 de 1997**

A Lei Federal nº 9.494/1997 alterou o art. 16 da Lei nº 7.347/85, indicando que a sentença proferida em ação coletiva produziria efeito *erga omnes*, nos limites da competência do órgão prolator. A intenção foi restringir a eficácia da sentença em nível territorial, visando frear algumas decisões que vinham sendo proferidas.

Outra limitação apresentada pela Lei 9.494/97 está prevista no art. 2º-A, que se refere ao domicílio de seus associados no momento da propositura da ação. O domicilio deverá ser no momento da propositura da ação, o de competência territorial do órgão prolator da decisão.

As limitações trazidas pela Lei Federal nº 9.494/97 são um retrocesso, o que levou a doutrina a repudiá-la de maneira uniforme.

Limitar a abrangência da coisa julgada nas ações civis públicas significa multiplicar demandas, o que, de um lado, contraria toda a filosofia dos processos coletivos, destinados justamente a resolver molecularmente os conflitos de interesses, ao invés de atomizá-los e pulverizá-los; e, de outro lado, contribui para a multiplicação de processos, a sobrecarregarem os Tribunais, exigindo múltiplas respostas jurisdicionais quando uma só poderia

se suficiente. No momento em que o sistema brasileiro busca saídas até nos precedentes vinculantes, o menos que se pode dizer do esforço reutivo do Executivo é que vai na contramão da história<sup>135</sup>

Falar em limites territoriais para a res judicata são um verdadeiro absurdo. Falar-se em coisa julgada *erga omnes* nessa acepção, não só viola uma série de preceitos constitucionais, como a própria ratio das demandas coletivas, distorcendo completamente o que até então o legislador vinha se esforçando para conseguir: ampla defesa de direito metaindividuais, com igual possibilidade de ressarcimento dos lesados<sup>136</sup>. Rodolfo de Camargo Mancuso, leciona:

No presente estágio evolutivo da jurisdição coletiva em nosso país, impende compreender que o comando judicial daí derivado precisa atuar de modo uniforme e unitário por toda a extensão e compreensão do interesse metaindividual objetivado na ação, porque de outro modo este regime processual não se justificaria, nem seria eficaz, e o citado interesse acabaria privado de tutela jurisdicional em sua dimensão coletiva, reconvertido e pulverizando em demandas individuais correlatas<sup>137</sup>.

O objeto das ações coletivas é indivisível e o dano é social, desse modo não é possível limitar os efeitos da coisa julgada nos termos do art. 16 da Lei Federal 7.347/1985. Em relação a esse ponto, a doutrina considera que a eficácia da coisa julgada é inconstitucional, mas não por ofensa ao inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal, mas por ofensa à garantia da isonomia ou igualdade substancial.

No julgamento do RE 1101937, com repercussão geral reconhecido pelo Tema 1075, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou a inconstitucionalidade do art. 16 da Lei 7.347/1985.

No julgamento, o relator, Ministro Alexandre de Moraes ressaltou que o dispositivo estava na contramão do avanço institucional de proteção aos direitos coletivos.

A tese firmada com o julgamento foi a seguinte:

- I - É inconstitucional o art. 16 da Lei 7.347/1985, alterada pela Lei 9.494/1997.
- II – Em se tratando de ação civil pública de efeitos nacionais ou regionais, a competência deve observar o art. 93, II, da Lei 8.078/1990.
- III – Ajuizadas múltiplas ações civis públicas de âmbito nacional ou regional,

---

<sup>135</sup> GRINOVER, 2000. P. 818.

<sup>136</sup> BRAGA, 2000, p. 153.

<sup>137</sup> MANCUSO, 2001.

firma-se a prevenção do juízo que primeiro conheceu de uma delas, para o julgamento de todas as demandas conexas.

No voto, o Ministro menciona que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) reforçou a ideia de que a coisa julgada é para todos, ou seja, *erga omnes* ou *ultrapartes* nas ações coletivas, devendo abranger todos os potenciais beneficiários da decisão judicial, uma vez que o próprio texto da lei não faz qualquer menção à limitação territorial.

Tendo em vista que esse ponto foi objeto de diversas decisões judiciais das Cortes Superiores, o tema será retomado no tópico das Jurisprudências.

## **6 COISA JULGADA NA AÇÃO POPULAR**

A ação popular tutela a defesa de interesse difuso. Desse modo, a coisa julgada da ação popular produz os mesmos efeitos da ação coletiva sobre direitos ou interesses difusos.

Se procedente a decisão judicial haverá produção de efeitos *erga omnes*, favorecendo a esfera individual de cada prejudicado. Porém, se a sentença julgar improcedente a ação popular por insuficiência de provas, essa decisão não prejudica os direitos individuais dos integrantes da comunidade.

## **7 JURISPRUDENCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

O ordenamento jurídico possui a função uniformizadora. Todavia, havendo atrito entre os princípios, a solução é a ponderação. Se constatando um estado de extrema desigualdade gerado pela prevalência da coisa julgada, a solução seria a harmonização do princípio da segurança jurídica, em sua feição individual de proteção da confiança, com o princípio da segurança jurídica, sempre no interesse da coletividade, resguardando-se os efeitos pretéritos da coisa julgada e limitando-se seus efeitos para o futuro.

Nesse sentido, no julgamento realizado pela Suprema Corte, a tese fixada foi a seguinte:

I -O trânsito em julgado de sentença condenatória proferida em sede de ação desapropriatória não obsta a propositura de Ação Civil Pública em defesa do patrimônio público para discutir a dominialidade do bem expropriado, ainda



que já se tenha expirado o prazo para a Ação Rescisória; II - Em sede de Ação de Desapropriação, os honorários sucumbenciais só serão devidos caso haja devido pagamento da indenização aos expropriados. (STF. Plenário. RE 1010819/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgado em 26/5/2021) (Repercussão Geral – Tema 858). (Informativo 1019, 2021)

O caso em apreço, teve início onde o INCRA ajuizou ação de desapropriação, em face de uma pessoa que alegava ser proprietário de determinado imóvel rural. Nesse processo, a autarquia foi condenada a pagar a indenização pela desapropriação, além dos honorários advocatícios de sucumbência.

