



ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Ano 59

236

outubro a dezembro de 2022

SENADO FEDERAL



SENADO FEDERAL

Mesa

Biênio 2021 – 2022

Senador Rodrigo Pacheco

PRESIDENTE

Senador Veneziano Vital do Rêgo

PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE

Senador Romário

SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE

Senador Irajá

PRIMEIRO-SECRETÁRIO

Senador Elmano Férrer

SEGUNDO-SECRETÁRIO

Senador Rogério Carvalho

TERCEIRO-SECRETÁRIO

Senador Weverton Rocha

QUARTO-SECRETÁRIO

SUPLENTE DE SECRETÁRIO

Senador Jorginho Mello

Senador Luiz Carlos do Carmo

Senadora Eliziane Gama

Senador Zequinha Marinho



ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília – DF

Ano 59

236

outubro a dezembro de 2022

SENADO FEDERAL





MISSÃO

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

FUNDADORES

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

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

Leyla Castello Branco Rangel, Diretora – 1964-1988

DIRETORA-GERAL: Ilana Trombka

SECRETÁRIO-GERAL DA MESA: Gustavo A. Sabóia Vieira

IMPRESSA NA SECRETARIA DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES

DIRETOR: Rafael André Chervenski da Silva

PRODUZIDA NA COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS

COORDENADOR: Aloysio de Britto Vieira

EDITOR RESPONSÁVEL: Aloysio de Britto Vieira. EDITOR EXECUTIVO: Raphael Melleiro. GESTÃO DE SUBMISSÃO: Glaucia Cruz. REVISÃO: Vilma de Sousa e Walfrido Vianna. EDITORAÇÃO: Gilmar Rodrigues e Rejane Campos. Não são objeto de revisão artigos ou segmentos de texto redigidos em língua estrangeira.

POLÍTICA DE ACESSO E DIREITO DE USO: A RIL oferece acesso aberto livre a seu conteúdo (disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/>), sendo publicada sob uma licença Creative Commons na modalidade “atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença” (CC BY-NC-SA 3.0 BR).

INDEXADORES: Diadorim – Diretório de Políticas Editoriais das Revistas Científicas Brasileiras, EZB – Elektronische Zeitschriftenbibliothek, Google Scholar, Ibict CCN – Catálogo Coletivo Nacional de Publicações Seriadas, Latindex, Livre – Revistas de Livre Acesso, Portal de Periódicos Capes, Redib – Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico, RVBI – Rede Virtual de Bibliotecas, Ulrichsweb.

Revista de Informação Legislativa / Senado Federal. – Ano 1, n. 1 (mar. 1964). – Brasília, DF : Senado Federal, 1964-.

Trimestral.

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

ISSN 0034-835X (Impresso)

ISSN 2596-0466 (Online)

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

Coordenação de Edições Técnicas
Senado Federal, Bloco 8, Mezanino, Setor 11
CEP: 70.165-900 – Brasília, DF
Telefones: (61) 3303-3575 e 3303-3576
E-mail: ril@senado.leg.br

CONSELHO

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

PARECERISTAS

Dr. Adrualdo de Lima Catão, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dr. Alan Daniel Freire de Lacerda, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Alexandre Freire Pimentel, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Alexandre Luiz Pereira da Silva, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Aline Sueli de Salles Santos, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Álvaro José Bettanin Carrasco, Procuradoria-Geral Federal, Canoas, RS, Brasil / Dra. Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Ana Claudia Santano, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Ana Virginia Moreira Gomes, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. André Felipe Canuto Coelho, Faculdade Damas, Recife, PE, Brasil / Dr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. André Studart Leitão, Centro Universitário Christus, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Andre Vicente Pires Rosa, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. André de Souza Dantas Elali, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Anelise Coelho Nunes, Rede Metodista de Educação, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto, Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Antonio Henrique Graciano Suxberger, UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Dr. Antonio Sergio Cordeiro Piedade, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Antonio Teixeira de Barros, Centro de Formação da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil / Dr. Antonio de Holanda Cavalcante Segundo, Leandro Vasques Advogados Associados, Fortaleza, CE, Brasil / Me. Ariel Engel Pessa, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Bárbara Gomes Lupetti Baptista, Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dra. Beatriz Schettini, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Benjamin Miranda Tabak, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dra. Betina Treiger Gruppenmacher, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Bruno Camilloto Arantes, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Bruno Cavalcanti Angelin Mendes, Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, RR, Brasil / Dr. Bruno Gomes Borges da Fonseca, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, ES, Brasil / Me. Caio Alexandre Capelari Anselmo, Ministério Público Federal, São Paulo, SP, Brasil / Me. Caio Gentil Ribeiro, Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Caio Gracco Pinheiro Dias, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Camilo Zufelato, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Carla Reita Faria Leal, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Carlos Augusto Daniel Neto, Centro de Estudos de Direito Econômico e Social, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Carlos Eduardo Silva e Souza, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Me. Carlos Henrique Rubens Tomé Silva, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Carlos Magno Spricigo Venerio, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. César Augusto Baldi, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Cachoeira do Sul, RS, Brasil / Dr. Cesar Rodrigues van der Laan, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Cláudio Araújo Reis, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Claudio Ferreira Pazini, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Me. Clay Souza e Teles, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Cristiano Gomes de Brito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Cynthia Soares Carneiro, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Ma. Daiana Fagundes dos Santos Carboni, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, Espanha / Me. Daniel Bogéa, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Daniela de Melo Crosara, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Danilo Augusto Barboza de Aguiar, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Danilo Fontenele Sampaio Cunha, Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil / Me. Danilo Gomes de Melo, Faculdade Estácio do Recife, Recife, PE, Brasil / Dr. Dirceão Torrecillas Ramos, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Edinilson Donisete Machado, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Eduardo Modena Lacerda, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Eduardo Rocha Dias, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Elias Jacob de Menezes Neto, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Eneida Desiree Salgado, Universidade Federal do

Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Eugênio Facchini Neto, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Me. Fábio Feliciano Barbosa, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dra. Fabiola Albuquerque Lobo, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Federico Nunes de Matos, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Felipe Lima Gomes, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Fernando Angelo Ribeiro Leal, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Fernando Boarato Meneguim, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Fernando César Costa Xavier, Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, RR, Brasil / Dr. Fernando Laércio Alves da Silva, Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, MG, Brasil / Dr. Fernando de Brito Alves, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Flávio Barbosa Quinaud Pedron, Faculdade Guanambi, Guanambi, BA, Brasil / Dr. Francisco Humberto Cunha Filho, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Francisco Lisboa Rodrigues, Faculdade Terra Nordeste, Caucaia, CE, Brasil / Me. Frederico Augusto Leopoldino Koehler, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Guilherme Scodeler de Souza Barreiro, Centro Universitário de Lavras, Lavras, MG, Brasil / Dr. Gustavo Costa Nassif, Instituto de Defesa da Cidadania e da Transparência, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Gustavo Ferreira Ribeiro, UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Dr. Gustavo Saad Diniz, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Gustavo Schneider Fossati, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Me. Gustavo Silva Calçado, Universidade Tiradentes, Aracaju, SE, Brasil / Dra. Heloisa Fernandes Câmara, Centro Universitário Curitiba, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Henrique Fernando de Mello, Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, São José do Rio Preto, SP, Brasil / Dr. Ilzver Matos de Oliveira, Universidade Tiradentes, Aracaju, SE, Brasil / Dr. Jahyr-Philippe Bichara, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Jair Aparecido Cardoso, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Ma. Janaina Gomes Garcia de Moraes, Tilburg University, Haia, Países Baixos / Dr. Jefferson Aparecido Dias, Procuradoria da República de São Paulo, Marília, SP, Brasil / Dr. Jorge Luís Mialhe, Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, SP, Brasil / Dr. José Carlos Evangelista Araújo, Faculdades de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dr. José Filomeno de Moraes Filho, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. José Renato Gaziero Cella, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. José Tadeu Neves Xavier, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. José dos Santos Carvalho Filho, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dra. Josiane Rose Petry Veronese, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dr. João Aparecido Bazolli, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Me. João Vicente Rothfuchs, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Juliana Teixeira Esteves, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Juliane Sant'Ana Bento, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Karine Salgado, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Ma. Lais Gonzales de Oliveira, Prefeitura Municipal de Nuporanga, Nuporanga, SP, Brasil / Dra. Leila Giandoni Ollaik, Ministério da Economia, Brasília, DF, Brasil / Dra. Leila Maria da Juda Bijos, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Leonardo Martins, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Leonardo Netto Parentoni, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Leonel Pires Ohlweiler, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Lucas Fucci Amato, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Lucas Rodrigues Cunha, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Luciana Cordeiro de Souza Fernandes, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dra. Luciana Cristina de Souza, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil / Dra. Luciana de Souza Ramos, Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas, Manaus, AM, Brasil / Dr. Luciano Moreira de Oliveira, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Luciano Santos Lopes, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil / Dr. Luiz Caetano de Salles, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Me. Luiz Eduardo Diniz Araújo, Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil / Dr. Luiz Felipe Monteiro Seixas, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Luiz Fernando Afonso, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Luís Alexandre Carta Winter, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Marcelo Campos Galuppo, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Marcelo Casseb Continentino, Procuradoria-Geral do Estado de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Marcelo Schenk Duque, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Marciano Seabra de Godoi, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Marcilio Toscano Franca Filho, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Márcio Alexandre da Silva Pinto, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Marcio Camargo Cunha Filho, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Marcio Iorio Aranha, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Márcio Pereira Pinto Garcia, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Marcio Ricardo Staffen, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Marco Bruno Miranda Clementino, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dr. Marcos Roberto de Lima Aguirre, Verbo Jurídico, Porto Alegre, RS, Brasil / Ma. Maria Angélica dos Santos, Universidade Salgado de Oliveira, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Maria Auxiliadora Minahim, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Ma. Maria Clara Mendonça Perim, Ministério Público do Estado do Espírito Santo, Serra, ES, Brasil / Dra. Maria Inês Caetano Ferreira, Universidade Federal do Recôncavo da Bahia, Cachoeira, BA, Brasil / Ma. Marina Soares Marinho, Advocacia-Geral da União, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Mauro

Fonseca Andrade, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Me. Maurício Buosi Lemes, Fundação Getulio Vargas, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Monica Paraguassu Correia da Silva, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Morton Luiz Faria de Medeiros, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Mônica Herman Salem Caggiano, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Neuro José Zambam, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Nilson Tadeu Reis Campos Silva, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dra. Nina Trícia Disconzi Rodrigues, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil / Dr. Onofre Alves Batista Júnior, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Otavio Luiz Rodrigues Junior, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Pablo Georges Cicero Fraga Leurquin, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil / Dr. Patryck de Araujo Ayala, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dra. Patrícia Borba Vilar Guimarães, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Paul Hugo Weberbauer, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Paulo César Pinto de Oliveira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Paulo Fernando Soares Pereira, Advocacia-Geral da União, São Luís, MA, Brasil / Dr. Paulo Henrique da Silveira Chaves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Paulo Lopo Saraiva, Faculdade Maurício de Nassau, Natal, RN, Brasil / Me. Pérsio Henrique Barroso, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Ma. Priscilla Cardoso Rodrigues, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Me. Rafael Borges de Souza Bias, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Rafael Diogo Diógenes Lemos, UniFanor, Aracaju, RN, Brasil / Dr. Rafael Fonseca Ferreira, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, RS, Brasil / Dr. Rafael Reis Ferreira, Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, RR, Brasil / Dr. Rafael Santos de Oliveira, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil / Dr. Rafael Silveira e Silva, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil / Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Raoni Macedo Bielschowsky, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Raphael Peixoto de Paula Marques, Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil / Dr. Ravi de Medeiros Peixoto, Procuradoria Geral do Município de Recife, Recife, PE, Brasil / Dra. Regina Stela Corrêa Vieira, Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, SC, Brasil / Dra. Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Roberta Simões Nascimento, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Roberto Gomes de Albuquerque Melo Júnior, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Roberto Henrique Pôrto Nogueira, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Rodrigo Grazinoli Garrido, Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis, RJ, Brasil / Dr. Rodrigo Leite Ferreira Cabral, Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Rodrigo Nóbrega Farias, Universidade Estadual da Paraíba, Guarabira, PB, Brasil / Me. Rodrigo da Silva Brandalise, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal / Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Rubens Beçak, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Rubens Valtecidos Alves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Rubia Carneiro Neves, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Sandro Marcelo Kozikoski, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Shirlei Silmara de Freitas Mello, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Sirlene Nunes Arêdes, Faculdade Milton Campos, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Sônia Letícia de Mélo Cardoso, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, PR, Brasil / Dra. Tarsila Ribeiro Marques Fernandes, Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil / Dr. Tarsis Barreto Oliveira, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Tiago Cappi Janini, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Tiago Ivo Odon, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Túlio Chaves Novaes, Universidade Federal do Oeste do Pará, Santarém, PA, Brasil / Dra. Valéria Ribas do Nascimento, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil / Dr. Vallisney de Souza Oliveira, Justiça Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Valter Rodrigues de Carvalho, Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Vanessa Spinosa, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Vicente de Paula Ataíde Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Victor Carvalho Pinto, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Vinicius Pinheiro Marques, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dra. Vânia Siciliano Aieta, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Wagner Artur de Oliveira Cabral, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Wagner Silveira Feloniuk, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, RS, Brasil / Dra. Walkiria Martinez Heinrich Ferrer, Universidade de Marília, Marília, SP, Brasil / Dr. Walter Claudius Rothenburg, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, Brasil / Dr. Walter Guandalini Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. William Soares Pugliese, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil

AUTORES

Aline Vitalis é mestra em Ciências Jurídico-Políticas (menção em Direito Constitucional) pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; doutoranda em Direito Tributário na Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil; procuradora da Fazenda Nacional, Procuradoria-Seccional da Fazenda Nacional, Joinville, SC, Brasil. / Anderson Santos da Silva é mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; juiz federal substituto do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília, DF, Brasil. / Ângelo Vitério Cenci é doutor e pós-doutor em Filosofia pela Universidade

Estadual de Campinas, Campinas, SP, Brasil; professor da Universidade de Passo Fundo (UPF), Passo Fundo, RS, Brasil; coordenador do Núcleo de Pesquisas em Filosofia e Educação (Nupefe) e o Grupo de Estudos em Ética, Democracia e Educação (Geede) da UPF, Passo Fundo, RS, Brasil. / Augusto Jaeger Junior é doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, RS, Brasil; mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil; professor permanente do programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito da UFRGS, Porto Alegre, RS, Brasil; bolsista de produtividade do CNPq. / Eduardo de Avelar Lamy é doutor e mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; pós-doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; professor dos programas de graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil; advogado. / Érica Valente Lopes é mestra em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; doutoranda em Direito na Universidade Federal do Ceará (UFCE), Fortaleza, CE, Brasil; integrante do grupo de pesquisa Gedai/UFCE – Linha Direito Internacional do Meio Ambiente; membra da Comissão de Políticas Urbanas e Direito Urbanístico da Ordem dos Advogados do Brasil/CE, Fortaleza, CE, Brasil; advogada. / Gilmar Ferreira Mendes é doutor em Direito pela Universidade de Münster, Münster, Alemanha; professor de Direito Constitucional dos programas de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília e do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, DF, Brasil; ministro do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, Brasil. / Jacqueline Lopes Pereira é doutoranda e mestra em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil; especialista em Direito de Família e Sucessões pela ABDConst, Curitiba, PR, Brasil; pesquisadora do Núcleo de estudos em Direito Civil Constitucional – Virada de Copérnico, UFPR, Curitiba, PR, Brasil; pesquisadora visitante do Instituto Max Planck para Direito Comparado e Internacional Privado, Hamburgo, Alemanha; servidora pública do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Curitiba, PR, Brasil. / João Luís Nogueira Matias é doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; mestre em Direito e desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará (UFCE), Fortaleza, CE, Brasil; professor titular da UFCE e do Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil. / João Manoel de Lima Junior é doutor em Direito de Empresa e Atividades Econômicas pela Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; mestre em Direito Econômico e Financeiro pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; bacharel em Direito pelo Ibmec, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor do programa de graduação em Direito da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. / Maici Barboza dos Santos Colombo é mestra em Direito Civil pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; especialista em Direito Civil-Constitucional pela UERJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; doutoranda em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; pesquisadora do Núcleo de estudos em Direito Civil Constitucional – Virada de Copérnico (Universidade Federal do Paraná), Curitiba, PR, Brasil; advogada. / Neuro José Zambam é doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; professor dos programas de graduação, especialização e pós-graduação em Direito da Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil; estágio de pós-doutorado em Filosofia na Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, Brasil, e na Università Mediterranea di Reggio Calabria, Régio Calábria, Itália. / Ricardo Silveira Ribeiro é doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; procurador federal da Advocacia-Geral da União, Aracaju, SE, Brasil. / Ricardo Strauch Aveline é doutor em Ciências Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), São Leopoldo, RS, Brasil; mestre em Direito pela Unisinos, São Leopoldo, RS, Brasil; professor de Direito do Centro Universitário Metodista-IPA, Porto Alegre, RS, Brasil. / Túlio Jales é doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil; advogado.