Decorridos três anos do trânsito em julgado, ou seja, após o prazo para a ação rescisória, que são 2 anos, o Ministério Público federal ajuizou ação civil pública contra esse particular alegando que ele teria obtido irregularmente o título de propriedade do imóvel e que, não seria o real proprietário das terras, que a União seria a real proprietária do imóvel rural, de modo não ser devido o pagamento da indenização e nem dos honorários advocatícios, e que por isso houve prejuízo ao patrimônio público federal.

Como os honorários advocatícios da ação de desapropriação ainda não haviam sido pagos, o MPF pediu para que a quantia ficasse depositada em juízo até que houvesse o julgamento da ACP. Demonstrado na ACP que o particular não era proprietário do imóvel, os honorários advocatícios não seriam pagos.

No mesmo processo, o réu alegou que o MPF utilizou a ACP para desconstituir a coisa julgada, e que somente deveria ser impugnada mediante ação rescisória proposta no prazo decadencial de 2 anos, que o pagamento dos honorários advocatícios não deveria ser suspenso nem ficar aguardando a ACP. Tendo em vista que os honorários sucumbenciais da ação de desapropriação seriam devidos pelo simples fato de o INCRA ter dado causa à instauração do processo

Porém, o entendimento fixado foi que o ajuizamento de ação civil pública para discussão da titularidade de imóvel não ofende a coisa julgada decorrente de ação de desapropriação, mesmo que já tenham se passado os dois anos para a propositura da ação rescisória, conforme tese fixada no tema 858 – “Aptidão, ou não, da ação civil pública para afastar a coisa julgada, em particular quando já transcorrido o biênio para o ajuizamento da rescisória.” (Informativo 1019, 2021)

E outro momento, em sede de Repercussão Geral, entendeu o Supremo Tribunal Federal:

I - É inconstitucional o art. 16 da Lei nº 7.347/85, alterada pela Lei nº 9.494/97.  
II - Em se tratando de ação civil pública de efeitos nacionais ou regionais, a competência deve observar o art. 93, II, da Lei nº 8.078/90 (CDC). III - Ajuizadas múltiplas ações civis públicas de âmbito nacional ou regional, firma-se a prevenção do juízo que primeiro conheceu de uma delas, para o julgamento de todas as demandas conexas. STF. Plenário. RE 1101937/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 7/4/2021 (Repercussão Geral – Tema 1075) (Informativo 1012, 2021)

Inicialmente, ressaltasse que o art. 16 da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), foi alterado pela Lei nº 9.494/97. Na Redação original do Art. 16. Da ACP estabelecia que: “A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, **exceto se a ação** for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.” (ACP, 1985)

Com a Redação dada pela Lei nº 9.494/97, o artigo 16 passou a constar com a seguinte modificação: “A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, **nos limites da competência territorial do órgão prolator**, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.” (op. cit)

O STJ já decidiu que “A eficácia das decisões proferidas em ações civis públicas coletivas não deve ficar limitada ao território da competência do órgão jurisdicional que prolatou a decisão. STJ. Corte Especial. EREsp 1134957/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 24/10/2016. (Planalto, 2016)

Então, a inadequada delimitação criada pelo art. 16 da LACP, em contraposição dos princípios da igualdade e da eficiência na prestação jurisdicional, se mostrou inconstitucional.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, com relação ao beneficiário dos expurgos inflacionários, foi fixado o seguinte entendimento:

O beneficiário de expurgos inflacionários pode promover cumprimento individual de nova sentença coletiva para a cobrança dos juros remuneratórios não contemplados no anterior título judicial coletivo já executado. STJ. 3ª Turma. REsp 1.932.243-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 05/10/2021. (Recurso Especial, 2021)

O caso é referente a uma associação de defesa dos consumidores, a qual ajuizou uma ACP pedindo que a Caixa Econômica Federal fosse condenada a pagar expurgos inflacionários decorrentes de planos econômicos. Em 2001, o juiz julgou o pedido procedente, determinando o pagamento dos expurgos inflacionários em favor dos consumidores. Essa sentença determinou o pagamento apenas do valor principal, sem falar em juros remuneratórios, tendo em vista que não houve pedido expresso nesse sentido. Houve o trânsito em julgado.

Em 2004, um dos consumidores que se enquadrava nessa situação, ingressou com pedido de cumprimento de sentença. Porém, tramitava outra ACP, proposta pelo Instituto Pró-Justiça Tributária, pedindo o pagamento dos expurgos inflacionários e também dos juros remuneratórios.

Em 2007, outro juiz julgou o pedido procedente, condenando os bancos a pagarem os expurgos inflacionários acrescidos dos juros remuneratórios. Em 2008, o contribuinte da primeira acp, sabendo disso, ingressou com nova execução individual pedindo, agora, o pagamento exclusivamente dos juros remuneratórios não contemplados na primeira ACP. O juízo de primeiro grau extinguiu essa segunda execução individual, a de 2008, sob o argumento de que haveria existência de coisa julgada material quanto à reparação dos danos, em razão daquela primeira execução individual de 2004.

Foi Interposto recurso de apelação, o contribuinte alegou que, naquela execução individual de 2004, não houve pedido ou deliberação em matéria relativa a juros remuneratórios e, portanto, não impediria nova execução baseada em sentença coletiva diversa, onde houve pedido expresso contemplado sobre juros remuneratórios.

O Tribunal manteve a sentença, e o caso chegou ao STJ, decidindo que:” O beneficiário de expurgos inflacionários pode promover o cumprimento individual de sentença coletiva para cobrança exclusiva de juros remuneratórios não contemplados em ação civil pública diversa, também objeto de execução individual pelo mesmo beneficiário. STJ. 4ª Turma. REsp 1.934.637-SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 08/06/2021. (Informativo 700, 2021)

Em outras palavras, a ausência de pedido expresso em ação civil pública ajuizada por instituição diversa, na qualidade de substituta processual, não impede a propositura do cumprimento de sentença pelo mesmo beneficiário individual com base em novo título coletivo formado em ação civil pública diversa, exclusivamente para o

alcance de verbas cuja coisa julgada somente se operou com o novo título proferido, do qual o autor seja também beneficiário.

Finalmente, em uma ação de conhecimento individual o STJ fixou o seguinte entendimento:

Na ação de conhecimento individual, proposta com o objetivo de adequar a renda mensal do benefício previdenciário aos tetos fixados pelas Emendas Constitucionais 20/98 e 41/2003 e cujo pedido coincide com aquele anteriormente formulado em ação civil pública, a interrupção da prescrição quinquenal, para recebimento das parcelas vencidas, é a data de ajuizamento da lide individual, salvo se requerida a sua suspensão, na forma do art. 104 da Lei nº 8.078/90. STJ. 1ª Seção. REsp 1.761.874-SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 23/06/2021 (Recurso Repetitivo – Tema 1005). (Informativo 702, 2021)

As Emendas Constitucionais 20/98 e 41/2003 aumentaram os tetos dos salários de contribuição de benefício. Fazendo com que os segurados que recebiam benefícios previdenciários tivessem direito à revisão para adequar a renda mensal do benefício aos novos tetos. Em 05/05/2011, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública contra o INSS, na 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo, pedindo para que a autarquia fosse condenada a fazer essa revisão. O processo ficou tramitando. É a Ação Civil Pública nº 0004911-28.2011.4.03.6183.

Em 2017, um segurado ajuizou ação individual contra o INSS pedindo para que a renda mensal da sua aposentadoria fosse revisada para se adequar aos novos tetos fixados pelas referidas emendas constitucionais. Como essa adequação faz com que o valor mensal recebido pelo segurado aumente, o que gerou o pagamento de diferenças retroativas, respeitada a prescrição quinquenal.

Em 1º Grau fora julgado procedente o pedido e a condenação do INSS a adequar a renda mensal do benefício do segurado, condenou a autarquia a pagar as diferenças dos meses anteriores, respeitada a prescrição quinquenal. O ponto controverso, foi quanto à prescrição. O magistrado, afirmou que a ACP proposta pelo MPF em 2011 interrompeu o prazo prescricional. Assim, o segurado teria direito de receber os últimos cinco anos contados de 2011. Isso significa que ele teria direito de receber as diferenças pretéritas relativas aos meses de 2006, ou seja parcialmente até 2011. Conforme o entendimento do magistrado, considerando que a ação coletiva, estariam prescritas apenas as eventuais parcelas anteriores a 05/05/2006. A prescrição foi interrompida, para o segurado, porém na data do ajuizamento da sua ação individual, e não na data de ajuizamento da ACP.

Caso o segurado quisesse se beneficiar da ação coletiva, deveria ter pedido a suspensão da sua ação individual, na forma do art. 104 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor):

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva. (CDC, 1990)

Com o objetivo de incentivar o processo coletivo, o ordenamento jurídico estimulou o titular do direito individual a permanecer inerte aguardando o desfecho da ação coletiva. Com a existência de ação coletiva não impede o ajuizamento de ação individual.

No entanto, se for ajuizada ação individual com o mesmo pedido da ação coletiva, o autor da demanda individual, em regra, não será beneficiado pelos efeitos da coisa julgada da lide coletiva, salvo se pedir a suspensão da ação individual, como previsto no art. 104 da Lei nº 8.078/90.

Dessa forma, no presente caso, como o segurado não pediu a suspensão do seu processo individual, a interrupção da prescrição para o pagamento das parcelas vencidas deve recair na data da propositura da presente ação individual, garantindo-se, ao segurado, o recebimento das diferenças relativas aos cinco anos anteriores ao seu ajuizamento, nos termos do que dispõe o parágrafo único do art. 103 da Lei nº 8.213/91:

Art. 130 (...) Parágrafo único. Prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil. (CDC, 1990)

Cumprido destacar que o STJ, no julgamento do REsp 1.388.000/PR, sob o rito do art. 543-C do CPC/73, firmou orientação no sentido de que o prazo prescricional, para a execução individual é contado do trânsito em julgado da sentença coletiva (STJ, REsp 1.388.000/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe de 12/04/2016). Entretanto, essa não é a hipótese. A parte autora, em vez de aguardar o desfecho da referida Ação Civil Pública, optou pelo ajuizamento de lide individual com o mesmo objeto. Nas exatas palavras da Min. Relatora Assusete Magalhães:

Tratando-se, no caso, de ação de conhecimento individual e autônoma em relação à Ação Civil Pública anteriormente ajuizada pelo Ministério Público Federal e outro, ainda que com o mesmo pedido, descabe a invocação da data da propositura da lide coletiva para interrupção da prescrição para pagamento das parcelas vencidas, na presente lide individual. Ao optar pela propositura e prosseguimento da presente ação individual, sem a suspensão prevista no art. 104 da Lei 8.078/90, a parte autora não se beneficia in utilibus com o resultado da Ação Civil Pública. (Informativo 702, 2021)

Ante o exposto, ainda que sobreviva diversas interpretações sobre o alcance e os efeitos temporais das decisões proferidas nos tribunais superiores, por iguais razões de segurança jurídica e de isonomia, levam à conclusão de que as teses firmadas nos referidos paradigmas são verdadeiramente inovadoras e devem produzir efeitos prospectivos nos direitos coletivos.

## **8 CONCLUSÃO**

As ações coletivas têm como ponto central assegurar a integral reparação da coletividade em caso da ocorrência de dano, assegurando a igualdade na reparação, bem como celeridade no trâmite processual, evitando que decisões contraditórias sejam proferidas.

Para garantir que a reparação ocorra em tempo razoável aos lesados, o legislador tomou o cuidado de inserir no Código de Defesa do Consumidor os dispositivos legais em relação aos efeitos em relação a coisa julgada nas ações coletivas.

Em um determinado momento futuro, houve uma tentativa de restringir essa reparação de danos coletiva, momento em que foi editada a Lei Federal nº 9.494/97.

Finalmente, as Cortes Superiores analisando os casos concretos, decidiram em favor da coletividade, afastando a aplicabilidade do art. 16 da Lei 7.347/1985, alterada pela Lei 9.494 /1997, e posteriormente o dispositivo foi declarado inconstitucional, fortalecendo o microsistema jurídico dos direitos coletivos.