Sumário

Autor convidado

- 11 **Roberto Campos**
O Constituinte profeta
Gilmar Ferreira Mendes

Artigos

- 29 **Inteligência artificial, Direito e equidade algorítmica**
Discriminações sociais em modelos de *machine learning* para a tomada de decisão
Ricardo Silveira Ribeiro
- 55 **A abordagem das capacitações (*capabilities*) e o exercício das liberdades**
Referências em Aristóteles e Amartya Sen
Neuro José Zambam
Ângelo Vitório Cenci
- 73 **O recurso ao Direito interno como estratégia para a evitação do Direito Internacional**
O caso da Justiça Federal do Distrito Federal
Anderson Santos da Silva
- 95 **As más escolhas alimentares como impedimento à efetivação**
do direito humano à alimentação adequada
Érica Valente Lopes
João Luís Nogueira Matias
- 119 **Conceito e fundamentos da autoridade horizontal de precedentes judiciais**
Razões especiais e incerteza na superação de precedentes
Túlio Jales
- 147 **Fundamentação decisória, *accountability* e *compliance* tributário**
Aline Vitalis
Eduardo de Avelar Lamy

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

- 167 **Perspectivas para a reconstrução sistemática e constitucionalizada da indignidade e da deserdação**
Críticas às hipóteses de incidência
Jacqueline Lopes Pereira
Maici Barboza dos Santos Colombo
- 187 **Posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o Direito dos Refugiados**
É necessário reformar a Convenção de Genebra de 1951?
Ricardo Strauch Aveline
Augusto Jaeger Junior
- 209 **O *bitcoin* é um valor mobiliário ou um ativo financeiro?**
João Manoel de Lima Junior

Roberto Campos

O Constituinte profeta

GILMAR FERREIRA MENDES

Resumo: O artigo resgata o perfil visionário de Roberto Campos, representado por duas situações que evidenciam sua capacidade de avaliar o cenário político brasileiro e internacional. Aborda, em primeiro lugar, a trajetória de Campos como incentivador de um mercado tecnológico nacional mais aberto, bem como sua luta contra a Lei da Informática, de 1984, que chegou ao Supremo Tribunal Federal em meio a polêmicas. Por fim, trata de sua participação, como parlamentar, na aprovação da introdução da ação declaratória de constitucionalidade, para concluir que seus ideais seguem atuais e representam importante referência aos interessados no desenvolvimento nacional.

Palavras-chave: Roberto Campos; processo constituinte; desenvolvimento nacional; ação declaratória de constitucionalidade.

Roberto Campos: the prophet constituent

Abstract: This article recovers Roberto Campos' visionary profile, represented by two situations that show his ability to evaluate the Brazilian and international political scenarios. First, it addresses Campos' trajectory as a promoter of a more open national technological market, as well as his fight against the 1984 Informatics Law, which reached the Supremo Tribunal Federal amidst controversy. Finally, it deals with his participation, as a parliamentarian, in the approval of the introduction of an action for the declaration of constitutionality, to conclude that his ideals are still current and an important reference to those interested in the Brazilian development.

Keywords: Roberto Campos; constituent process; Brazilian development; action for the declaration of constitutionality.

1 Introdução

“Se fosse criada a profissão de profeta, com vencimentos adequados, eu passaria facilmente no concurso.” Com essa frase Campos (1991a, p. 7) iniciou artigo publicado em 1991, em que listou diversas “profecias” por ele feitas – e que se concretizaram – sobre os rumos políticos, econômicos e sociais não apenas do Brasil, mas também do mundo.

De fato, analisar a obra de Roberto Campos nos dias de hoje é exercício extremamente fascinante. Crítico ferrenho do processo constituinte, ele costumava ressaltar “verdades incômodas”, lembrando que todos os anseios e aspirações depositados no novo texto constitucional teriam consequências, se não acompanhadas de medidas governamentais efetivas. Atualmente, podemos constatar que estava certo em muitas de suas previsões¹.

Incrédulo com a “constitucionalite”, Roberto Campos condenava os que viam no novo texto constitucional a solução para todos os problemas nacionais. Reforma agrária, moradia adequada, incorporação dos marginalizados à sociedade moderna: os mais diversos temas foram incorporados à Constituição, fazendo-se crer que o Estado seria, segundo ele, uma espécie de “superorixá”, dotado de todos os poderes mágicos (CAMPOS, 1999, p. 123).

Foi constante em suas manifestações a demonstração de falta de realismo dos Constituintes num país que enfrentava hiperinflação declarada, recessão à vista e insolvência confirmada. Muitas contradições e a complexidade do texto constitucional apontadas por Roberto Campos podem ser ilustradas pela seguinte passagem, na qual Campos (1987, p. 10) afirmava que temos

[u]ma Constituição referta de minúcias, voltada para a conjuntura e, portanto, eminentemente biodegradável. As Constituições devem registrar um mínimo de aspirações para prover um máximo de satisfações. E devem manter um delicado equilíbrio entre ordem e participação.

O mais curioso é que os setores chamados “progressistas” pretendem produzir uma constituição retrógrada. Querem uma constituição “intervencionista”, quando a *nouvelle vague* mundial é a rebelião do indivíduo contra o Estado obeso. Querem uma constituição “nacionalista” num mundo cada vez mais interdependente, no qual capitais estrangeiros escassos são requestados até mesmo por países socialistas. Querem uma constituição que garanta a liberdade política, mas que destrua a liberdade

¹Para rememorar e homenagear esse lado profético e ainda atual de Roberto Campos, Ives Gandra da Silva Martins e eu coordenamos obra coletiva para a qual selecionamos seus principais textos sobre o processo constituinte de 1988 e sobre os efeitos dos primeiros anos de sua vigência, publicados entre 1987 e 1996. O livro também reúne artigos de diversos autores sobre Campos, notadamente sobre suas percepções acerca da democracia brasileira. Ver Mendes e Martins (2021).

econômica, pois que as “reservas de mercado” são mero eufemismo para a cassação da liberdade individual de produzir. Querem uma constituição “assistencialista”, como se a opção social pudesse ser divorciada da base econômica da sociedade.

Muitas “profecias” de Roberto Campos sobre alterações necessárias em nosso sistema jurídico-político continuam atuais, apesar de apresentadas há algumas décadas.

Crítico da Justiça trabalhista, suas constatações muito bem se relacionam ao presente momento, em que discussões sobre a chamada Reforma Trabalhista seguem no País. Ao apontar que o “Brasil se caracteriza por originalidades desnecessárias e paradoxos mortificantes”, criticou sermos, “junto com a ex-Iugoslávia, o único país que tem uma justiça especializada do trabalho, à qual cabe não apenas julgar ‘conflitos de direitos’, mas também dirimir conflitos econômicos” (CAMPOS, 1999, p. 129-132). Nesse sentido, consignou que

[a] cultura que permeia o texto constitucional é nitidamente antiempresarial. Decretam-se “conquistas sociais” que, nos países desenvolvidos, resultaram de negociações concretas no mercado, refletindo o avanço da produtividade e o ritmo do crescimento econômico. A simples expressão “conquista social” implica uma relação adversária, e não complementar, entre a empresa e o trabalhador. Inconscientemente ficamos todos impregnados da ideologia do “conflito de classe”. Elencam-se 34 “direitos” para o trabalhador, e nenhum “dever” de trabalhar, pois é irrestrito o Direito de Greve. Obviamente, ninguém teve a coragem para incluir, entre os “direitos fundamentais”, o direito do empresário [de] administrar livremente sua empresa (CAMPOS, 1994, p. 1.205).

Também nas correntes discussões sobre a adoção do regime semi-presidencialista no Brasil, Campos, se vivo, estaria com certeza extremamente atuante. Ao explicar seu voto contrário à aprovação da Emenda Constitucional (EC) proposta em 1984 pelo também mato-grossense Dante de Oliveira, indicou que o problema fundamental não lhe parecia ser a mudança do rito eleitoral, mas a necessidade de “uma reforma do regime, na direção do parlamentarismo, o que facilitaria também a retirada dos militares e a desejada *civilianização* do sistema” (CAMPOS, 1994, p. 1.115, grifo do autor).

Defendia, nesse sentido, a adoção de um novo sistema de “presidencialismo parlamentar”, com adaptações do modelo francês à realidade brasileira. Por fim, como se sabe, sua proposta não foi aprovada, criando-se o que ele chamou de uma Constituição *promiscuísta* em seu plano político, isto é, “um sistema híbrido de governo, que não obedece a nenhum dos dois modelos tradicionais – o *modelo de equilíbrio de poderes* da Constituição americana, ou o modelo de *integração de poderes* praticado nos regimes

parlamentaristas” (CAMPOS, 1994, p. 1.188, grifos do autor).

De fato, Roberto Campos tinha a incrível capacidade de analisar as reais consequências de medidas políticas ao cenário nacional, análises muitas vezes incômodas a seus ouvintes. Tinha, ademais, ampla perspicácia para compreender quais mudanças ou ideias precisavam ser fomentadas para o desenvolvimento nacional.

Este texto mencionará duas situações em que essas características se fizeram presentes. Em primeiro lugar, abordará a trajetória de Campos como incentivador de um mercado tecnológico nacional mais aberto, bem como sua luta contra a Lei da Informática, de 1984, que chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF) em meio a polêmicas – que, inclusive, foram posteriormente resgatadas na sabatina do ministro Sepúlveda Pertence no Senado Federal. Por fim, discorrerá sobre sua participação, como parlamentar, na aprovação da introdução da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), ao apresentar projeto elaborado por mim e por Ives Gandra Martins.

2 O desenvolvimento do setor tecnológico nacional

A valorização da tecnologia para o desenvolvimento nacional, aliada à importância do investimento estrangeiro nessa área, foi tema recorrente na trajetória de Roberto Campos.

Já na década de 50, em agosto de 1958, Campos sugeriu ao presidente Juscelino Kubitschek a criação do Grupo Executivo de Aplicação de Computadores Eletrônicos, com objetivo de estudar a utilização da informática nas tarefas do governo e verificar o potencial do mercado de tecnologia. Esse fato fez com que ele se autointitulasse possuidor de “certo pioneirismo no reconhecimento da importância

da informática” para o Brasil (CAMPOS, 1994, p. 1.081).

Ainda embaixador em Londres, Campos relata que dois eventos despertaram sua atenção para o tema. Em 1975, com a criação da Scottish Development Agency, programa de desenvolvimento de informática, ficou impressionado por seu caráter aberto, com amplos incentivos e sem distinção entre empresas nacionais ou estrangeiras, mas com a finalidade única de criar um núcleo de alta tecnologia no Irvine Valley. Os resultados foram exitosos, com considerável aumento do número de microcomputadores instalados na Grã-Bretanha e a transformação da Escócia em principal fornecedora de computadores IBM para a Europa (CAMPOS, 1994, p. 1.082).

Outro evento para ele marcante (CAMPOS, 1994, p. 1.083) foi o lançamento de corvetas construídas para a Marinha brasileira, que lhe renderam várias visitas aos estaleiros da fabricante em Portsmouth, Inglaterra. Ali constatou fascinado que as corvetas não eram nada mais que uma couraça para computadores, que controlavam mísseis eletrônicos.

Curioso para saber o que se passava no Brasil sobre tecnologia, registrou:

Da minha perspectiva em Londres, estávamos caminhando em direção errada, primeiro, pela militarização do problema, o que inevitavelmente levaria a excessivo dirigismo, e, segundo, pelo protecionismo nacionalista. Ao invés de proteção *ao nível do país* (considerando-se nacionais todas as empresas que produzissem no país, independentemente da origem do capital), marchávamos para o conceito de proteção *ao nível de empresa* (proteção exclusivamente para as empresas de capital nacional) (CAMPOS, 1994, p. 1.083, grifos do autor).

Ao assumir como senador por Mato Grosso, logo passou a denunciar “bizarros exemplos de

obscurantismo tecnológico” (CAMPOS, 1994, p. 1.089). Incluíam-se aí tentativas de empresas estrangeiras como IBM, Apple e Hewlett Packard de instalar fábricas no Brasil, mas que acabaram sendo proibidas ou restringidas pelo governo. O resultado foi a transferência desses projetos de manufaturação a outros países, como México, China e Canadá.

Seguro da importância do tema para o desenvolvimento nacional, Roberto Campos chegou a realizar longa viagem para avaliar alguns modelos internacionais. Em fevereiro de 1984, visitou fábricas nos Estados Unidos, em Taiwan e na Coreia do Sul.

Voltou ao Brasil convencido de que a política de informática então desenvolvida pela Secretaria Especial de Informática (SEI) era um “assalto simultâneo à lógica econômica e à ordem legal” (CAMPOS, 1994, p. 1.090). Criada pelo Decreto nº 84.067/1979 como órgão complementar do Conselho de Segurança Nacional, a SEI era responsável pela área de tecnologia brasileira. De acordo com Campos (1994, p. 1.090), nela se praticava um “miliburocratismo”, em que “milicratas” determinavam erroneamente o que seria melhor para o País nesse setor.

Em abril de 1984, o senador mato-grossense apresentou projeto de lei que objetivava diminuir a defasagem do País em relação à rapidez da evolução tecnológica. A filosofia por ele adotada era “de mobilização e não de restrição”. Segundo o que observou e pôde constatar com a realização de debates sobre o tema no Congresso Nacional, “a experiência revelou que a indústria da informática depende, mais que outras atividades, de uma constante criatividade pessoal, e de excitação competitiva, que não se compadece com a burocracia de licenças, controles e vedações” (CAMPOS, 1994, p. 1.092).

A proposta de Roberto Campos chegou a ser aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça, mas foi obstada pela preferência dada

ao projeto enviado pelo Governo em julho do mesmo ano.

Em 30/7/1984, o Poder Executivo submeteu ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 10/1984, que tratava da Política Nacional de Informática (PNI). O texto proposto consolidava o Estado como principal agente econômico do setor, condicionando o mercado a seus interesses, especialmente com a adoção de reserva de mercado.

Houve forte mobilização parlamentar sobre o tema, formando-se o que Campos (1994, p. 1.091) chamou de “bizarro pacto *Molotov-Ribbentrop* na eletrônica digital”. A coalizão a favor da lei unia os militares da SEI, temerosos pela perda do poder político – e que viam na informática uma fonte de poder –, e as esquerdas, seduzidas pela ideia nacionalista contra o imperialismo tecnológico das multinacionais, além dos empresários paulistas, encantados com a ideia de um mercado protegido e subvencionado.

Por fim, foi aprovada a Lei da Informática, nos termos em que proposta pelo Governo. Mediante a Lei nº 7.232/1984, instituiu-se a política de informática brasileira, calcada na reserva de mercado de oito anos para empresas de capital nacional na área de produção de bens e serviços relacionados à informática. Para Campos (1991b, p. 37), essas restrições nada mais foram do que a marginalização do Brasil na corrida tecnológica.

No primeiro aniversário da lei que tanto criticara, Campos (1991b, p. 37) passou – como descreveu – para a ofensiva. Resolveu, para tanto, promover arguição de inconstitucionalidade contra a Lei da Informática e demais diplomas normativos infralegais que a implementaram.

A representação, embasada em pareceres dos juristas Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Hely Lopes Meirelles, foi encaminhada ao então procurador-geral da República, José Sepúlveda Pertence. Alegava-se violação aos princípios

constitucionais da liberdade de iniciativa, do direito adquirido, da isonomia, da liberdade de empresa e os princípios jurídicos da legalidade e de indelegabilidade de funções.

Cabe aqui ressaltar que o controle abstrato de normas estaduais e federais, assim como o instituto da representação interventiva, foram instituídos pela EC nº 16, de 26/11/1965. O próprio STF sugerira a adoção de dois novos institutos de legitimidade constitucional, tal como descrito na Exposição de Motivos:

- a) uma representação de inconstitucionalidade de lei federal, em tese, de exclusiva iniciativa do Procurador-Geral da República, à semelhança do que existe para o direito estadual (art. 8º, parágrafo único, da Constituição Federal);
- b) uma prejudicial de inconstitucionalidade, a ser suscitada, exclusivamente, pelo próprio Supremo Tribunal Federal ou pelo Procurador-Geral da República, em qualquer processo em curso perante outro juízo (BRASIL, 1968 apud MENDES, 1997, p. 145).

A Constituição de 1967 não introduziu grandes inovações no sistema de controle de constitucionalidade. Manteve-se incólume o controle difuso, e a ação direta de inconstitucionalidade subsistiu, tal como prevista na Constituição de 1946, com a EC nº 16/1965.

Nessa circunstância, poucas questões suscitaram tantas e tão intensas discussões quanto a da eventual discricionariedade do procurador-geral da República para oferecer, ou não, a representação de inconstitucionalidade ao STF.

Enquanto importantes vozes na doutrina reconheceram o direito de o procurador-geral submeter, ou não, a questão ao STF, consoante a sua própria avaliação e discricionariedade, uma vez que somente ele dispunha de competência constitucional para propor essa ação², outros sustentavam que ele estaria obrigado a oferecer a arguição ao STF se houvesse pelo menos sérias dúvidas sobre a constitucionalidade da lei³.

Foi nesse contexto que Roberto Campos submeteu sua petição ao procurador-geral da República. Segundo Campos (1994, p. 1.101), “influenciado por ideologias de esquerda, em detrimento da objetividade jurídica”, o pedido foi retido por Pertence durante quinze meses. Acabou

² Ver Barbi (1967); e Mello (1966, p. 24).

³ Ver Miranda (1987, t. 4, p. 44); Marinho (1970); Pereira (1971, p. 25); Cavalcanti (1966, p. 118); e Reclamação nº 849/DF, voto do ministro Adaucto Lúcio Cardoso, vencido (BRASIL, 1971). Posição intermediária foi sustentada por Bastos (1982, p. 74-75), segundo a qual o procurador-geral da República não poderia negar-se a formular a representação se o requerimento lhe fosse encaminhado por algum órgão público, uma vez que nesse caso não se poderia ter dúvida quanto ao interesse público na aferição da constitucionalidade da lei ou do ato normativo.

por ser liberado apenas em janeiro de 1987, depois de pedido do senador ao chefe da Casa Civil de José Sarney, o senador Marco Maciel.

Todavia, a representação foi encaminhada ao STF por Sepúlveda Pertence com parecer negativo⁴. Sobre o caso, Pertence declararia em entrevista:

Eu tinha, na Procuradoria-Geral, recebido uma representação firmada por um número grande de senadores e de deputados. Mas, na verdade, em todas essas listas parlamentares, é preciso saber quem é o dono de cada uma delas. No caso era, ostensivamente, o então senador Roberto Campos, contra a Lei de Informática. Eu refleti... Naquela época, o procurador-geral ainda detinha o monopólio da provocação do controle abstrato de constitucionalidade – hoje é ADIn; na época, representação de inconstitucionalidade. E pensei: “Se eu simplesmente arquivo a representação, virá uma tempestade de críticas e de agressões, pelo número de parlamentares que a assinam”. A essa altura, eu já sabia como as listas do Congresso se fazem. É quase... considerado quase uma ofensa pessoal negar-se a assinar a lista para qualquer coisa. Mas, na verdade, aquela era imponente mesmo: tinha a maioria do Senado e um número grande de deputados. Eu então fiz uma representação de inconstitucionalidade em termos inéditos no Supremo Tribunal, dizendo que a formulava em respeito à manifestação de tantos parlamentares ilustres etc., eu representava para que o Supremo examinasse a lei. Mas, na própria petição inicial, eu sustentava a constitucionalidade da lei, que na época era objeto de um contencioso diplomático com os Estados Unidos. Eu sustentei então a constitucionalidade da lei, o que não era costume. A rotina do procurador-geral era encaminhar a representação, dizendo que atendia ou não atendia, a pedido de alguém, de algum gover-

nador. Sobretudo os governadores, que não tinham esse poder, eram os clientes preferenciais da Procuradoria-Geral da República. Mas o procurador-geral apenas solicitava que, colhidas as informações, o processo lhe voltasse para opinar sobre o mérito da representação. Essa era a rotina, já posta num verdadeiro formulário. Mas eu rompi com isto, quando ofereci a representação sobre a Lei da Informática e, de antemão, antecipava o meu parecer contra a representação, quer dizer, pela constitucionalidade da lei. É que era inimaginável, também, que o procurador-geral da República, então um homem identificado como um homem do governo, em meio a um contencioso internacional sério, pusesse em dúvida a constitucionalidade da lei que o governo sustentava (FONTAINHA; SILVA; NUÑEZ, 2015, p. 87-88).

Por fim, o STF acabou por não conhecer da representação por já ter sido a constitucionalidade reconhecida de início pela Procuradoria-Geral da República (PGR), ao oferecê-la⁵. Para Campos (1994, p. 1.102), a decisão nada mais foi do que “denegação de justiça”, uma vez que o procurador teria funções de instrução e de defesa – e não poder judicante.

Esse episódio causou controvérsia quando o então procurador-geral da República, Sepúlveda Pertence, foi indicado ao STF. Em sabatina no Senado, veio a encontrar, na Comissão de Justiça, o senador Roberto Campos, que voltou a questioná-lo sobre o ocorrido. Pertence acabou aprovado por cinquenta votos contra três, um deles o voto contrário de Campos.

O reconhecimento da importância da valorização da tecnologia para o desenvolvimento nacional nunca foi abandonado por Roberto Campos, inclusive ao pensar o futuro do País.

⁴ Representação nº 1.349/DF, ministro relator Aldir Passarinho (BRASIL, 1988b). O Tribunal considerou inepta a representação, entendendo que, como a Constituição previa uma ação de inconstitucionalidade, não poderia o titular da ação demonstrar, de maneira inofensiva, que perseguia outros desideratos.

⁵ Sobre o tema, embora o STF tenha considerado inadmissível representação na qual o procurador-geral da República afirma de plano a constitucionalidade da norma, é certo que essa orientação, calcada numa interpretação literal do texto constitucional, não parece condizente, tal como demonstrado, com a natureza do instituto e com a prática desde a sua adoção pela EC nº 16/1965; ver: Mendes (1997).

Em discurso de posse na Academia Brasileira de Letras, em 26/10/1999, ressaltou:

A sociedade do próximo milênio será uma sociedade globalizada e digitalizada. Ignorar essas coisas seria auto-mutilação [*sic*]. Nossa linguagem girará em termos de *bits*, muito mais que de “átomos”. Na era digital, até os “literatos” terão de virar “digeratos”.

A primeira coisa a fazer-se no Brasil é abandonarmos a chupeta das utopias em favor da bigorna do realismo. É tempo de balanço e autocrítica. E, sobretudo, de ginástica institucional, a fim de nos prepararmos para a quarta onda de crescimento do pós-guerra, que provavelmente advirá na primeira década do milênio, apoiada em três revoluções tecnológicas: - A revolução da Internet, que eliminará vários constrangimentos de tempo e espaço; - A revolução da engenharia genética, que depois do fracasso da engenharia social em reformar o homem moral, pode ter sucesso na reformatação do homem físico; - A revolução da nano-tecnologia [*sic*] que, pela miniaturização, substituirá nos produtos, cada vez mais o insumo físico pelo insumo cognitivo.

Para a minha geração, confiante em que o Brasil chegaria ao ano 2000 não como país emergente e sim como grande potência, forte e justa, este fim de século é melancólico. Estamos ainda longe demais da riqueza atingível, e perto demais da pobreza corrigível. Minha geração falhou (CAMPOS, 1999, p. 1).

Por certo, o desenvolvimento tecnológico brasileiro e a chegada do País ao novo milênio teriam sido diferentes caso os ideais de Roberto Campos tivessem prosperado em sua íntegra. A retomada dessa história serve para evidenciar seu marcante caráter inovador e visionário.

3 A criação da ação declaratória de constitucionalidade

O episódio entre Roberto Campos e Sepúlveda Pertence serviu para atestar como a doutrina constitucional brasileira não sabia precisar a natureza do instituto da representação de inconstitucionalidade. Como visto no item anterior, era questão polêmica a obrigatoriedade, ou não, do procurador-geral da República de submeter representação para a aferição de constitucionalidade de lei. Ao receber a representação de Pertence com sua manifestação pela constitucionalidade da Lei da Informática, o STF entendeu que esse pronunciamento do procurador-geral da República obstaría seu conhecimento pela Corte⁶.

A despeito dos esforços, em meio a essa polêmica não foi possível sequer assentar a distinção necessária e adequada entre o controle abstrato

⁶ Representação nº 1.349/DF, ministro relator Aldir Passarinho (BRASIL, 1988b).

de normas (representação de inconstitucionalidade) e a representação interventiva. Alguns doutrinadores chegaram mesmo a recomendar a alteração da Lei nº 4.337, de 1964, que disciplinava a representação interventiva, para que se explicitasse a obrigatoriedade da propositura da ação pelo procurador-geral, desde que isso lhe fosse requerido por determinados entes.

Igualmente não se percebeu que, tal como concebida, a representação de inconstitucionalidade tinha, em verdade, caráter dúplice ou natureza ambivalente, permitindo ao procurador-geral submeter a questão constitucional ao STF quando estivesse convencido da inconstitucionalidade da norma ou, mesmo quando convencido da higidez da situação jurídica, surgissem controvérsias relevantes sobre sua legitimidade.

A imprecisão da fórmula adotada na EC nº 16/1965 (BRASIL, 1965) – “representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República” – não consegue esconder o propósito inequívoco do legislador Constituinte, que era permitir, “desde logo, a definição da ‘controvérsia constitucional’ sobre leis novas” (MENDES, 1997, p. 145).

Não se pretendia, pois, que o procurador-geral instaurasse o processo de controle abstrato com o propósito exclusivo de ver declarada a inconstitucionalidade da lei, até porque ele poderia não tomar parte na controvérsia constitucional ou, se dela participasse, estar entre aqueles que consideravam válida a lei. Não era necessário, pois, que o procurador-geral estivesse convencido da inconstitucionalidade da norma. Era suficiente o requisito objetivo relativo à existência de “controvérsia constitucional”. Daí ter o Constituinte utilizado a fórmula equívoca – representação contra a inconstitucionalidade da lei, encaminhada pelo procurador-geral da República –, que explicitava, pelo menos, que a dúvida ou a eventual convicção sobre a inconstitucionalidade não precisava ser por ele perfilhada.

Se correta essa orientação, parece legítimo admitir que o procurador-geral da República tanto poderia instaurar o controle abstrato de normas – com o objetivo precípua de ver declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo (ação declaratória de inconstitucionalidade ou representação de inconstitucionalidade) –, como poderia postular, expressa ou tacitamente, a declaração de constitucionalidade da norma questionada (ação declaratória de constitucionalidade).

A cláusula sofreu pequena alteração na Constituição de 1967 e na de 1967/1969 (representação do procurador-geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual – Constituição de 1967, art. 115, I, I; Constituição de 1967/1969, art. 119, I, I (BRASIL, [1985], [1988a])). O Regimento Interno do STF, na versão de 1970, consagrou essa ideia:

Art. 174. [...]

§ 1º – Provocado por autoridade ou por terceiro para exercitar a iniciativa prevista neste artigo, o Procurador-Geral, entendendo improcedente a fundamentação da súplica, poderá encaminhá-la com parecer contrário (BRASIL, 1970, p. 31).

Essa disposição – que, como visto, consolidava tradição já velha no Tribunal – permitia ao titular da ação encaminhar a postulação que lhe fora dirigida por terceiros, manifestando-se, porém, em sentido contrário. Não é preciso maior esforço de argumentação para demonstrar que, do ponto de vista dogmático, nada mais fez o Regimento Interno que positivar, no plano processual, a orientação que balizara a instituição da representação de inconstitucionalidade (controle abstrato) entre nós.

Ela se destinava não apenas a eliminar a lei declarada inconstitucional da ordem jurídica (pedido de declaração de inconstitucionalidade), mas também a elidir controvérsias que se instaurassem sobre a legitimidade de determinada norma (pedido de declaração de constitucionalidade). Assim, se o procurador-geral encaminhava súplica ou representação de autoridade ou de terceiro, com parecer contrário, estava simplesmente a postular uma declaração (positiva) de constitucionalidade. O pedido de representação, formulado por terceiro e encaminhado ao Supremo, materializava apenas a existência da controvérsia constitucional, apta a fundamentar uma necessidade pública de controle.

Tal cláusula foi alterada em 1980, passando o Regimento Interno a conter as seguintes disposições:

Art. 169. O Procurador-Geral da República poderá submeter ao Tribunal, mediante representação, o exame de lei ou ato normativo federal ou estadual, para que seja declarada a sua inconstitucionalidade.

§ 1º Proposta a representação, não se admitirá desistência, ainda que afinal o Procurador-Geral se manifeste pela sua improcedência (BRASIL, 2020, p. 98).

Parece legítimo supor que tal modificação não alterou substancialmente a ideia básica que norteava a aplicação desse instituto. Se o titular da iniciativa se manifestava, afinal, pela constitucionalidade da norma impugnada, é porque estava a defender a declaração de constitucionalidade. Na prática, continuou o procurador-geral a oferecer representações de inconstitucionalidade, ressaltando a relevância da questão e opinando frequentemente em favor da constitucionalidade da norma.

A falta de maior desenvolvimento doutrinário e a própria balbúrdia conceitual instaurada em torno da representação interventiva – confusão que

contaminou os estudos do novo instituto – não permitiram que essas ideias fossem formuladas com a necessária clareza. Portanto, uma análise mais detida da natureza do instituto da representação de inconstitucionalidade permite reforçar a censura ao entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência do STF, propiciando-se, assim, uma nova leitura – ainda que apenas com valor de crítica histórica – da orientação sustentada pela PGR e avalizada pelo STF.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), por sua vez, ampliaram-se significativamente os mecanismos de proteção judicial e, assim, também o controle de constitucionalidade das leis. A grande mudança foi verificada no âmbito do controle abstrato de normas, com a criação da Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal (CRFB, art. 102, I, a, c/c o art. 103 (BRASIL, [2022])).

Se a intensa discussão sobre o monopólio da ação pelo procurador-geral da República não levou a uma mudança na jurisprudência consolidada sobre o assunto, é fácil constatar que ela foi decisiva para a alteração introduzida pelo Constituinte de 1988, com a significativa ampliação do direito de propositura da ação direta. Tal fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação – e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade –, pretendeu o Constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente.

Mesmo assim, já no início da década de 1990, logo após a promulgação da CRFB, verificou-se a necessidade de haver, entre nós, uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). Após conversas com o professor Ives Gandra, chegamos à conclusão de que seria preciso defender essa posição, o que fizemos em artigo

publicado na *Folha de S.Paulo*⁷. A proposta despertou interesse no então deputado federal Roberto Campos, que nos pediu um projeto de EC. Acolhendo a sugestão que elaboramos, Roberto Campos apresentou Proposta de Emenda à Constituição (PEC) com o seguinte teor⁸:

Art. 1º Suprima-se o inciso X do art. 52, renumerando-se os demais.

Art. 2º Os arts. 102 e 103 da Constituição passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 102. [...]

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

§ 2º As decisões definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nos processos de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos e no controle de constitucionalidade da omissão, têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante para os órgãos e agentes públicos.

§ 3º Lei complementar poderá outorgar a outras decisões do Supremo Tribunal Federal eficácia *erga omnes*, bem como dispor sobre o efeito vinculante dessas decisões para os órgãos e agentes públicos.

Art. 103. [...]

§ 1º [...]

§ 2º [...]

§ 3º [...]

§ 4º Os órgãos ou entes referidos nos incisos I a X deste artigo podem propor ação declaratória de constitucionalidade, que vinculará as instâncias inferiores, quando decidida no mérito” (BRASIL, 1992, p. 21.693).

⁷ Para demonstrar a importância da criação da ADC, publicamos, professor Ives Gandra e eu, artigo intitulado *Ação declaratória de constitucionalidade*, ver Martins e Mendes (1992, p. 2).

⁸ PEC nº 130/1992.