Ante todo o exposto, conclui-se que a finalidade da coisa julgada no processo coletivo, substanciado pela jurisprudência pátria, visa resguardar as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, e sobre tudo, da economia processual.

## REFERENCIAS

ACP. (24 de julho de 1985). **Presidencia da Republica**. Fonte: Planalto: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347orig.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm)

BAZILONI, Nilton Luiz de Freitas. **A coisa julgada nas ações coletivas**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

BRAGA, Renato Rocha. **A coisa julgada nas demandas coletivas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5092249&numeroProcesso=1010819&classeProcesso=RE&numeroTema=858>  
Acesso em: 10 Nov 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5336275&numeroProcesso=1101937&classeProcesso=RE&numeroTema=1075>. Acesso em: 10 Nov 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>. Acesso em: 11 dez 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>. Acesso em: 09 dez 2023.

BRASIL. **Lei 8.078 de 11 de Setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 08 mar. 2024.

BRASIL. **Lei 8.213 de 24 de Julho de 1991**. Planos de Benefício da Assistência Social. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em: 08 mar. 2024.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. I. São Paulo: Saraiva, 1965.

GIDI, Antonio. **Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Ação Popular**: aspectos polêmicos: lei de responsabilidade fiscal, improbidade administrativa, danos causados por liminares e outros pontos relevantes. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 7ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada**. Teoria Geral das Ações Coletivas. 2 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SOUZA, Moutari Ciocchetti de. **Ação Civil Pública** competência e efeitos da coisa julgada. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

STARLING, Marco Paulo Cardoso. **Ação Civil Pública**: doutrina e jurisprudência; o direito e processo na interpretação dos tribunais superiores. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Tutela Jurisdicional Coletiva**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **O dogma da coisa julgada**: hipóteses de relativização. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.



## (RE)ESTRUTURANDO A CULTURA DA BARGANHA: UMA CONEXÃO ENTRE A JUSTIÇA RESTAURATIVA E O PROCESSO ESTRUTURAL

### (RE)STRUCTURING BARGAINING CULTURE: A CONNECTION BETWEEN RESTORATIVE JUSTICE AND THE STRUCTURAL PROCESS

OICHI, Camila Mayumi<sup>138</sup>

MOREIRA, Glauco Roberto Marques<sup>139</sup>

**RESUMO:** para além da discussão tradicionalista da justiça penal punitiva, este trabalho buscou uma reanálise dos meios de solução de conflitos penais vigentes por meio da teoria do processo estrutural e a sua correlação com a justiça restaurativa, a fim de se obter uma reestruturação na maneira de se lidar com o crime, o criminoso e a vítima, traçando um resultado mais efetivo e adequado aos problemas criminais. Para tanto, por meio de uma análise jurídico-exploratório, procurou-se estabelecer preliminarmente um breve panorama acerca do viés punitivo da pena, juntamente com a crise de efetividade causada por essa visão. Em seguida, elencou-se a justiça restaurativa como um novo paradigma de se apurar os conflitos penais, permitindo uma comparação deste instituto com os processos estruturais e o enfoque dado na participação dialética. Assim, a partir de tais elementos foi possível realizar um diálogo entre as teorias e demonstrar a importância de uma nova visão de solução dos problemas contemporâneos. Ao final, elencou-se a corrupção como exemplo da possibilidade de aplicação de ambas teorias a um mesmo processo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo estrutural. Justiça restaurativa. Participação. Cooperação.

**ABSTRACT:** in addition to the traditionalist discussion of punitive criminal justice, this work sought a reanalysis of the means of resolving current criminal conflicts through the theory of the structural process and its correlation with restorative justice, in order to obtain a restructuring in the way of dealing with the crime, the criminal and the victim, designing a more effective and appropriate result for criminal problems. To this end, through a legal-exploratory analysis, we sought to preliminarily establish a brief overview of the punitive bias of the penalty, together with the crisis of effectiveness caused by this view. Then, restorative justice was listed as a new paradigm for investigating criminal conflicts, allowing a comparison of this institute with structural processes and the focus given to dialectical participation. Thus, based on such elements, it was possible to carry out a dialogue between theories and demonstrate the importance of a new vision for solving contemporary problems. In the end, corruption was listed as an example of the possibility of applying both theories to the same process.

<sup>138</sup> Discente do Curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Bolsista PICT – Programa de Iniciação Científica da Toledo.

<sup>139</sup> Doutor (2018) e Mestre (2007) em Direito pela ITE (Instituição Toledo de Ensino de Bauru/SP); é pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Toledo Prudente Centro Universitário (2021); graduado em Direito pela Toledo Prudente Centro Universitário (1991); professor de Direito Penal da graduação e professor convidado da pós-graduação da Toledo Prudente Centro Universitário; membro do Comitê de Ética de Pesquisa da IES; atua principalmente nos seguintes temas: pena, Constituição, direitos fundamentais. Orientador do trabalho.

**KEYWORDS:** Structural process. Restorative justice. Participation. Cooperation.

## 1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário recebe constantemente inúmeros conflitos com causas mais profundas do que aquelas que a sentença consegue abarcar e, por isso, nem sempre a decisão proferida se mostra tão satisfatória, tendo apenas o condão de enfrentar vagamente o problema levado ao seu conhecimento.

Por muitas vezes, a ciência jurídica orienta o operador do direito a buscar uma postura mais quantitativa, do que qualitativa, havendo uma dificuldade de se encaixar problemas complexos, intrínsecos a uma sociedade de massas, à uma visão dicotômica, simplista e fechada.

Neste aspecto, é preciso ampliar o campo de conhecimento e metodológico para a percepção de que determinados conflitos requerem uma releitura da epistemologia jurídica. Tanto é assim, que Eduardo Bittar propõe a Teoria do Humanismo Realista; como uma resposta a atual fase do Direito (pós-positivista e as inúmeras mudanças advindas do próprio desenvolvimento social), voltada principalmente a realidade brasileira e suas injustiças, cuida-se de uma base teórica universalista com vistas a humanizar as “*relações jurídicas*” e as “*instituições reguladoras do direito*”, bem como se preocupa com a realidade posta. (BITTAR, 2018, s/p).