Parte da proposição, com algumas alterações, foi incorporada à PEC que dava nova redação a alguns dispositivos da ordem constitucional tributária, de iniciativa do deputado Luiz Carlos Hauly, mediante substitutivos do deputado Benito Gama⁹.

Por fim, o instituto foi assim disciplinado pela EC n^o 3, de 17/3/1993:

Art. 102. [...]

I - [...]

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

§ 1^o A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

§ 2^o As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

Art. 103. [...]

§ 4^o A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República (BRASIL, [1994]).

No que diz respeito à ADC, a EC n^o 3/1993 inspirou-se direta e imediatamente na Emenda Roberto Campos, ao consagrar que “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo fe-

deral, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo” (art. 102, § 2^o (BRASIL, [1994])).

Especialmente pelo fato de que as decisões da ADC são dotadas de eficácia *erga omnes*, nossa proposta de emenda e efeito vinculante provocou intensa polêmica. Na PEC n^o 130/1992, apresentada por Roberto Campos, distinguia-se nitidamente a *eficácia geral (erga omnes)* do *efeito vinculante*. Tal como assente em estudo que produzimos sobre o assunto – e que foi incorporado às justificações apresentadas no aludido Projeto –, essas duas características deveriam ser tratadas como institutos afins, mas distintos¹⁰.

Nesse sentido, mencione-se um trecho da justificativa do deputado Roberto Campos na PEC n^o 130, de 1992, para demonstrar a importância dessa alteração para o fortalecimento da competência do STF:

Um dos aspectos que mais têm preocupado o país, pelo prisma da nova ordem constitucional, é a valorização dos juizados de 1^a instância – *louvável conquista da cidadania* – sem a contrapartida de um instrumento processual de uniformização célere, omissão incompreensível do constituinte na conformação do controle difuso e concentrado de constitucionalidade.

A força outorgada aos juízes de 1^a instância, sem um instrumental adequado de ação para os Tribunais Superiores, subverte a hierarquia necessária – e mais do que isto – a tranquilidade para a preservação da ordem jurídica, pois qualquer questão constitucional da maior relevância pode ser decidida de forma satisfativa, desde que o Tribunal imediatamente superior não suspenda a eficácia de decisões que garantam benefícios ou direitos.

Podendo um juiz de 1^a instância, na hipótese aventada, ofertar satisfação definitiva do direito pleiteado e não podendo um Ministro

⁹ Ver substitutivos apresentados pelo deputado Benito Gama, relator da Comissão Especial destinada a examinar a PEC n^o 48-A/1991 (BRASIL, 1991).

¹⁰ Ver PEC n^o 130/1992 (BRASIL, 1992).

de Tribunal Superior agir [senão] quando, na tramitação procedimental, as questões lhe forem submetidas, não é desavizado dizer que hoje um juiz de 1ª instância, mormente na Justiça Federal, em determinadas circunstâncias, é mais forte que um Ministro do STJ ou STF, que só pode julgar os grandes temas, em ações diretas de inconstitucionalidade, ou nos processos em grau de recurso. Por outro lado, a advocatória, objeto de emenda do Governo, está marcada pelo estigma do regime totalitário e é utilizada para suspender “decisões jurídicas”, à luz de “argumentos políticos”, como os de grave lesão à ordem pública, econômica ou financeira.

Entre as vantagens do presente projeto sobre aquele que pretende reintroduzir a advocatória, militam:

- a) a competência do STF será originária e não decorrencial;
- b) os motivos para sua proposição serão “jurídicos” e não meramente “políticos”;
- c) não haverá interferência direta nas decisões de 1ª instância suspendendo sua eficácia sem fundamentos jurídicos, mas decisão definitiva sobre a questão suscitada;
- d) em questões polêmicas, a uniformização far-se-á com rapidez, ofertando-se ao cidadão e ao Estado uma interpretação definitiva (BRASIL, 1992, p. 21.693-21.694, grifo do autor).

De pronto, as associações de magistrados manifestaram seu veemente protesto. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), por sua vez, chegou a reunir grupo de juristas para apreciar a proposta¹¹. Formada pelos professores Geraldo Ataliba, Sérgio Sérvulo, Souto Maior Borges, Eduardo Bottallo e Misabel Derzi, essa comissão elencou inúmeras supostas inconstitucionalidades, todas rebatidas em artigo elaborado por este autor¹².

¹¹ Artigo intitulado *Juristas analisam emenda 3/93*, ver: Ataliba, Sérvulo, Borges, Bottallo e Derzi (1993).

¹² Artigo intitulado *A polêmica em torno da ação declaratória de constitucionalidade*, ver: Mendes (1993).

Por fim, no STF, a discussão sobre a constitucionalidade da emenda, suscitada pela Associação dos Magistrados do Brasil, foi pacificada no julgamento da ADC nº 1/DF (BRASIL, 1993). Sobre o assunto, válido registrar passagem do voto de Sepúlveda Pertence, agora já ministro do STF:

11. Quanto ao Supremo Tribunal, sob a minha ótica – e nesse ponto reporto-me a estudo do Dr. Gilmar Mendes, que com ela coincide – explicita-lhe apenas um poder que se fora criando na prática da representação interventiva e que se tornou indiscutível com a representação geral da Emenda Constitucional 16, de 1965.

12. Sabidamente já o sustentara, como Procurador-Geral da República, ao propor a Representação 1.349-DF, relatada pelo eminente Ministro Aldir Passarinho, relativa à Lei de Informática.

13. Logo de início, atento à relevância da questão e até ao número significativo de congressistas que me provocavam à propositura da representação, submeti a questão ao Supremo, mas atento, também, à conveniência de não pôr sob dúvida a constitucionalidade de uma lei do maior relevo nacional, na petição inicial, antecipava-me, sustentando a sua constitucionalidade para, ao final, ponderar (Pareceres do Procurador-Geral da República, 1985-87, Imp. Nacional, p. 269, 300):

“Ao decidir preliminar suscitada nos ERp. 1092, 3-2-86, relator em. Ministro Djaci Falcão, DJ 23-5-86, o Supremo Tribunal Federal afirmou, por unanimidade, a legitimação do Procurador-Geral da República para opor embargos a acórdão que tenha julgado procedente sua própria representação por inconstitucionalidade. A decisão é da maior importância, na medida em que implicitamente reafirmou o poder do chefe do Ministério Público para provocar a jurisdição constitucional da alta Corte, sempre que o interesse público o aconselhar, inclusive, se for o caso, para estabelecer a certeza da constitucionalidade de normas legais relevantes,

cuja eficácia possa ser comprometida por dúvidas suscitadas a respeito da sua validade. O julgado repeliu com isso certas objeções fundadas na miopia da equiparação do instituto da representação, de acentuada conotação política, com ações cíveis de restrito interesse das partes”.

14. Contudo, é sabido, também, que, naquele mesmo caso – Rp. 1349, Passarinho – o Supremo Tribunal não acolheu a minha argumentação: declarou inepta a petição inicial, na medida em que o seu autor, o Procurador-Geral da República, de logo, anunciava a sua posição pela constitucionalidade da lei questionada.

15. Confesso, Senhor Presidente, que, reverente como sempre aos precedentes da Corte, continuo não convencido daquela decisão. Convicção que se reforçou, quando, já eu com assento nesta Casa, reafirmamos que o Procurador-Geral não precisa fazer pedido explícito da declaração de inconstitucionalidade ao propor a ação direta (ADIn 375, 30.10.91, Lex 150/90).

16. Tudo ficou, assim, num formalismo um tanto quanto cerimonial, que, entretanto, não desconhece o que me parece o fundamento relevante: o caráter dúplice da ação direta de inconstitucionalidade. Tanto que, interpretando o instituto constitucional, o Regimento Interno tornou explícito que, de sua improcedência, resulta, se por ela se manifesta a maioria qualificada, a declaração de constitucionalidade da norma impugnada.

17. Chamei de “escrúpulo cerimonial” a vedação de que o Procurador-Geral desvele, na própria inicial, o seu parecer pela constitucionalidade da norma questionada – fundamento da decisão da mencionada Rp. 1349 – porque, na normalidade das coisas (a partir do formulário usado pela Procuradoria-Geral, tanto antes como depois da minha passagem para aquele alto cargo), o que existe é uma submissão da questão constitucional ao Supremo, cujo processo, opinando, ao final o Procurador-Geral pela constitucionalidade, fica, também, às vezes, sem que ninguém nos autos sustente a inconstitucionalidade da norma (BRASIL, 1993, p. 34-36).

Vê-se, pois, que o próprio Sepúlveda Pertence, ministro, admitiu ser mais correta a interpretação do caráter dúplice da representação interventiva, indicando discordar da solução dada pela Corte à ação por ele submetida ainda como procurador-geral da República.

Ressalto, por fim, que, ao contrário da proposta contida na Emenda Roberto Campos – que outorgava o direito de propositura da ADC a todos os entes legitimados para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) –, a EC nº 3/1993 acabou por deferir esse direito apenas ao presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao procurador-geral da República (art. 103, § 4º (BRASIL, [1994])). A EC nº 45/2004 (BRASIL, [2009]), por sua vez, corrigiu em parte o modelo restritivo da EC nº 3/1993, estabelecendo que estariam legitimados para a ADC os mesmos legitimados para a ADI, demonstrando que também nesse ponto a PEC nº 130/1992 estava correta.

4 Conclusão

Na década de 1980, durante o *frenesi* da “constitucionalite”, Campos (1988, p. 7) lembrou que “há algumas verdades incômodas”, cuja percepção estava sendo “obscurecida pelo ultrapassado ardor populista dos constituintes: não se extirpa a pobreza por decreto; o aumento do bem-estar depende do aumento de produtividade; progressismo não deve ser o culto da preguiça; não adianta buscar a reeleição sacrificando a Nação”.

Foi justamente a tendência a profetizar consequências, com a constatação de “verdades incômodas” relacionadas a atos considerados corretos pela maioria, uma das principais características da trajetória profissional de Roberto Campos. Como demonstrado neste texto em dois episódios específicos, Campos nunca se calou ao

perceber que determinada questão não estava correta, mesmo que, para combatê-la, precisasse ir contra o entendimento majoritário. Tinha, igualmente, especial senso crítico para identificar projetos essenciais ao País.

De fato, o resgate de seu perfil de político visionário e de destemido defensor dos seus ideais é tarefa extremamente prazerosa e inspiradora. Especialmente em contexto tão carente de bons modelos, a voz de Roberto Campos permanece atual e importante referência aos interessados no desenvolvimento nacional.

Sobre o autor

Gilmar Ferreira Mendes é doutor em Direito pela Universidade de Münster, Münster, Alemanha; professor de Direito Constitucional dos programas de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília e do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, DF, Brasil; ministro do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, Brasil.

E-mail: Ministro.Gilmar@stf.jus.br

Como citar este artigo

(ABNT)

MENDES, Gilmar Ferreira. Roberto Campos: o Constituinte profeta. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 59, n. 236, p. 11-27, out./dez. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/236/ril_v59_n236_p11

(APA)

Mendes, G. F. (2022). Roberto Campos: o Constituinte profeta. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 59(236), 11-27. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/236/ril_v59_n236_p11

Referências

ATALIBA, Geraldo; SÉRVULO, Sérgio; BORGES, Souto Maior; BOTTALLO, Eduardo; DERZI, Misabel. Juristas analisam emenda 3/93. *A Voz do Advogado*, Brasília, DF, n. 100, p. 13-14, jun. 1993.

BARBI, Celso Agrícola. Evolução do [controle] da constitucionalidade das leis no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, [Belo Horizonte], n. 7, p. 45-63, out. 1967. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/941>. Acesso em: 14 set. 2022.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1982.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição nº 48, de 1991*. Altera dispositivos da Constituição Federal. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1991. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=169319>. Acesso em: 14 set. 2022.

_____. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição nº 130, de 1992*. Suprime o inciso X do artigo 52 e dá nova redação aos artigos 102 e 103 da Constituição Federal. *Diário do Congresso Nacional*: Seção 1, Brasília, DF, ano 47, n. 156, p. 21.693-21.696, 23 set. 1992. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCCD23SET1992.pdf#page=19>. Acesso em: 14 set. 2022.

_____. [Constituição (1967)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília, DF: Presidência da República, [1985]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 14 set. 2022.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 set. 2022.

_____. *Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969*. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF: Presidência da República, [1988a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 14 set. 2022.

_____. *Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993*. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1994]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc03.htm. Acesso em: 14 set. 2022.

_____. *Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965*. Altera dispositivos constitucionais referentes ao Poder Judiciário. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc16-65.htm. Acesso em: 14 set. 2022.

_____. *Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004*. Altera dispositivos dos arts. 5^º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 14 set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). [*Questão de Ordem na*] *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1/DF*. Ação declaratória de constitucionalidade. Incidente de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 03/93, no tocante a instituição dessa ação. Questão de ordem. Tramitação da ação declaratória de constitucionalidade. Incidente que se julga no sentido da constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3, de 1993, no tocante a ação declaratória de constitucionalidade. Requerentes: Presidente da República; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Moreira Alves, 27 de outubro de 1993. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=884>. Acesso em: 14 set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Reclamação nº 849/DF*. Reclamação. Desprezada a preliminar do seu não conhecimento, por maioria de votos deu-se, no mérito, pela sua improcedência, ainda por maioria, visto caber ao Dr. Procurador-Geral da República a iniciativa de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal a representação de inconstitucionalidade. Jurisprudência do STF, que se harmoniza com esse entendimento. Reclamante: Movimento Democrático Brasileiro. Reclamado: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Adalício Nogueira, 10 de março de 1971. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87519>. Acesso em: 14 set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Regimento interno*: atualizado até a Emenda Regimental n. 57/2020. Brasília, DF: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 14 set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Regimento interno de 1970*: (consolidado até a ER nº 5 e atualizado até a ER nº 8). [Brasília, DF]: STF, 1970. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaRI/anexo/RegimentoInterno1970ConsolidadoAtualizado.pdf>. Acesso em: 14 set. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Representação nº 1.349/DF*. Representação de inconstitucionalidade. Inconstitucionalidade não reconhecida de início pela Procuradoria-Geral da República ao oferecer a representação [...]. Representante: Procurador-Geral da República. Representados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Aldir Passarinho, 8 de setembro de 1988b. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14674632>. Acesso em: 14 set. 2022.

CAMPOS, Roberto. *A lanterna na popa*: memórias. Rio de Janeiro: Topbooks, 1994.

_____. A vingança da história. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, ano 109, n. 34.664, 28 fev. 1988. Política, p. 7. Disponível em: <https://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/19880228-34664-nac-0004-999-7-not>. Acesso em: 14 set. 2022.

_____. *Na virada do milênio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.

_____. O fácil ofício de profeta. *Correio Braziliense*, Brasília, DF, n. 10.350, p. 7, 1º set. 1991a.

_____. Por uma Constituição não [biodegradável]. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, ano 108, n. 34.404, 26 abr. 1987. Política, p. 10. Disponível em: <https://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/19870426-34404-nac-0010-999-10-not>. Acesso em: 14 set. 2022.

_____. *Reflexões do crepúsculo*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1991b.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do [controle] da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

FONTAINHA, Fernando de Castro; SILVA, Angela Moreira Domingues da; NUÑEZ, Izabel Saenger (org.). *História oral do Supremo (1988-2013)*: Sepúlveda Pertence. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2015. v. 3. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/13672>. Acesso em: 14 set. 2022.

MARINHO, Josaphat. Inconstitucionalidade de lei: representação ao Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Público*, [s. l.], v. 3, n. 12, p. 150-152, abr./jun. 1970.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, ano 72, n. 23.132, 2 ago. 1992. Cotidiano, p. 2. Disponível em: <https://acervo.folha.com.br/leitor.do?numero=11773&anchor=4759686&origem=busca&originURL=&pd=182b5165f6ea0212118442e2485c8e16>. Acesso em: 14 set. 2022.

MELLO, José Luiz de Anhaia. *Os princípios constitucionais e a sua proteção*. São Paulo: Saraiva, 1966.

MENDES, Gilmar Ferreira. A polêmica em torno da ação declaratória de constitucionalidade. *ADV Advocacia Dinâmica*: informativo semanal, Rio de Janeiro, v. 13, n. 41, p. 525-522, out. 1993.

_____. Considerações sobre o papel do Procurador-Geral da República no controle abstrato de normas sob a Constituição de 1967/69: proposta de releitura. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 34, n. 135, p. 141-151, jul./set. 1997. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/264>. Acesso em: 14 set. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Roberto Campos*: diplomata, economista e político: o constituinte profeta. São Paulo: Almedina, 2021. (Coleção IDP).

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*: com a Emenda n. 1, de 1969. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. t. 4.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. A competência do Procurador-Geral da República no encaminhamento de ação direta ao Supremo Tribunal Federal. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, DF, v. 29, n. 118, p. 23-59, jun. 1971.

Inteligência artificial, Direito e equidade algorítmica

Discriminações sociais em modelos de *machine learning* para a tomada de decisão

RICARDO SILVEIRA RIBEIRO

Resumo: Este artigo expõe como a inteligência artificial pode apresentar vantagens quando comparada com a opção tradicional de decidir com base em julgamentos exclusivamente humanos, ainda que reproduza discriminações sociais em decisões jurídicas relevantes. Por meio da revisão dos principais problemas decorrentes do uso de modelos de classificação de risco de reincidência em processos criminais, o artigo demonstra como pesquisas empíricas recentes sugerem a superioridade de decisões baseadas em algoritmos em aplicações socialmente relevantes. Em conformidade com a literatura sobre equidade algorítmica, o artigo indica que não se deve proibir por lei o uso da tecnologia, mas simplesmente regulamentá-lo de acordo com critérios de avaliação de equidade estabelecidos previamente no âmbito do debate público nacional em cada domínio de aplicação. A complexidade dos problemas suscitados pela inteligência artificial sugere a adoção de estratégias especializadas de regulamentação bastante diferentes da utilizada no art. 20 da Lei Geral de Proteção a Dados Pessoais.

Palavras-chave: inteligência artificial; aprendizado de máquina; equidade algorítmica; Direito; discriminação social.

Artificial intelligence, Law and algorithmic fairness: social discrimination in machine learning models for decision making

Abstract: This paper presents how Artificial Intelligence, despite reproducing social discrimination in relevant legal decisions, can represent advantages when compared to the traditional option of deciding based on exclusively human judgments. From the review of the main problems arising from the use of risk classification models for recidivism in criminal

Recebido em 29/3/21
Aprovado em 10/6/22

proceedings, the paper shows how recent empirical research suggests the superiority of decisions based on algorithms in socially relevant applications. Consistent with the literature on algorithmic equity, the paper indicates that the use of technology should not be prohibited by Law, but simply regulated according to equity assessment criteria previously established within the scope of the national public debate in each domain of application. The complexity of the problems raised by Artificial Intelligence suggests the adoption of specialized regulatory strategies quite different from the one used in art. 20 of the General Personal Data Protection Act.

Keywords: artificial intelligence; machine learning; algorithmic fairness; Law; social discrimination.

1 Introdução

Em 2012, matéria de *The Wall Street Journal* revelou indícios de que sites de venda na internet estavam utilizando informações do código postal dos usuários para discriminar consumidores por faixa de renda: enquanto compradores de áreas mais pobres receberam ofertas de preço menos atrativas, residentes de áreas mais ricas tiveram acesso a descontos significativos para compras realizadas no mesmo site (VALENTINO-DEVRIES; SINGER-VINE; SOLTANI, 2012). Poucos anos depois, a imprensa internacional noticiou que um aplicativo de reconhecimento de imagens classificou, automaticamente, pessoas negras em uma foto como “gorilas” (GOOGLE..., 2015). Pesquisadores do MIT Media Lab e da Microsoft Research também detectaram que sistemas comerciais de reconhecimento facial erravam em até 34,7% quando usados na identificação de imagens de *mulheres de pele mais escura*, ao passo que o mesmo erro de classificação não passava da insignificante proporção de 0,8% no reconhecimento de imagens de *homens de pele mais clara* (BUOLAMWINI; GEBRU, 2018).

O fio condutor desses três casos não são apenas práticas discriminatórias de renda, raça e gênero produzidas por sistemas computacionais: a novidade é que esses *softwares* não foram projetados para fomentar desigualdades, preconceitos e estereótipos. Simplesmente seus algoritmos,¹

¹ *Algoritmo* é um termo técnico para qualquer conjunto de instruções que se dá a um computador por meio de programação. Intuitivamente, é equivalente a uma “receita de bolo” que indica à máquina todas as tarefas a serem executadas em determinada ordem.

baseados em inteligência artificial, “aprenderam” com o meio social a reproduzir essas práticas discriminatórias de forma até então não antevista pelos responsáveis por projetos de criação e manutenção do *software*. Para compreender a razão pela qual isso pode ocorrer, precisamos entender como a Inteligência Artificial – como área da Ciência da Computação – se transformou desde seu surgimento formal no *workshop* The Dartmouth Artificial Intelligence Summer Research Project, realizado nos EUA em 1956.² Na origem, os cientistas esperavam que programas complexos pudessem ensinar computadores a simular tarefas tipicamente humanas (RUSSELL; NORVIG, 2016, p. 17). Os sistemas computacionais não teriam então a habilidade de aprender, por si mesmos, a mimetizar o comportamento humano; teriam que ser detalhadamente programados para isso.

Na década de 1980, contudo, fortaleceu-se uma segunda tradição de pesquisa, denominada *machine learning* (aprendizado de máquina). Nessa abordagem, há o desenvolvimento de algoritmos capazes de ensinar o computador a aprender com os dados a ele informados como *inputs* (imagens, vídeos, planilhas, textos ou sons) (GOODFELLOW; BENGIO; COURVILLE, 2016, p. 2; SEJNOWSKI, 2018, p. 40). Assim como aprendemos desde crianças a distinguir, intuitivamente e por experiência, imagens e sons de diferentes animais e pessoas, os algoritmos de *machine learning* permitem “alimentar” um sistema computacional com um número suficientemente grande de “exemplos” (*inputs*), para que ele seja “ensinado” a distinguir ou revelar padrões nos dados. Com isso, informações preciosas podem ser analisadas e sintetizadas automaticamente com o objetivo de fornecerem parâmetros objetivos para a tomada de decisão.

A despeito dessa vantagem, há um risco latente nessa abordagem: como a sociedade é permeada por desigualdades, modelos³ de *machine learning* são também capazes de “aprender” a reproduzir políticas discriminatórias presentes no ambiente socioeconômico e, sem medidas corretivas, podem até mesmo gerar um círculo vicioso de retroalimentação, no qual o sistema de inteligência artificial contribui para o agravamento de problemas sociais.

Por exemplo, se uma grande empresa no passado adotou políticas discriminatórias na contratação de mulheres, usar dados de contratações anteriores num sistema de inteligência artificial pode fazer com que o algoritmo de *machine learning* simplesmente recomende a contratação de uma proporção maior de homens sem que os engenheiros de *software* tenham desenhado o sistema para operar de forma discriminatória. Ao contratar

²O primeiro trabalho sobre inteligência artificial foi o de McCulloch e Pitts (1943), mas a área de estudo somente foi fundada formalmente em 1956.

³Define-se *modelo* como qualquer representação *matemática* da realidade por meio de fórmulas, funções e estruturas (arquiteturas), esquemas e desenhos gráficos.

mais homens em razão do uso da inteligência artificial, os dados a serem processados pelo sistema são alimentados com novas informações sobre contratação de uma proporção maior de homens; e, futuramente, quando forem usados em novas decisões de contratação, podem levar o sistema a reforçar ainda mais o problema da discriminação de gênero. O sistema pode então amplificar o viés discriminatório de gênero da empresa sem haver sido projetado para isso. É como se a “criatura” ganhasse “vida própria” diante de seus “criadores” porque simplesmente foi capaz de “aprender” a discriminar e, nesse círculo vicioso, pouco importa o que os responsáveis pela concepção e *design* do *software* pensavam.

Será então que o risco desse novo tipo de discriminação, a *discriminação algorítmica*, indica a superioridade da decisão exclusivamente humana em questões jurídicas importantes como prender ou não prender cautelarmente um réu, conceder ou não conceder um empréstimo, contratar ou não contratar um empregado? Será que esse risco de discriminação algorítmica sugere que decisões exclusivamente humanas são tecnicamente superiores às baseadas no uso de *machine learning*, devendo a legislação simplesmente proibir o uso de inteligência artificial em processos decisórios jurídicos com grande impacto para os seres humanos?

A resposta a esses problemas está longe de ser trivial. Dúvidas como essas levaram os cientistas da computação à criação de uma nova área de pesquisa transdisciplinar, denominada *machine learning and fairness* (aprendizado de máquina e equidade)⁴ ou simplesmente *algorithmic fairness* (equidade algorítmica). Nela são sugeridas técnicas e critérios para a avaliação crítica dos al-

goritmos e dados utilizados por *softwares* com o objetivo de propor soluções que minimizem os riscos concretos de discriminação algorítmica nas diversas aplicações dessa tecnologia. Com amparo na revisão dessa literatura, este artigo objetiva apresentar ao público da área jurídica e das Ciências Sociais em geral as principais discussões sobre equidade em sistemas computacionais. Mais especificamente, demonstrará como operam modelos de classificação em *machine learning*, indicará quais são os principais problemas decorrentes da adoção de critérios para a avaliação de equidade algorítmica e, com fundamento na apresentação de resultados de pesquisas empíricas desenvolvidas na Ciência da Computação, Psicologia e Economia, discutirá as possíveis vantagens de sistemas automatizados de decisão baseados em *machine learning*, quando comparados com o *status quo* de deixar todo o processo decisório nas mãos da percepção subjetiva humana. Esperamos, ao final, confirmar a hipótese do trabalho de que, a despeito dos problemas reportados pela literatura, o uso de *machine learning* não só representa uma vantagem em termos de acurácia, como pode até mesmo minimizar a ocorrência de discriminações sociais decorrentes de julgamentos exclusivamente humanos em aplicações relevantes para o Direito e para a sociedade em geral.

Para sustentar essa hipótese, o trabalho foi dividido em três seções. Na primeira, introduziremos conceitos básicos de *machine learning* para o público da área jurídica e das Ciências Sociais. O objetivo é fazer o leitor compreender, com alguma discussão teórica e exemplos, como funcionam modelos de classificação em inteligência artificial. A segunda seção do artigo apresentará aplicações de modelos de classificação no Direito. Utilizaremos como mote para discussão o debate norte-americano sobre equidade e avaliação do risco de reincidência

⁴ Traduzimos *fairness* como “equidade”, embora os cientistas da computação usem o termo de modo mais genérico, como sinônimo também de “justiça”, “não discriminação” ou “correção” sob o ponto de vista ético.

de réus em ações criminais. Esse é o momento em que serão problematizados os critérios de equidade comumente utilizados pela literatura em equidade algorítmica, especialmente o *balanceamento das taxas de erro* e a *calibragem*. A terceira seção, por fim, discutirá se, diante dos problemas salientados, há alguma vantagem no uso de *machine learning* para a tomada de decisão em aplicações jurídicas. Metodologicamente, será o momento de revisar os resultados de pesquisas empíricas recentes sobre as vantagens de decisões automatizadas, ao menos quando comparadas com o julgamento exclusivamente humano.

2 Modelos de classificação em *machine learning*: treinamento, testagem, inferência e outros conceitos básicos da inteligência artificial

A compreensão da natureza dos problemas em torno do uso de técnicas de *machine learning* exige uma ideia precisa de como esses modelos funcionam. Para isso, começaremos por um exemplo didático de classificação de imagens com o uso de um algoritmo de *machine learning* baseado em “redes neurais convolucionais” (*convolutional neural networks*), um tipo de estrutura (arquitetura) de “neurônios artificiais” apropriado ao processamento de imagens apresentadas a seguir.

Suponha-se, por exemplo, que desejemos reconhecer, por meio de um computador, se a imagem de determinado animal é de um gato.⁵ Em *machine learning*, isso pode ser feito se ensinarmos o sistema a identificar gatos em fotos.

⁵Essa tarefa foi desenvolvida com a linguagem de programação Python e as bibliotecas FastAi e PyTorch, de acordo com as orientações técnicas de Howard e Gugger (2020, p. 67).

Para isso, temos que montar um grande arquivo, em nosso computador pessoal, preferencialmente com milhares de imagens de animais. Subdividimos então esse arquivo em duas outras pastas: a primeira, o *training data* (dados para treinamento), será usada para ensinar o sistema a distinguir gatos de outros animais durante uma *fase de treinamento*; a segunda, o *test data* (dados para testagem), servirá para testar se efetivamente o modelo matemático estimado aprendeu a fazer essa distinção numa espécie de *fase de avaliação*.⁶

Há uma forte analogia aqui com o que ocorre em nosso cotidiano escolar: primeiramente, aprendemos algum assunto por meio do estudo e, em momento posterior, fazemos testes que avaliam nossa capacidade de acertar. Nos modelos de *machine learning*, o sistema funciona inspirado nessa ideia e, durante o aprendizado, os erros são usados pelo sistema para sua própria correção. Ou seja: o sistema não só treina como também é capaz de aprender com seus erros, minimizando-os.

Para a tarefa de classificação de fotos, usaremos um banco público de imagens, o Oxford-IIIT Pet Dataset (PARKHI; VEDALDI; ZISSERMAN; JAWAHAR, [20--]).⁷ Nesse banco, há 4.978 fotos digitais de cachorros e 2.371 de gatos, classificadas por raças, que serão usadas para treinarmos e testarmos a capacidade efetiva de o sistema aprender a classificar uma nova imagem como um gato. Após o treinamento e a testagem do aprendizado com o uso de imagens desse banco, obtivemos um modelo matemático

⁶Na prática, não é necessário dividir em duas pastas. Programas podem fazer esse trabalho. Poderíamos, por exemplo, reservar 90% das fotos como *training data* e as 10% restantes para *test data*. No exemplo a ser dado, usamos 30% das imagens para a testagem do aprendizado do modelo.

⁷De acordo com o *site*, o banco de imagens pode ser usado para fins comerciais ou não sob a licença da Creative Commons (Attribution-ShareAlike 4.0 International – CC BY-SA 4.0).

que permite ao sistema reconhecer se uma nova foto é de um gato ou não. Por exemplo, apresentamos a Figura 1 ao modelo matemático de *machine learning* e este classificou corretamente a imagem como a de um gato com 100% de probabilidade.

Figura 1

Gato. O modelo de *machine learning* classifica corretamente essa imagem como a de um gato (com 100% de probabilidade)



Fonte: elaborada pelo autor.

A imagem da Figura 1, contudo, é trivial. Explicitamente, estamos diante da foto de um gato. Tentamos então complicar a tarefa de

reconhecimento de imagens apresentando a nosso modelo a imagem da Figura 2. Como a face do animal não é revelada, a tarefa de classificação é um pouco mais difícil que a anterior.

Figura 2

Gato com face ocultada. O modelo de *machine learning* classifica corretamente essa imagem como a de um gato (com 99,84% de probabilidade)



Fonte: elaborada pelo autor.

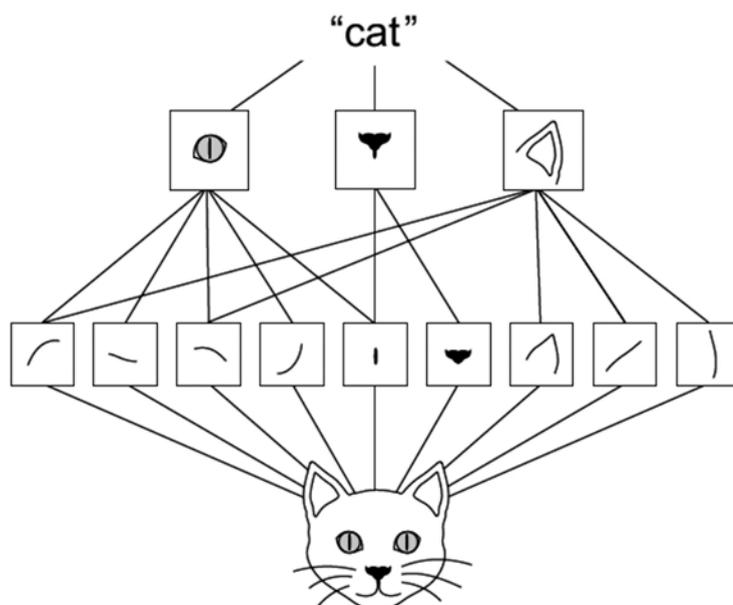
Mais uma vez, o modelo matemático classificou a imagem corretamente como a de um gato; mas, como a tarefa foi um pouco mais difícil que a anterior, a probabilidade de ser um gato foi estimada em 99,84%. A probabilidade de classificar uma nova imagem como a de um gato, portanto, caiu um pouco; ainda assim, a classificação foi correta.