Em outras palavras, procurando atualizar a ciência jurídica, encontra-se nessa linha teórica, mas extremamente prática, a necessidade de que as interferências/mediações do Direito no corpo social sejam feitas buscando uma mudanças sociais, morais e políticas, para o fim de uma emancipação das diversas situações de desrespeito as garantias fundamentais dos cidadãos que ocorrem diariamente (TJMT, 2023, s/p).

Sendo assim, é dentro desse cenário, de necessidade de revolvimento das culturas jurídicas tradicionais, que o presente artigo procurou traçar um paralelo entre a teoria do processo estrutural e a teoria da justiça restaurativa, com a finalidade de se demonstrar a crise propiciada pela orientação da justiça punitiva e retributiva na contemporaneidade.

Portanto, analisou-se brevemente a sistemática de resolução dos conflitos penais para que, a partir dessa colocação, fosse possível o estudo da visão restaurativa e sua busca pela paz, humanização das relações e participação.

Ato contínuo, estabeleceu-se as premissas dos processos estruturais, visto a correspondência entre os dois institutos que, apesar de serem aplicados em diferentes âmbitos da ciência jurídica, dão suporte teórico um ao outro, permitindo uma transformação paradigmática na forma de se lidar com os problemas que chegam as portas do Judiciário, incluindo-se a maneira de tratar os envolvidos e procura por resultados a longo prazo.

Por fim, vislumbrou-se nos crimes de corrupção, seja esta ativa ou passiva, a oportunidade de se concretizar as ideias abordadas nesse trabalho, aplicando os conceitos aqui elencados a famosa Operação Lava Jato.

## **2 AS LENTES DA JUSTIÇA CRIMINAL TRADICIONAL**

O Direito Penal sempre contou com um enfoque punitivo, tentando estabelecer uma sanção àquele que infringe um bem jurídico protegido pelo sistema vigente à época analisada como ponto de referência. Evidentemente que o processo de execução de tais medidas sofreu transformações ao longo dos séculos, desde a possibilidade de se resolver os conflitos criminais na dinâmica da Lei de Talião, até o momento em que se instaurou um processo investigativo e a aplicação da pena como é nos dias atuais.

Nesse ínterim, acrescido ao devido processo legal, a pena recebeu um caráter preventivo geral negativo, incorporando a ideia de castigo, um viés acautelatório, com o intuito de impedir que os condenados retornassem a delinquir.

No entanto, apesar dos esforços jurídicos para se alcançar ao atual patamar das sanções criminais dentro de um Estado Democrático de Direito, a ciência penal manteve-se estagnada em certas soluções, que poderiam ser consideradas pouco efetivas e adequadas ao estágio avançado da sociedade moderna.

Com efeito, o desenvolvimento técnico-científico chegou a uma fase na qual os espaços físicos foram superados pelo digital, os crimes foram sendo aprimorados e novos tipos penais tiveram de ser criados; a facilidade de aplicação de golpes nesse novo mundo propiciou a proliferação de organizações criminosas e aumentou a figura

do “Estado Paralelo”; ao mesmo tempo, as políticas públicas raramente acompanharam o progresso dessa criminalidade; aspectos estes que levam à boa e velha “fórmula matemática” utilizada para se chegar a condenação de um sujeito, a ser questionada.

O ordenamento jurídico brasileiro realmente traz a necessidade de que a pena seja dosada a partir da lógica reprovabilidade e prevenção da conduta do agente (Moreira, 2008, p. 157). Porém, na prática o que se acaba observando é a imposição de uma limitação na solução dos casos levados ao Poder Judiciário, reduzindo os possíveis caminhos a serem trilhados pela sentença penal, que possibilitariam resultados mais duradouros e adequados a determinadas situações. Em suma:

Ao estabelecer que o que está em jogo não é um *conflito*, mas um *delito*, concretizado pela *infração à norma legal* e não pela produção de um *dano* a uma pessoa, a lógica moderna do processo penal reduz a importância e a magnitude de um fato delituoso na vida das pessoas (em especial, das vítimas) e determina que o acontecido não é nada mais do que um *fato típico, ilícito e culpável*, que merece reprimenda estatal por preencher integralmente estes elementos (Achutti, 2016, p. 15).

Assim, dentro de uma dinâmica da adequação do fato a norma penal, pretende-se meramente resultados quantitativos, desprezando a qualidade no trâmite do processo penal, obstaculizando respostas em longo prazo. Contudo, sabe-se que um dos grandes problemas do Judiciário é exatamente a sua morosidade, e com o aumento das práticas criminosas unido a crimes que muitas vezes não comportam divagações extrapenais, torna-se difícil observar uma modificação de paradigmas nesse cenário.

Todavia, não se deixa de reconhecer a significativa mudança introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com a edificação dos Juizados Especiais Criminais e a Lei Maria da Penha, os quais trouxeram novos ares à solução tradicional dos conflitos penais. Engrandecendo a participação dos envolvidos no conflito, juntamente a ânsia por soluções mais céleres, foram criações legislativas extremamente importantes para se acender a chama da insuficiência gerada pela visão tradicionalista.

Não obstante a isso, novas teorias também alteraram a política criminal atual, como a importação do instituto *Plea Bargain*, precursora das leis supracitadas, e a própria Justiça Restaurativa. O primeiro possui as suas controvérsias jurídicas mesmo

no seu país de origem, com inúmeros questionamentos quanto a sua legalidade e, por isso, o enfoque deste trabalho será no segundo instituto citado.

### **3 A GUINADA RESTAURATIVA: UMA NOVA ANÁLISE DO CRIME**

Diferentemente do caminho percorrido pela ideia punitiva clássica, em uma mudança de 360º graus, a denominada Justiça Restaurativa ganhou forças nos últimos anos; procurando soluções mais adequadas e efetivas aos conflitos penais, trocou completamente suas lentes por uma ótica mais qualitativa e que buscasse os problemas pela sua raiz, deixando de lado a necessidade de um castigo e, conseqüentemente, resultados rasos.

Para além de uma 'justiça punitiva', procurou-se um procedimento que proporcionasse uma visão ampla dos diversos conflitos e violências que envolvem a sociedade contemporânea, com enfoque em provocar significativas mudanças no sistema social, evitando-se nesse aspecto a reincidência do infrator e permitindo a sua reinserção (Luz, 2011, p. 150-154).

Ou seja, para o viés restaurativo, o crime passou a ser uma prática que lesiona pessoas e que acarreta prejuízos a estas, devendo - como produto dessa nova forma de pensar - estabelecer como paradigma a ser alcançado pela justiça: a responsabilidade, a restauração e a reintegração do acusado (Luz, 2011, p. 150-154).

Assim, conforme o disposto na Resolução 2002/12 da Organização das Nações Unidas, um procedimento restaurativo trata-se de um processo que contará, quando possível, com a presença da vítima e do ofensor, assim como a participação de qualquer outra pessoa atingida direta ou indiretamente pelo delito, buscando uma solução conjunta do conflito e que normalmente contará com o auxílio de um facilitador restaurativo (TJDFT, 2019, s/p).

Não apenas isso, mas como estabelecido no artigo 2º, da Resolução nº 225/2016, do Conselho Nacional de Justiça, a Justiça Restaurativa contará com os seguintes princípios norteadores: "a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade" (CNJ, 2016, s/p).

Portanto, a dinâmica preconizada por esse complexo de axiomas, métodos e táticas restaurativas possui como elemento chave a responsabilização, construída com a ação conjunta de todos os envolvidos no problema, o que dentro de uma ideia habermasiana, possibilitará a concepção do melhor argumento e uma resposta mais adequada a todos.

Ademais, como afirma o jurista alemão Peter Häberle, o processo hermenêutico constitucional envolve todos aqueles acabam de alguma forma por interpretá-la, seja direta ou indiretamente, não sendo, portanto, uma atividade exclusiva dos operadores do direito. Logo, será a participação ativa desses destinatários da norma que trará ainda mais legitimidade as decisões judiciais (Häberle, 1997, p. 13-15).

Nessa perspectiva, nada mais justo do que dentro do âmbito penal – uma disciplina cuja interpretação deva se dar de acordo com a Constituição Federal – detenha uma ampla atuação de todos os envolvidos no conflito criminal para se alcançar a melhor decisão judicial, permitindo ao condenado suas garantias fundamentais e a vítima uma reparação integral.

Entretanto, mostra-se um instituto voltado às lesões patrimoniais e crimes de menor potencial ofensivo, pois são tipos penais que cabem a chamada justiça negociada, bem como os institutos despenalizadores e negócio jurídico processual, como é o caso do Acordo de Não Persecução Penal. Por sua vez, os casos que envolvam violência ou grave ameaça a pessoa tornam-se impasses para aplicação e visualização dessa prática, não se mostrando a melhor técnica de solução (Biagi, 2022, p. 202).

Contudo, apesar da aparente dificuldade de aplicação, mostra-se um instituto extremamente relevante a atividade judiciária moderna, o qual não se deveria ficar as escondidas dos operadores do direito, especialmente quando as suas técnicas poderiam ser utilizadas em outros ramos do Direito.

#### **4 INTERLIGANDO OS CONCEITOS: A (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS NA SEARA CRIMINAL**

Paralelamente as mudanças ocorridas na seara criminal, o âmbito civil também não deixou de se atualizar as inúmeras transformações ocorridas na modernidade, e em resposta aos problemas sistemáticos, próprios das relações

globais e interligadas dessa nova era, surgiu o que foi convencido a se chamar de processo estrutural.

Os processos estruturais surgem como uma resposta aos problemas sistemáticos, resultado das relações globais e interligadas, e que encontra base no ordenamento jurídico brasileiro dos processos coletivos, mas que apresenta uma conceituação efeito dominó, de maneira que é preciso preliminarmente estabelecer o que viria a ser um problema estrutural e/ou litígio estrutural, a depender da doutrina seguida, para que, conseqüentemente, podendo encaixar determinado impasse nessa noção, possa se falar em processos estruturais.

Nesse sentido, para os que partem da noção de problemas estruturais, estes poderiam ser entendidos como sendo uma situação de constante violação a direitos fundamentais, ou não, mas que se encontra em descompasso com aquilo encarado como sendo referência dentro de um Estado Democrático de Direito. Ou seja, trata-se de um:

(...) estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal. Como quer que seja, o problema estrutural se configura a partir de um estado de coisas que necessita de reorganização (ou de reestruturação) (Didier Jr.; Zaneti Jr.; Oliveira, 2020, p. 2-3).

Assim, a partir desta concepção é possível visualizar alguns exemplos como a própria corrupção dentro de uma empresa, desastres ambientais, a pobreza menstrual dentro do sistema prisional, a falta de uma educação cívica digital ou até mesmo a decretação de falência de uma empresa.

Por conseguinte, com base em um problema estrutural seria possível a existência de um litígio estrutural e, por fim, de um processo estrutural os resolvendo. Porém, existem outras propostas de conceituação dessa nova forma de adjudicação, como é o caso do processualista Edilson Vitorelli, o qual constrói com base em uma tipologia de litígios a ideia de: *litígio coletivo de difusão irradiada*.

Justamente por não atingir uma comunidade específica, lesionando diversos grupos sociais em diferentes graus, sem que haja qualquer pré-relação entre as vítimas, o processo estrutural trata-se de um procedimento policêntrico, com a concorrência de inúmeros direitos e garantias em jogo e diversas formas de se solucionar o problema estrutural (Vitorelli, 2021, p. 60-61). Em suma:

Litígios Estruturais são litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, usualmente de natureza pública, opera. O funcionamento da estrutura é que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo. Assim, se a violação for apenas removida, o problema poderá ser resolvido de modo aparente, sem resultados empiricamente significativos, ou momentaneamente, voltando a se repetir no futuro (Vitorelli, 2021, p. 56).

Destarte, levando em consideração o disposto acima, percebe-se que a dinâmica estrutural prescinde da elaboração de um objetivo a que se quer chegar (normalmente o *status quo ante*, sem violações a direitos; ou a reconstrução de uma entidade para que cesse a situação vigente) e de regras de transição como um dos passos para se aproximar da sentença judicial e, por conseguinte, da execução judicial, sendo que, na falta de tais elementos, ou na construção de uma lista precária das etapas a serem realizadas para se chegar ao objetivo final, corre-se o risco de se cair em uma maré de incertezas (Didier Jr.; Zaneti Jr.; Oliveira, 2020, p. 5).