Essa capacidade de aprender a classificar a imagem corretamente ocorreu graças à estrutura de *deep learning* utilizada por este autor para treinar e testar o modelo. Nessa estrutura, cada imagem dentre as milhares fotos de gato do Oxford-IIIT Pet Dataset é analisada em seus mínimos detalhes, os quais são armazenados em níveis (*layers*) com sucessivos filtros organizados em forma análoga a uma rede. Pormenores técnicos desse processo não são objeto deste artigo, mas a Figura 3, reproduzida por Chollet (2018, p. 122), dá uma ideia de como

características (*features* ou atributos) dos gatos são armazenadas nessas espécies de “neurônios” artificiais.

Figura 3

Rede neural com *deep learning*



Fonte: Chollet (2018, p. 123).

Esse tipo de estrutura possibilita a identificação de padrões nas imagens, tais quais linhas, curvas, focinhos, vibrissas, orelhas, patas, suas possíveis cores e gradientes. Em *deep learning*, esses padrões são reconhecidos automaticamente pelo modelo, permitindo que o sistema represente desde características mais concretas (ex.: um pequeno pedaço da garra, uma vibrissa) até conceitos mais abstratos (ex.: expressões faciais de medo ou de raiva). Os níveis (*layers*) que armazenam informações sobre características de determinado objeto são construídos automaticamente pelo próprio modelo e este pode ainda identificar estruturas, relações ou padrões jamais observados por seres humanos, assim como ignorar informações irrelevantes para a tarefa de classificação (LECUN; BENGIO; HINTON, 2015).

A despeito da complexidade dessa tecnologia, o modelo pode falhar por diferentes razões. Para demonstrarmos tal fato, dificultamos ainda mais a tarefa do modelo e apresentamos um desenho infantil de gato na Figura 4.

Figura 4

Desenho infantil de um gato. O modelo de *machine learning*, incorretamente, não reconhece essa imagem como a de um gato. Estima ser muito pequena a probabilidade de ela representar um gato: apenas 4,4%



Fonte: elaborada pelo autor.

Desta vez, o modelo de *machine learning* não conseguiu identificar que se tratava de um gato. Simplesmente classificou como de apenas 4,4% a probabilidade de essa foto ser de um gato e, com isso, concluiu incorretamente que a imagem não seria de um gato. A pergunta é: por quê?

Como vimos, nosso modelo aprendeu a distinguir gatos de outros animais por meio de *inputs* de um banco de dados com imagens reais de gatos e cachorros. Como o modelo não foi treinado e testado em desenhos infantis, não pôde aprender a identificar adequadamente gatos em desenhos elaborados por crianças. Assim, se treinarmos modelos de *machine learning* com *inputs* de outro tipo ou de má qualidade, a capacidade de classificar novas informações, denominada tecnicamente de *inferência*, será muito ruim ou ao menos limitada ao que foi aprendido. Existe ainda outra razão de ordem técnica para o erro: em nosso modelo, a decisão por classificar a imagem como de um gato foi diretamente influenciada pela probabilidade de a imagem corresponder ao que foi aprendido a partir do treinamento e testagem em imagens reais de cachorros e gatos. Assim, se o modelo estimar como *alta* a probabilidade de a nova imagem corresponder a um gato, concluirá que a imagem é de um gato; se, por outro lado, a probabilidade de ser de um gato for estimada como muito *baixa*, o modelo concluirá que a nova imagem não é de um gato.

Esse tipo de problema em que se procura obter uma classificação conclusiva (ex.: é um gato ou não?) com base em um número (ex.: 95% de probabilidade) é um dos mais comuns em *machine learning*, e os modelos que procuram resolvê-lo recebem o nome intuitivo de *modelos de classificação* (MURPHY, 2012, p. 3). Num modelo de classificação, verifica-se, por meio de um escore (um número qualquer), se o objeto a ser classificado (ex.: foto) pertence ou não a determinada *categoria* (*label* ou *target*) (ex.: ser um gato). Se o número indicado sugerir a maior probabilidade de o objeto pertencer à categoria, isso significa que o modelo deve classificar esse objeto dentro dessa categoria (ex.: a foto é de um gato com 80% de probabilidade de acerto).

Possível exemplo de modelos de classificação é o uso de inteligência artificial para decidir sobre concessão de empréstimos a pessoas físicas. Imagine-se que um banco deseja avaliar se deve ou não emprestar dinheiro a um cliente e, para isso, usa suas informações pessoais como *histórico de pagamento de contas, idade, renda mensal e padrões de consumo* observados em compras de cartão de crédito para, por meio de um modelo de *machine learning*, decidir se empresta ou não alta quantia ao cliente. Nesse caso, o sistema estimará o risco de inadimplência do cliente para que o gerente tome a decisão de emprestar ou não com base na probabilidade estimada de o cliente pagar ou não pagar o empréstimo no futuro. Se a probabilidade de inadimplência (escore) for calculada como alta, o sistema classificará o cliente como “alto risco” de inadimplência; se for baixa, classificará o cliente como “baixo risco”. Com base nesse número estimado, o gerente decidirá se emprestará ou não o dinheiro. Outro exemplo seria o uso de informações pessoais de candidatos a vagas de emprego para estimar se serão bons empregados ou não no futuro. Se

o sistema estimar que o empregado terá “alta produtividade”, a seção de recursos humanos da empresa poderá usar esse escore para selecionar o candidato para uma entrevista de emprego; do contrário, jamais o contratará.

Em suma, nesses dois exemplos, modelos de classificação são usados para orientar seres humanos a tomarem decisões com base num escore que avalia o risco de inadimplência de um cliente ou a probabilidade de um candidato a emprego ser produtivo futuramente no trabalho. Aparentemente, como esses cálculos são baseados em informações objetivas dos próprios clientes ou dos candidatos a emprego, evitariam que o banco ou a empresa de vendas discriminassem pessoas. A lógica subjacente ao mundo real, contudo, não é tão simples, pois as informações (*inputs*) utilizadas para alimentar sistemas de inteligência artificial podem estar associadas a estereótipos, preconceitos e políticas discriminatórias latentes na sociedade, que podem ser refletidas pelo modelo de *machine learning* numa espécie de “espelhamento” dos problemas sociais.

3 Inteligência artificial como espelho da sociedade: sistemas de classificação do risco de reincidência em processos criminais e critérios de equidade

Nesta seção, discutiremos como modelos de classificação baseados em *machine learning* podem refletir vieses sociais não antevistos pelos programadores e analistas de dados. Para ilustrarmos a discussão, tomaremos, como ponto de partida, o debate norte-americano sobre a adoção de sistemas de classificação de risco de acusados em processos criminais.

Há muitos anos, o Poder Judiciário em vários estados dos EUA tem usado um *software*

comercial da empresa Northpointe para classificar o risco de réus reincidirem, ou seja, cometerem novos crimes.⁸ Com um modelo de *machine learning*, o sistema denominado Compas⁹ avalia o risco de reincidência de determinado réu, sugerindo um escore que, após determinado limiar (*threshold*), classifica se o acusado tem alto risco de cometer um novo delito nos próximos dois anos. O juiz envolvido no caso, por sua vez, com amparo na classificação de risco, decide se o réu merece ser preso ou se deveria ser fixada uma pena alternativa em lugar da simples prisão. A lógica de tal decisão é simples: se o réu for classificado como de “alto risco” de reincidência, o juiz tende a mantê-lo preso; se o risco for baixo, pode soltá-lo e fixar uma pena alternativa pecuniária.

Em março de 2015, a empresa responsável pelo desenvolvimento e manutenção do Compas informava que a avaliação de risco de reincidência baseava-se em variáveis que mensuravam características como idade do réu, idade quando da primeira prisão, *número de passagens pela prisão* e violação de liberdade condicional anterior. O *software* também permitia a produção de várias outras avaliações de risco baseadas em diferentes teorias criminológicas (NORTHPOINTE, 2015, p. 28, 32). Em maio de 2016, uma organização não governamental dedicada ao jornalismo investigativo, a ProPublica, divulgou uma análise crítica dos dados de avaliação de risco produzidos pelo Compas e chegou à conclusão de que réus negros tinham *duas vezes mais chances* de serem incorretamente classificados como de alto risco quando comparados com *réus brancos* em circunstâncias análogas (ANGWIN; LARSON; MATTU; KIRCHNER, 2016; LARSON; MATTU; KIRCHNER; ANGWIN, 2016). Isso aumentaria, segundo a ProPublica, a probabilidade de os juízes, ao usarem essa informação de avaliação de risco, determinarem a prisão de negros em maior proporção que de brancos, mesmo que ambos os grupos possuam perfis criminais semelhantes. Como consequência, o modelo do Compas poderia fazer com que a discriminação se perpetuasse e até se ampliasse, pois o uso dos escores como elemento de informação para a tomada de decisão tenderia a fomentar novas prisões indevidas de negros no futuro em um círculo vicioso que a literatura denomina *feedback loop*. Se esse fosse o caso, “quanto mais o modelo é usado, mais enviesados os dados se tornam, fazendo o modelo mais enviesado ainda e assim por diante” (HOWARD; GUGGER, 2020, p. 83, tradução nossa).¹⁰

⁸ O Compas hoje está sob a responsabilidade da empresa Equivant (NORTHPOINTE..., c2022).

⁹ *Compas* significa *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions* (em português, Gestão de Perfis de Infratores para Fixação de Penas Alternativas).

¹⁰ No original: “the more the model is used, the more biased the data becomes, making the model even more biased, and so forth”.

Para diversos críticos, esses problemas e riscos latentes sugerem que a inteligência artificial não cumpra a promessa de ser objetiva no trato de questões sociais relevantes (DONEDA; MENDES; SOUZA; ANDRADE, 2018) e poderia ainda ser utilizada a serviço de narrativas e práticas de opressão contra grupos vulneráveis, minorias étnicas e pessoas mais pobres, o que reforçaria a necessidade urgente de sua contenção e regulação (BENJAMIN, 2019; CRAWFORD, 2021; O'NEIL, 2016). Não é simples, contudo, apontar se há ou não discriminação deliberada num sistema concreto como o Compas, dado que ele não foi desenhado para ter aversão a negros. Um exemplo mais próximo da realidade brasileira examinará esse ponto.

Imagine-se que, numa ação criminal, o Ministério Público requeira ao juiz a prisão cautelar de um réu sob o argumento de que existe risco concreto de reiteração de práticas delituosas violentas pelo acusado, como um novo homicídio ou latrocínio. Com amparo nos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal (CPP), o juiz então terá que decidir se decreta a prisão cautelar ou permite que o réu responda em liberdade. Normalmente, tais decisões são tomadas com base numa análise judicial idiossincrática das circunstâncias do caso. Suponha-se então que o Poder Judiciário use um *software* de avaliação do “perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado” (art. 312, *caput*, do CPP (BRASIL, [2022a])) para analisar se o acusado é de alto risco ou não.

De acordo com esse sistema, os acusados podem receber uma espécie de “nota”, o escore, que avalia de 0% a 100% sua probabilidade de voltar a praticar delitos. Acusados que recebam uma “nota” de 0% a 40% seriam considerados como de *baixo risco* de praticar novos delitos; acusados que recebam escores superiores ao limiar (*threshold*) de 80%, por outro lado, representam *alto risco* de nova delinquência. Avaliações

intermediárias, com “notas” superiores a 40% e inferiores a 80%, significam que os acusados teriam um *risco moderado* de voltar a delinquir. Se o acusado do nosso exemplo recebeu um escore superior ao limiar, como 90%, isso significa dizer que foi considerado como de “alto risco” pelo sistema de avaliação e, nesse caso, se o juiz levar em consideração esse escore, decretará a prisão do acusado em atenção ao elevado risco sugerido pelo sistema. A pergunta é: se o acusado for negro, o sistema discriminou o acusado nesse caso concreto? Ao analisar a situação concreta de réu, o algoritmo foi “racista”?

A resposta a essa pergunta não é simples e depende do critério de equidade utilizado para avaliar a decisão. No mundo ideal, o algoritmo de *machine learning* seria capaz de sempre acertar suas análises de risco, classificando como de “alto risco” os acusados extremamente perigosos e como de “moderado” ou “baixo risco” os demais acusados. No mundo real, contudo, assim como humanos, algoritmos podem produzir dois tipos de erro: (1) classificar como de *alto risco* (escore acima do limiar) um acusado *não perigoso*; e/ou (2) classificar como de *moderado ou baixo risco* (escore menor ou igual ao limiar) um acusado *perigoso*. O primeiro tipo de erro é denominado *falso positivo* e o segundo é conhecido pelo nome *falso negativo* (KRZANOWSKI; HAND, 2009, p. 8-9).

No debate ProPublica, a organização não governamental denunciou que o sistema seria propenso a classificar negros como réus de maior risco quando comparados com os brancos. Por outras palavras, a discriminação ocorreria porque a probabilidade de um negro ser classificado incorretamente como de maior risco seria duas vezes superior à probabilidade de um branco ser considerado de maior risco em condições análogas. O sistema, portanto, teria uma proporção de falsos positivos superior para negros, errando mais ao classificá-los.

Seguindo essa lógica no nosso exemplo da determinação de uma prisão cautelar no Brasil, a discriminação racial ocorreria se o sistema classificasse incorretamente uma proporção maior de negros quando comparados com a de brancos, pois teria sido violado um critério de equidade denominado *balanceamento das taxas de erro* (*error rate balance*). Nesse balanceamento, exige-se que a proporção de erros de classificação dos grupos dominante e vulnerável seja a mesma (VERMA; RUBIN, 2018). Se o sistema erra mais na classificação de risco de negros, quando comparada com a classificação de risco dos brancos, viola-se esse critério de equidade de acordo com este quadro geral de falhas:¹¹

(1) maior taxa de falsos positivos dos negros em relação aos brancos, com o efeito indesejável de uma proporção maior de prisões cautelares de acusados negros classificados *incorretamente* como perigosos, quando *de fato* não seriam de alto risco; e

(2) menor taxa de falsos negativos dos negros em relação aos brancos, ou seja, uma proporção maior de brancos livra-se da prisão por ter sido classificada *incorretamente* como de baixa periculosidade, quando, em verdade, seria de alto risco.

A despeito da clareza dessas consequências díspares (*disparate impact*) para ambos os grupos, é extremamente difícil operar a utilização do critério de balanceamento das taxas de erro, pois para isso o sistema ou os seres humanos teriam que saber, no momento da tomada de decisão, se o acusado avaliado cometeria ou não um crime no futuro. Isso não é possível, pois se o acusado for preso, *não haverá como testar seu perigo real para a sociedade*, sendo impossível avaliar se cometeria ou não um delito no futuro, isto é, se seria um falso positivo; e, se o acusado for solto, poderá cometer novos crimes sem que o aparato repressivo do Estado consiga identificar a autoria do delito nem se o crime existiu. Também é muito difícil calcular a taxa de falsos negativos. Nem o sistema nem o responsável pela tomada da decisão, o juiz, poderão antever como o réu se comportaria no futuro se não houvesse sido preso ou como efetivamente se comportou se foi solto, isto é, se efetivamente não cometeu crimes. Nesse caso, as taxas de falsos positivos e falsos negativos somente podem ser estimadas muito indiretamente por meio de técnicas estatísticas complexas executadas muito tempo após o momento da tomada de decisão e, ainda assim, esses cálculos servem apenas para uma análise crítica de como o fluxo de justiça vem tratando os acusados historicamente; mas

¹¹ Com o objetivo de ser mais didática para o público da área jurídica, a definição de *balanceamento das taxas de erro* foi apresentada de forma intuitiva nesta seção. No apêndice, apresenta-se a definição formal para públicos das demais áreas, sobretudo da Ciência da Computação, da Economia e da Ciência Política.

não é viável usá-los cotidianamente no momento da tomada de decisão, quando realmente poderia ser de extrema relevância.