Não apenas isso, mas Sérgio Cruz Arenhart traz que a decisão estrutural precisa observar as circunstâncias do caso, quem são os envolvidos e modular a(s) sua(s) exigência(s) de forma que possa ser exequível; não podendo estar em desconformidade com aquilo que se quer reestruturar, sob pena de estarmos de frente a uma sentença *extra petita*. Contudo, por conta da volatilidade do problema estrutural, para um melhor resultado e efetividade, o magistrado poderia – dentro de uma razoabilidade – exceder o(s) pedido(s) do(s) litigante(s) (Arenhart, 2013, p. 6-7).

Por fim, justamente por lidar com a sociedade, trata-se de um processo que deverá contar com a participação de todos os envolvidos, contando fundamentalmente com as vítimas, o(s) réu(s), o Poder Judiciário e, por vezes, os Poderes Executivo e Legislativo. Em verdade, por cuidar de um procedimento que invoca a quebra de certos paradigmas processuais tradicionais, como o princípio da congruência, será justamente a colaboração das partes que trará legitimidade as decisões estruturais.<sup>140</sup>

Dessa maneira, começa-se a observar as similitudes entre o processo estrutural e a justiça restaurativa, a ênfase dada na cooperação das partes para construção de respostas adequadas e efetivas aos conflitos, a transformação estrutural da situação posta em análise, e a satisfação dos problemas desde a sua origem, com um olhar voltado ao futuro.

---

<sup>140</sup> Sobre a temática, esta foi mais bem abordada em: OICHI, Camila Mayumi; BRAMBILLA, Pedro Augusto de Souza. (Re)distribuindo a harmonia social: um processo pluralista e comunicativo. Revista Intertemas. Presidente Prudente, vol. 26/2021. p. 81-93.



De fato, cuidam-se de institutos complementares e que podem acrescer melhorias teóricas um ao outro, principalmente no que concerne a soluções consensuais e necessidade de uma resposta estruturada para um rearranjo das situações violadoras de direitos humanos ou de implementação destes.

Talvez um dos grandes problemas encontrados nos dois institutos sejam justamente as críticas voltadas aos poderes quase que “ilimitados” do Ministério Público e do Magistrado, bem como a violação de determinados princípios (como da inocência e culpabilidade, ou mesmo da congruência) e a falta de previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro para ambas as técnicas.

Contudo, tais argumentos acabam sendo forçosos, não apenas porque os processos estruturais e a justiça restaurativa são amplamente aplicados em terra *brasilis*, produzindo excelentes transformações na sociedade, como também são atividades reguladas pelas garantias estatuídas na Constituição Federal, no Código de Processo Civil e no Código de Processo Penal, sobre as quais contarão com a possibilidade a análise do duplo grau de jurisdição e o crivo da própria sociedade nas tomadas de decisões.

Em vista disso, elenca-se a teoria com a prática, trazendo um exemplo da boa organização judiciária, o respeito as garantias constitucionais e a edificação de uma decisão efetiva, adequada e duradoura.

## **5 UM BREVE DIAGNÓSTICO ESTRUTURAL E RESTAURATIVO DOS EMBLEMÁTICOS CASOS DE CORRUPÇÃO NO BRASIL**

A corrupção sempre se mostrou como um dos maiores problemas a serem lidados pelos países, resultando na criação de diversos programas, cartas, recomendações e convenções internacionais para o seu combate. O Brasil, por sua vez, criou a Operação Lava Jato em março de 2014 como um mecanismo de combate a essa busca incessante pelo lucro e de violação para com os demais cidadãos (haja vista que recursos que poderiam ser destinados às garantias fundamentais de todos acabam sendo desviados), e que, há quase dez anos depois de sua instauração, ainda continua a produzir debates no mundo jurídico.

Outrossim, terra *brasilis* também conheceu em menor grau o caso Mensalão, nos idos de 2005. Porém, ambos demonstraram e reforçaram o constante estado de

violação a direitos fundamentais da sociedade como um todo, bem como o papel chave das diversas atuações da justiça penal negocial na resolução dos processos.

Nesse aspecto, observa-se que as empresas envolvidas nos esquemas da Lava Jato realizaram diversos acordos de leniência, os quais previam medidas de reorganização dos estabelecimentos em conformidade as diretrizes legais, principalmente por meio do *compliance* e da transparência (Vitorelli, 2021, p. 58-59).

Ainda, tratando-se essencialmente de crime patrimonial, não se escapa a análise uma possível implementação das lentes restaurativas a esse tipo de delito. O artigo 3º da Lei 12.850/2013 traz o instituto da “colaboração premiada” e o artigo 5º, §6º, da Lei 7.347/85 elenca o “Termo de Ajustamento de Conduta”, os quais, unidos com as premissas restaurativas, levam a um resultado mais útil e adequado do processo.

Em suma, pelas lentes estruturais, o caso permitiu um revolvimento nas práticas corruptas e enraizadas por todo o Brasil, mudando não apenas as empresas envolvidas no escândalo, mas as instituições como um todo. Muito além das diversas multas aplicadas, as boas práticas se disseminaram pelo território, de modo que diversas empresas passaram a instituir cada vez mais em medidas de anticorrupção.

Conforme pesquisas, o número de instituições que não possuíam um setor específico para tratar de medidas éticas e legais foi de 19% para 3% em um período de quatro anos, justamente na época em que a Operação Lava Jato se iniciou, o que demonstra o impacto provocado por este processo e que permitiu uma reorganização da situação vigente a época, bem como um intensivo procedimento acautelatório contra futuros atos de corrupção (Cordeiro, 2021, s/p).

Por outro lado, as lentes restaurativas foram observadas nos acordos de leniência firmados com o Ministério Público Federal, mais do que a punição em si dos agentes corruptos e conseqüentemente suas prisões, refletem-se também os danos causados a sociedade e aplica-se uma multa adequada e efetiva que desestimule a reincidência.

Sendo assim, exatamente por focar na responsabilização do acusado e na preocupação com a vítima, a aplicação da Justiça Restaurativa se mostra um grande divisor de águas ao Direito Penal, principalmente no que tange a conscientização do réu de seus atos, a sua restauração e o ressarcimento do corpo social violado.

Dessa forma, compreende-se a possibilidade de aplicação de ambos institutos em um a um único caso, e percebe-se que as propostas se coadunam, de modo que as práticas consensuais a serem comandadas pelo facilitar restaurativo podem ser trazidas ao processo estrutural, a fim de dirimir os problemas estruturais da sociedade, ou mesmo a utilização das medidas estruturais para se construir a responsabilidade do réu nos procedimentos restaurativos.

## **6 CONCLUSÃO**

O Direito é uma matéria correlata a diversos ramos do conhecimento, a sua utilização não se restringe apenas aos operadores do direito, mas a sociedade em geral, de modo que os cidadãos também se encontram inseridos nesse procedimento hermenêutico e, portanto, a participação destes se mostra imprescindível na resolução de problemas.

Destarte, conseguindo englobar tal premissa e adicionar orientações humanizadas e dialógicas, nota-se que a correlação das teorias aqui mencionadas proporciona um ambiente pluralístico, com ampla participação dos integrantes dos conflitos, permitindo que tanto o Poder Judiciário, como o processo em si, sejam um fomento de reconstruções na sociedade através de litígios complexos e exaustivos.

Assim, exatamente por trabalharem com a comunicação e procurarem solucionar as raízes dos problemas, são institutos que se apoiam e devem ser cada vez mais utilizados pelos operadores do Direito. Eventuais críticas estabelecidas ao funcionamento são retiradas pelo próprio ordenamento jurídico que proporciona proteção aos participantes do jogo estrutural e restaurativo.

Logo, tanto os métodos estruturais, quanto os restaurativos, se mostram jatos propulsores de mudanças à crise imposta pelas visões tradicionalistas, levantando dúvidas pertinentes aos modelos impostos, uma análise crítica a estes e oportunidades de se conseguir a melhor expressão da justiça por meio dos canais judiciários.

Nesse contexto, a Operação Lava Jato se mostra como um exemplo da possibilidade de aplicação de ambas teorias a um problema, além de demonstrar a mudança paradigmática de implementação de regras anticorrupção, também permitiu o ressarcimento aos cofres públicos, bem como alterou o olhar sistêmico ao combate

a corrupção no país. Portanto, um caso emblemático, que reestruturou e restaurou o modo de se lidar com os crimes de colarinho branco.

## REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. Vol. 225/2013. P. 389/410. Nov, 2013. **Revistas dos Tribunais Online**, 2013.

Disponível em:

[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7438883/mod\\_resource/content/1/Decis%C3%B5es%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7438883/mod_resource/content/1/Decis%C3%B5es%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf). Acesso em: 29 out. 2023.

BIAGI, Talita Cristina Fidelis Pereira. A justiça restaurativa e o acordo de não persecução penal: um diálogo possível no Brasil? In: OLIVEIRA, Cristina Rego de (org); SAAD-DINIZ, Eduardo (org). **Justiça restaurativa: diálogos do Projeto USP-Restaura**. São Paulo: Liber Ars, 2022. Disponível em:

[https://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2022/10/Justica-restaurativa\\_EBOOK\\_978655953104-compactado.pdf](https://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2022/10/Justica-restaurativa_EBOOK_978655953104-compactado.pdf). Acesso em: 30 out. 2023.

BITTAR, Eduardo. C. B. A Teoria do Direito e a teoria do humanismo realista.

**Conjur**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-07/eduardo-bittar-teoria-direito-teoria-humanismo-realista>. Acesso em: 30 out. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016**.

Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em:

<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>. Acesso em: 13 set. 2023.

CORDEIRO, Tiago. Ética nos negócios: como a Lava Jato mudou as empresas brasileiras para melhor. **Gazeta do povo**, 2021. Disponível em:

<https://www.gazetadopovo.com.br/republica/lava-jato-mudou-as-empresas-brasileiras-para-melhor-saiba-como/>. Acesso em: 15 dez. 2023.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de.

Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista de Processo**. vol. 303/2020. p. 45/81. Maio/2020.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e

“procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

LUZ, Ilana Martins. A justiça restaurativa como concretização do garantismo positivo. Um estudo panorâmico. **Revista do Ministério Público Militar**. v. 37. n. 22. p. 145/177. Nov/2011.

MOREIRA, Glauco Roberto Marques. **Pessoas portadoras de deficiência: pena e constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

OICHI, Camila Mayumi; BRAMBILLA, Pedro Augusto de Souza. (Re)distribuindo a harmonia social: um processo pluralista e comunicativo. **Revista Intertemas**. Presidente Prudente, vol. 26/2021. p. 81-93.

OLIVEIRA, Larissa Cerqueira de. Conflitos ambientais como litígios coletivos complexos e seu processamento estrutural: em busca de um olhar restaurativo. In: OLIVEIRA, Cristina Rego de (org); SAAD-DINIZ, Eduardo (org). **Justiça restaurativa: diálogos do Projeto USP-Restaura**. São Paulo: Liber Ars, 2022. Disponível em: [https://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2022/10/Justica-restaurativa\\_EBOOK\\_978655953104-compactado.pdf](https://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2022/10/Justica-restaurativa_EBOOK_978655953104-compactado.pdf). Acesso em: 12 set. 2023.

Professor e pesquisador Eduardo Carlos Bittar é o entrevistado do programa Magistratura e Sociedade. **TJMT**, 2023. Disponível em: <https://www.tjmt.jus.br/noticias/74189>. Acesso em: 30 out. 2023.

RM. Justiça Restaurativa: entenda conceitos e objetivos. **TJDFT**, 2019. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2019/maio/justica-restaurativa-entenda-os-conceitos-e-objetivos>. Acesso em: 12 set. 2023.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. **IBCCRIM**, 2015. Disponível em: [https://ibccrim.org.br/app/webroot/media/publicacoes/arquivos\\_pdf/revista-25-11-2020-13-20-32-152133.pdf](https://ibccrim.org.br/app/webroot/media/publicacoes/arquivos_pdf/revista-25-11-2020-13-20-32-152133.pdf). Acesso em: 29 out. 2023.

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