Em resposta às críticas da ProPublica, a empresa responsável pelo *software* lançou um relatório refutando a alegação de viés racial do sistema Compas e, de modo geral, argumentou que as diferenças entre brancos e negros nas probabilidades de serem erroneamente classificados como de alto risco ocorreram porque a proporção de infrações é maior na população negra, o que sugere que as diferenças de avaliação de risco são explicáveis por *diferenças estatísticas reais entre os dois grupos* (DIETERICH; MENDOZA; BRENNAN, 2016, p. 8). Essas diferenças entre “brancos” e “negros”, portanto, não foram “fabricadas” artificialmente pelo sistema de *machine learning*; seriam uma simples decorrência de ser prevalente o encarceramento de negros nos EUA. Cor ou raça, portanto, não foram explicitamente levadas em consideração na predição do risco de reincidência; mas, como negros tendem a ter uma incidência de prisão mais alta que brancos no universo de sua população, o sistema “espelhou” tais diferenças sociais em seus escores e capturou a discriminação racial pré-existente na sociedade norte-americana.¹²

Análises estatísticas posteriores também detectaram que não haveria viés contra negros no sistema Compas, ao menos quando analisado à luz de critérios de equidade tradicionalmente reportados pela literatura. Flores, Bechtel e Lowenkamp (2016), por meio de várias técnicas estatísticas, não encontraram viés contra negros nas estimativas de probabilidade de reincidência do sistema, pois, para qualquer valor dos escores de avaliação de risco, *demonstraram que tanto brancos como negros tiveram uma probabilidade semelhante de reincidência*. Isso significa dizer que o sistema de *machine learning* obedecia ao critério de equidade denominado *calibragem (calibration)*.¹³

Não é difícil perceber que, a depender do critério de equidade utilizado, é possível obter conclusões bem diferentes sobre eventuais práticas discriminatórias do sistema. Assim, não se registram vencedores e vencidos no debate iniciado pela ProPublica em 2016, pois as grandes divergências

¹² Pode-se defender que, para solucionar esse problema da maior proporção de prisões sobre a população negra, seria necessário um limiar diferente para brancos e negros no sistema Compas. Usando nosso exemplo da prisão cautelar, poder-se-ia definir que os negros fossem considerados de alto risco somente se tivessem uma “nota” maior que 90; em contrapartida, para os brancos, bastaria que tivessem um escore de 80 para os classificar como de alto risco. Não é difícil perceber um dilema jurídico forte nessa solução, pois, para corrigir as distorções, seria necessário ser mais duro com os brancos, baseando-se de forma explícita no critério racial. Perceba-se que aqui não é a sociedade que cria a discriminação, mas sim o próprio algoritmo. Usando dados do Compas, Corbett-Davies, Pierson, Feller, Goel e Huq (2017) chegaram à conclusão de que diferentes limiares por raça levam a uma maior prisão de brancos e maior soltura de negros que em tese teriam o mesmo risco de reincidência, ou seja, teriam o mesmo perfil criminológico.

¹³ A definição formal de *calibragem* está no apêndice deste artigo.

nas conclusões dos autores dos diferentes estudos dependem do *critério de equidade* utilizado como parâmetro de avaliação crítica. Como existem muitos, mais de vinte na literatura (ŽLIOBAITĖ, 2017; VERMA; RUBIN, 2018; HUTCHINSON; MITCHELL, 2019; CATON; HAAS, 2020), são esperadas conclusões extremamente contraditórias a depender do modo como se mensura a discriminação entre grupos dominantes e vulneráveis. Não existe, portanto, um só critério de aferição de equidade que possa ser utilizado de forma consensual em qualquer domínio social ou econômico e, ainda que o sistema “passe” em alguns testes de equidade, jamais se deve interpretar que foi expedido um “certificado de que o sistema é justo”, dadas as diferentes conclusões a que se pode chegar a depender do critério de avaliação adotado (BAROCAS; HARDT; NARAYANAN, 2019, p. 121, tradução nossa).¹⁴

Como complicador, Kleinberg, Mullainathan e Raghavan (2016) e Chouldechova (2017) demonstraram matematicamente que, ressalvadas situações muito improváveis, os critérios de equidade são inconciliáveis, isto é, apresentam *trade-offs*. Em linguagem simples, isso significa que se o sistema satisfaz aos critérios de calibragem, é impossível cumprir o requisito do balanceamento das taxas de erro; se o sistema gera um balanceamento das taxas de erro, será impossível cumprir o critério da calibragem. Em suma, os critérios não são apenas diferentes: são incompatíveis. Seria, pois, impossível criar um sistema que satisfizesse concomitantemente a todos os critérios de equidade e, por essa razão, quando se avalia se um sistema computacional cumpre requisitos de equidade, há sempre a necessidade de explicitarmos previamente na metodologia o critério utilizado para auditar criticamente a equidade algorítmica, pois o uso

de outros critérios de avaliação poderá levar a conclusões bem diferentes. Consequentemente, a rigor não faz sentido afirmar que um sistema é ontologicamente predestinado a violar critérios de equidade em geral.

Por outro lado, não parece haver dissenso sobre o quanto os dados informados aos sistemas computacionais podem explícita ou implicitamente afetar, de modo negativo, modelos de *machine learning*. Sem dúvida, os dados sobre as proporções de encarceramento nos EUA indicam maior repressão sobre a população negra e, embora as causas possam ser objeto de profunda controvérsia, devemos esperar que o sistema “espelhe”, por meio de uma análise algorítmica, essa estrutura discriminatória subjacente. Como o Departamento de Justiça dos EUA admitiu formalmente (NATIONAL INSTITUTE OF CORRECTIONS, 2017, p. 18), as avaliações de risco não têm como oferecer uma solução para problemas como maior proporção no encarceramento de minorias. Elas apenas mapeiam o risco real de novas prisões por reincidência, mas não têm como coibir uma grande incidência de repressão policial sobre comunidades negras. É possível ainda que brancos cometam uma proporção superior de crimes de outro tipo não identificados pelo aparato repressivo do Estado justamente porque a polícia tem um viés contra negros em áreas geográficas segregadas.

Acrescente-se a esses problemas a impossibilidade de saber se o sistema foi discriminatório com um acusado específico – o indivíduo. Normalmente os critérios de equidade definidos pela literatura preocupam-se com a discriminação decorrente do pertencimento a um grupo (ex.: latinos, LGBTQ+, mulheres). Uma avaliação de risco como a do Compas ou do nosso exemplo da prisão cautelar, entretanto, classifica determinado acusado ao avaliar o comportamento estatístico passado de outros réus e de grupos em centenas ou, preferencialmente, milhares de

¹⁴No original: “if a system passes a fairness test, not interpret it as a certificate that the system is fair”.

casos criminais. Ao reportar uma avaliação de risco, o sistema produz uma representação estatística do réu, ou seja, uma representação de como a média de acusados com as características pessoais do indivíduo avaliado (ex.: idade, passagem anterior pela polícia, tipo de crime supostamente cometido) se comportou no meio social, isto é, se voltou ou não a delinquir. A informação não é uma representação exata de uma pessoa física concreta, mas um modelo estatístico idealizado do ser humano avaliado.

Diante de todos esses problemas, o uso de modelos de *machine learning* teria alguma vantagem? Deveríamos insistir no uso da inteligência artificial ou simplesmente rejeitar a tecnologia em benefício da opção *default*, o *status quo*, de somente nos valermos do julgamento humano em processos decisórios importantes para o Direito e para a sociedade em geral?

4 Julgamento humano vs. *machine learning*: razões para apostar na futura automatização do processo decisório em aplicações jurídicas

As limitações apontadas anteriormente podem levar críticos a refutar o uso de *machine learning* em favor exclusivo do julgamento humano em qualquer circunstância. Poder-se-ia concluir que o caminho a seguir, para combater os problemas salientados na seção anterior, seria não usar processos automatizados em decisões jurídicas relevantes em razão dos riscos latentes de “espelhamento” dos preconceitos, vieses e discriminações nos resultados produzidos pelos sistemas computacionais. Os riscos de erro e o medo podem sugerir que se deveria evitar o uso dessa tecnologia na tomada de decisões jurídicas com consequências relevantes para os seres humanos.¹⁵ A alternativa ao uso de algoritmos, entretanto, é simplesmente manter o *status quo* de continuar a conviver com dois outros tipos de risco com os quais lidamos há milhares de anos em nosso cotidiano – o risco da *decisão pouco refletida* (baseada no “Sistema 1”¹⁶) e o risco da *decisão inconsistente*.

Sobre o primeiro, é comum acharmos que a discriminação é apenas consequência da vontade deliberada de tratar desigualmente determinado grupo. Nesse tipo de abordagem, quem discrimina teria uma espécie de

¹⁵ Ver, por exemplo, a abordagem do recente documentário *Coded Bias*, de 2020, disponível na plataforma Netflix (CODED..., 2020).

¹⁶ Na linguagem da Psicologia Experimental e da Economia Comportamental, a *decisão pouco refletida* é movida pelo “Sistema 1” de nosso modo de pensar (KAHNEMAN, 2012, p. 29). Esse tipo de sistema mental é responsável por um raciocínio automatizado, impulsivo ou com baixo nível reflexivo. Em contraposição, como seres humanos temos também um “Sistema 2” em nosso cérebro, responsável por uma forma de pensar baseada em decisões analíticas bem refletidas e ponderadas.

“gosto por discriminação” (BECKER, 1971, p. 16) que o levaria a discriminar para assegurar preferências individuais ou de grupo. Pesquisa de Adida, Laitin e Valfort (2016) sobre a discriminação contra imigrantes muçulmanos na França exemplifica esse tipo de discriminação deliberada: em interações sociais entre franceses e imigrantes muçulmanos nas contratações de mão de obra, equipes de recursos humanos das empresas preferem contratar trabalhadores cristãos para não terem que lidar com dificuldades e custos decorrentes da prática religiosa cotidiana dos muçulmanos no ambiente da empresa (ex.: jejum durante o Ramadã, uso de véu por mulheres, orações frequentes e rituais durante o expediente de trabalho).

Entretanto, nessa mesma pesquisa, experimentos sociais, entrevistas etnográficas e análises estatísticas revelaram que, em situações corriqueiras, muçulmanos são vistos como ameaça de forma gratuita pelo cidadão francês, havendo vários componentes “irracionais” de discriminação que não são claramente percebidos pelos atores envolvidos nesses processos sociais (ADIDA; LAITIN; VALFORT, 2016, cap. 6-7). Isso significa que um fator como “raça” pode influenciar a sentença condenatória em processos criminais, fazendo com que negros recebam penas mais duras quando comparados com brancos em formas mais sutis de racismo decorrentes da presença de estereótipos não explicitados (SWEENEY; HANEY, 1992) ou sequer racionalizáveis. O juiz pode, então, decidir de modo discriminatório sem que tenha propriamente consciência de que as diferenças raciais influenciaram seu julgamento subjetivo.

Quanto ao segundo risco, o da inconsistência decisória, é comum a crença de que uma mesma pessoa, autoridade ou órgão deveria tomar decisões aproximadamente idênticas ao julgar casos análogos sucessivamente ao longo do tempo. A despeito desse ideal normativo, é possível que o mesmo responsável pela decisão trate situações análogas de modo completamente diferentes, como o faria um professor que pontuasse alunos com notas bem distintas em provas com respostas análogas ou o juiz que, para situações semelhantes, decidisse de modo diferente.

Em pesquisa de ampla repercussão na Ciência Política, na Psicologia Experimental e na Economia Comportamental, Danziger, Levav e Avnaim-Pesso (2011) constataram que a probabilidade de decisões favoráveis aos réus presos caía abruptamente após um longo período de trabalho e em momento imediatamente anterior à refeição. De modo surpreendente, após a refeição a probabilidade de decisões favoráveis voltava a subir radicalmente para seu patamar esperado e, de acordo com os achados da pesquisa, esses fatores fisiológicos influenciaram decisões judiciais extremamente relevantes sobre a liberdade dos réus num processo que com muita dificuldade se pode considerar “racional”.

Num primeiro olhar, talvez o leitor não perceba a relevância desse tipo de pesquisa, mas poderíamos explicitar os resultados de outra forma menos sutil: sem usar a terminologia jurídica, os autores indicam que fome, cansaço e humor figuram como uma espécie de fonte “não formal” do Direito, pois afetam a produção da norma jurídica de decisão num caso concreto, mesmo em tema socialmente relevante como a prisão de um acusado.

Diferentemente dos julgamentos humanos, algoritmos de *machine learning* não têm “gosto por discriminação”, não precisam ser influenciados por estereótipos e seus resultados não são afetados por limitações fisiológicas ou psíquicas. Têm ainda a vantagem de poderem ser desenhados para explicitar com precisão o processo decisório subjacente (KEARNS; ROTH, 2020, p. 191), que jamais é de todo revelado por decisões humanas.

Ademais, a literatura registra que modelos automatizados têm maior capacidade de corretamente classificar um objeto como *verdadeiro positivo* e/ou *verdadeiro negativo* em ambientes permeados por incerteza, imprevisibilidade e complexidade. Kleinberg, Lakkaraju, Leskovec, Ludwig e Mullainathan (2017), ao analisarem decisões judiciais de 758.027 acusados presos na cidade de Nova Iorque entre 2008 e 2013, chegaram à conclusão de que um modelo de *machine learning* diminuiria significativamente erros de classificação de risco dos acusados pelos juízes. Os autores estimaram que, se tivesse sido utilizado um modelo de inteligência artificial adequado à classificação de risco, a taxa de encarceramento poderia ter caído 42%, ou seja, poderia haver um encarceramento muito menor de seres humanos em razão da capacidade de os modelos identificarem corretamente acusados de maior risco.

Estudos em áreas tão distintas como diagnósticos de doenças, esportes, previsão de comportamentos violentos e preços futuros de vinhos também confirmam que modelos desse tipo são dotados de acurácia igual ou frequentemente superior ao julgamento humano tradicional (MEEHL, 1954; GROVE; ZALD; LEBOW; SNITZ; NELSON, 2000; KAHNEMAN, 2012, p. 278; TETLOCK; GARDNER, 2015, p. 27), com a vantagem de podermos aperfeiçoar constantemente algoritmos e análise de dados para desempenharem melhor seus papéis.

Embora não possam ser estendidos automaticamente a todos os domínios da vida social ainda não testados, esses resultados servem como alerta de que, para determinadas atividades e decisões, modelos computacionais podem ter desempenho superior ao humano e, como a discriminação social contém nuances difíceis de aferir, algoritmos podem ter um papel relevante nesse processo, pois sujeitam-se a processos contínuos de correção, desenvolvimento e auditoria para não refletirem vieses sociais.

Exemplos: um modelo de reconhecimento facial de criminosos que erra mais ao identificar peles negras pode ser treinado em tonalidades de cor mais escura com o objetivo de diminuir erros de classificação; bancos de dados de contratação de empregados que reflitam vieses de gênero podem ser devidamente tratados para suprimir preconceitos contra a diversidade de gênero. Algoritmos mais complexos podem ser até mesmo desenvolvidos especificamente com essa finalidade. Zemel, Wu, Swersky, Pitassi e Dwork (2013) conseguiram criar um mecanismo de otimização capaz de ofuscar discriminações contra grupos vulneráveis em algoritmos de *machine learning*. Nesse caso, o algoritmo cria uma representação dos dados que remove a influência de variáveis sensíveis, como raça, cor, gênero e classe social. Estritamente, é como se, na tomada de decisão ou classificação, o modelo de *machine learning* aprendesse a corrigir discriminações sociais presentes na própria sociedade.

Podemos ainda usar, subsidiária ou complementarmente, o julgamento humano em conjunto com essas análises em *sistemas computacionais híbridos*. Seria possível, por exemplo, adotar uma estimativa de risco do acusado como a produzida pelo sistema Compas em conjunto com uma estimativa de risco baseada no julgamento humano de um perito judicial ou mesmo de um servidor treinado nesse tipo de avaliação. Ao decidir, o juiz poderia analisar as duas avaliações com o objetivo de fundamentar melhor sua decisão final, e divergências muito grandes de percepção de risco entre o sistema de inteligência artificial e o perito judicial poderiam ser uma sinalização, para o magistrado, de que ele estaria diante de um caso atípico, que mereceria maior atenção na avaliação de risco para a ordem pública. Avaliações similares, por outro lado, poderiam reforçar a convicção do magistrado de que uma decisão compatível com

as sugestões do sistema e do perito estariam no rumo certo. Em modelos de inteligência artificial, poder-se-ia ainda adotar um banco de dados com critérios estatísticos e de avaliação humana subjetiva para aperfeiçoar o algoritmo ou permanentemente alimentar o sistema com informações sobre erros de classificação, para corrigi-lo continuamente.

As possibilidades de correção do fluxo do uso de algoritmos de *machine learning*, portanto, são diversas e não têm limites *ex ante*. Se pesquisas indicarem a superioridade de um algoritmo na tomada de decisão, quando comparado com o simples julgamento humano, a rejeição a uma alternativa potencialmente melhor é equivalente a uma simples “aversão algorítmica” (DIETVORST; SIMMONS; MASSEY, 2015). Por outras palavras, se existir um algoritmo disponível com desempenho igual ou superior ao exclusivo julgamento humano, não há razão *a priori* para não o utilizar, isolada ou conjuntamente, na busca do aperfeiçoamento de processos decisórios relevantes para os seres humanos. Como adverte Kahneman (2012, p. 285) ao enfatizar as ideias de Meehl (1954), pode ser até considerado “antiético apoiar-se em julgamentos intuitivos para decisões importantes se um algoritmo que cometerá poucos erros está disponível”.

5 Conclusão

Este artigo expôs como modelos de classificação em *machine learning* podem ser afetados por discriminações sociais em algumas aplicações de alto impacto jurídico e socioeconômico. Na primeira seção, procuramos explicar ao leitor conceitos básicos de modelos de classificação em inteligência artificial. Em seguida, foram analisados os principais problemas de equidade algorítmica em sistemas de avaliação de

risco de reincidência em processos criminais e a última seção sustentou teoricamente que, diante das limitações do julgamento humano (risco de decisão pouco refletida e/ou inconsistente), algoritmos apresentam inúmeras vantagens que motivam a necessidade de não se descartarem *a priori* suas aplicações em decisões jurídicas relevantes.

Em resposta ao problema suscitado por este artigo, com base na análise dos resultados de pesquisas empíricas demonstramos que decisões automatizadas tendem a ter uma acurácia igual ou superior à do julgamento humano. O que ratifica a hipótese do trabalho de que, mesmo com os riscos de discriminação algorítmica, modelos de *machine learning* não devem ser descartados *aprioristicamente* pela legislação, pois o desempenho do julgamento humano mensurado pelo critério *acurácia* é equivalente ou inferior ao realizado por dispositivos automatizados, sobretudo em temas complexos e permeados de incerteza.

Vimos também que, se algoritmos podem ser continuamente aperfeiçoados, técnicas de *machine learning* podem até representar uma vantagem diante do processo decisório exclusivamente humano, pois são dotadas de aptidão para corrigir distorções que normalmente influenciam a percepção subjetiva da realidade sem que sequer as percebam os atores responsáveis pela tomada de decisão. Por isso, e por ironia, os esforços da literatura sobre equidade algorítmica são justamente dedicados a livrar os sistemas computacionais dos equívocos resultantes da contaminação dos dados por estereótipos, preconceitos, vieses e inconsistências do julgamento exclusivamente humano.

No âmbito da produção legislativa, tais resultados reforçam a tese de que o caminho a ser trilhado não deve ser o da simples rejeição a decisões baseadas em algoritmos, com a proibição de seu uso em complementação ou substituição a julgamentos humanos. Os potenciais riscos da inteligência artificial (FERRARI; BECKER; WOLKART, 2018), a relevância internacional da tecnologia (LEE, 2019) e a impossibilidade de, em democracias constitucionais, haver a simples proibição do uso de modelos de *machine learning* em verdade indicam a necessidade de sua adequada regulação jurídica.

Para isso, não basta apenas adotar o caminho do art. 20 da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) (BRASIL, [2022b]), que prevê genericamente a possibilidade de revisão de decisões automatizadas a pedido do interessado titular dos dados ou, em última análise, a auditoria do sistema.¹⁷ A multiplicidade dos tipos de sistema de *machine learning*

¹⁷ Na Ciência da Computação, a área de pesquisa *privacidade algorítmica* (*algorithmic privacy*), mais afeita à LGPD, não se confunde com a *equidade algorítmica* (*algorithmic fairness*), de maior abrangência e com algoritmos e critérios de avaliação de equidade próprios, embora ambas apresentem vários pontos teóricos de interseção. Ver Kearns e

exigirá que, em cada domínio de aplicação (ex.: saúde, criminal, bancário, contratações trabalhistas), haja uma regulação setorial descentralizada baseada no prévio amadurecimento da discussão teórica e no debate público em torno dos critérios de equidade a adotar para a avaliação crítica da tecnologia, pois os parâmetros adotados na auditoria não são consensuais e exigem uma definição *ex ante* do critério de equidade a ser utilizado – se *balanceamento das taxas de erro, calibragem, paridade estatística* ou qualquer outro dentre os vários existentes na literatura especializada de cada setor.

Fica como sugestão ao leitor, para trabalhos futuros, revisar tais critérios e sugerir a sua utilidade em dado segmento da vida social, política ou econômica, pois é viável concebermos diretrizes para a fixação de um marco normativo de testagem, vigilância social e responsabilização jurídica pela utilização de sistemas de *machine learning*. Como vimos, esses sistemas podem ser aperfeiçoados para que “espelhem” o que há de melhor em nós mesmos, como seres humanos, em lugar de refletirem as discriminações sociais do passado.

Sobre o autor

Ricardo Silveira Ribeiro é doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; procurador federal da Advocacia-Geral da União, Aracaju, SE, Brasil. E-mail: ricardosribeiro1976@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

RIBEIRO, Ricardo Silveira. Inteligência artificial, Direito e equidade algorítmica: discriminações sociais em modelos de *machine learning* para a tomada de decisão. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 59, n. 236, p. 29-53, out./dez. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/236/ril_v59_n236_p29

(APA)

Ribeiro, R. S. (2022). Inteligência artificial, Direito e equidade algorítmica: discriminações sociais em modelos de *machine learning* para a tomada de decisão. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 59(236), 29-53. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/236/ril_v59_n236_p29

Roth (2020), em especial o tratamento diferenciado dessas duas áreas de pesquisa nos capítulos 1 e 2 do livro.

Referências

- ADIDA, Claire L.; LAITIN, David D.; VALFORT, Marie-Anne. *Why Muslim integration fails in Christian-heritage societies*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2016.
- ANGWIN, Julia; LARSON, Jeff; MATTU, Surya; KIRCHNER, Lauren. Machine bias: there's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks. *ProPublica*, [s. l.], May 23, 2016. Disponível em: <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>. Acesso em: 11 jul. 2022.
- BAROCAS, Solon; HARDT, Moritz; NARAYANAN, Arvind. *Fairness and machine learning: limitations and opportunities*. [S. l.]: fairmlbook.org, 2019. Disponível em: <https://fairmlbook.org/>. Acesso em: 11 jul. 2022.
- BECKER, Gary S. *The economics of discrimination*. 2nd ed. Chicago: University of Chicago Press, 1971. (Economics Research Studies of the Economics Research Center of the University of Chicago).
- BENJAMIN, Ruha. *Race after technology: abolitionist tools for the new Jim Code*. Medford, MA: Polity, 2019.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 11 jul. 2022.
- _____. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2022b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 11 jul. 2022.
- BUOLAMWINI, Joy; GEBRU, Timnit. Gender shades: intersectional accuracy disparities in commercial gender classification. *Proceedings of Machine Learning Research*, [s. l.], v. 81, p. 1-15, 2018. Proceedings of the 1st Conference on Fairness, Accountability and Transparency. Disponível em: <https://proceedings.mlr.press/v81/buolamwini18a.html>. Acesso em: 11 jul. 2022.
- CATON, Simon; HAAS, Christian. Fairness in machine learning: a survey. In: ARXIV. [S. l.]: Cornell University, 4 Oct. 2020. DOI: <https://doi.org/10.48550/arXiv.2010.04053>. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/2010.04053>. Acesso em: 11 jul. 2022.
- CHOLLET, François. *Deep learning with Python*. Shelter Island, NY: Manning Publications Co., 2018.
- CHOULDECHOVA, Alexandra. Fair prediction with disparate impact: a study of bias in recidivism prediction instruments. *Big Data*, [s. l.], v. 5, n. 2, p. 153-163, June 2017. DOI: <http://doi.org/10.1089/big.2016.0047>.
- CODED Bias. Direção: Shalini Kantayya. [S. l.]: Netflix, 2020. 1 vídeo (85 min). Disponível em: <https://www.netflix.com/br-en/title/81328723>. Acesso em: 11 jul. 2022.
- CORBETT-DAVIES, Sam; PIERSON, Emma; FELLER, Avi; GOEL, Sharad; HUQ, Aziz. Algorithmic decision making and the cost of fairness. In: INTERNATIONAL CONFERENCE ON KNOWLEDGE DISCOVERY AND DATA MINING, 23., Aug. 13-17, 2017, Halifax, CA. *Proceedings* [...]. New York: Association for Computing Machinery, 2017. p. 797-806. DOI: <https://doi.org/10.1145/3097983.3098095>.
- CRAWFORD, Kate. *Atlas of AI: power, politics, and the planetary costs of artificial intelligence*. New Haven: Yale University Press, 2021.
- DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Extraneous factors in judicial decisions. *PNAS*, [s. l.], v. 108, n. 17, p. 6.889-6.892, Apr. 26, 2011. DOI: <https://doi.org/10.1073/pnas.1018033108>. Disponível em: <https://www.pnas.org/doi/10.1073/pnas.1018033108>. Acesso em: 11 jul. 2022.
- DIETERICH, William; MENDOZA, Christina; BRENNAN, Tim. *COMPAS risk scales: demonstrating accuracy equity and predictive parity*. [S. l.]: Northpointe Inc. Research

Department, 2016. Disponível em: https://go.volarisgroup.com/rs/430-MBX-989/images/ProPublica_Commentary_Final_070616.pdf. Acesso em: 11 jul. 2022.

DIETVORST, Berkeley J.; SIMMONS, Joseph P.; MASSEY, Cade. Algorithm aversion: people erroneously avoid algorithms after seeing them err. *Journal of Experimental Psychology: general*, [s. l.], v. 144, n. 1, p. 114-126, Feb. 2015. DOI: <https://doi.org/10.1037/xge0000033>.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto; MENDES, Laura Schertel; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; ANDRADE, Norberto Nuno Gomes de. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-17, out./dez. 2018. DOI: <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2018.8257>. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/8257>. Acesso em: 11 jul. 2022.

FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Erik Navarro. *Arbitrium ex machina*: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 107, n. 995, p. 635-655, set. 2018.

FLORES, Anthony W.; BECHTEL, Kristin; LOWENKAMP, Christopher T. False positives, false negatives, and false analyses: a rejoinder to “Machine bias: there’s software used across the country to predict future criminals. And it’s biased against blacks”. *Federal Probation*, Washington, DC, v. 80, n. 2, p. 38-46, Sept. 2016. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/federal-probation-journal/2016/09/false-positives-false-negatives-and-false-analyses-rejoinder>. Acesso em: 11 jul. 2022.

GOODFELLOW, Ian; BENGIO, Yoshua; COURVILLE, Aaron. *Deep learning*. Cambridge, MA: MIT Press, 2016. (Adaptive Computation and Machine Learning).

GOOGLE apologises for photos app’s racist blunder. *BBC News*, [s. l.], 1 July 2015. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/technology-33347866>. Acesso em: 11 jul. 2022.

GROVE, William M.; ZALD, David H.; LEBOW, Boyd S.; SNITZ, Beth E.; NELSON, Chad. Clinical versus mechanical prediction: a meta-analysis. *Psychological Assessment*, [s. l.], v. 12, n. 1, p. 19-30, 2000. DOI: <https://doi.org/10.1037/1040-3590.12.1.19>.

HOWARD, Jeremy; GUGGER, Sylvain. *Deep learning for coders with fastai and PyTorch*: AI applications without a PhD. Sebastopol, CA: O’Reilly Media, 2020.

HUTCHINSON, Ben; MITCHELL, Margaret. 50 years of test (un)fairness: lessons for machine learning. In: CONFERENCE ON FAIRNESS, ACCOUNTABILITY, AND TRANSPARENCY, Jan. 29-31, 2019, Atlanta, GA. *Proceedings [...]*. New York: Association for Computing Machinery, 2019. p. 49-58. DOI: <https://doi.org/10.1145/3287560.3287600>.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KEARNS, Michael; ROTH, Aaron. *The ethical algorithm*: the science of socially aware algorithm design. New York: Oxford University Press, 2020.

KLEINBERG, Jon; LAKKARAJU, Himabindu; LESKOVEC, Jure; LUDWIG, Jens; MULLAINATHAN, Sendhil. Human decisions and machine predictions. *NBER Working Paper*, Cambridge, MA, n. 23.180, p. 1-76, Feb. 2017. DOI: <https://doi.org/10.3386/w23180>. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w23180>. Acesso em: 11 jul. 2022.

KLEINBERG, Jon; MULLAINATHAN, Sendhil; RAGHAVAN, Manish. Inherent trade-offs in the fair determination of risk scores. In: ARXIV. [S. l.]: Cornell University, 17 Nov. 2016. DOI: <https://doi.org/10.48550/arXiv.1609.05807>. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/1609.05807v2>. Acesso em: 11 jul. 2022.

KRZANOWSKI, Wojtek J.; HAND, David J. *ROC curves for continuous data*. Boca Raton: CRC Press, 2009. (Monographs on Statistics and Applied Probability, 111).

LARSON, Jeff; MATTU, Surya; KIRCHNER, Lauren; ANGWIN, Julia. How we analyzed the COMPAS recidivism algorithm. *ProPublica*, [s. l.], May 23, 2016. Disponível em: <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>. Acesso em: 11 jul. 2022.

LECUN, Yann; BENGIO, Yoshua; HINTON, Geoffrey. Deep learning. *Nature*, [s. l.], v. 521, n. 7.553, p. 436-444, May 28, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1038/nature14539>.

LEE, Kai-Fu. *Inteligência artificial: como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos relacionamos, trabalhamos e vivemos*. Tradução de Marcelo Barbão. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

MCCULLOCH, Warren S.; PITTS, Walter. A logical calculus of the ideas immanent in nervous activity. *The Bulletin of Mathematical Biophysics*, [s. l.], v. 5, n. 4, p. 115-133, 1943. DOI: <https://doi.org/10.1007/BF02478259>.

MEEHL, Paul E. *Clinical versus statistical prediction: a theoretical analysis and a review of the evidence*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1954.

MURPHY, Kevin P. *Machine learning: a probabilistic perspective*. Cambridge, MA: MIT Press, 2012. (Adaptive Computation and Machine Learning Series).

NATIONAL INSTITUTE OF CORRECTIONS. *Myths & facts: using risk and need assessments to enhance outcomes and reduce disparities in the Criminal Justice System*. Written by Dr. Cara Thompson. Washington, DC: NIC, 2017. (Myths & Facts). Disponível em: <https://nicic.gov/myths-facts-using-risk-and-need-assessments-enhance-outcomes-and-reduce-disparities-criminal-justice>. Acesso em: 11 jul. 2022.

NORTHPOINTE. *Practitioner's guide to COMPAS core*. [S. l.]: Northpointe Inc., 2015.

NORTHPOINTE suite risk needs assessments. In: OUR PRODUCTS. [S. l.]: Equivant, c2022. Disponível em: <https://www.equivant.com/northpointe-risk-need-assessments>. Acesso em: 11 jul. 2022.

O'NEIL, Cathy. *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*. New York: Crown, 2016.

PARKHI, Omkar M.; VEDALDI, Andrea; ZISSERMAN, Andrew; JAWAHAR, C. V. *The Oxford-IIIT Pet Dataset*. Oxford, UK: University of Oxford, Department of Engineering Science, [20--]. Disponível em: <https://www.robots.ox.ac.uk/~vgg/data/pets/>. Acesso em: 11 jul. 2022.

RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. *Artificial intelligence: a modern approach*. 3rd ed. Harlow, UK: Pearson, 2016. (Pearson Series in Artificial Intelligence).

SEJNOWSKI, Terrence J. *The deep learning revolution: artificial intelligence meets human intelligence*. Cambridge, MA: MIT Press, 2018.

SWEENEY, Laura T.; HANEY, Craig. The influence of race on sentencing: a meta-analytic review of experimental studies. *Behavioral Sciences and the Law*, [s. l.], v. 10, n. 2, p. 179-195, 1992. DOI: <https://doi.org/10.1002/bsl.2370100204>.

TETLOCK, Philip E.; GARDNER, Dan. *Superprevisões: a arte e a ciência de antecipar o futuro*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

VALENTINO-DEVRIES, Jennifer; SINGER-VINE, Jeremy; SOLTANI, Ashkan. Websites vary prices, deals based on users' information. *The Wall Street Journal*, [s. l.], Dec. 24, 2012. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/SB1000142412788732377204578189391813881534>. Acesso em: 11 jul. 2022.

VERMA, Sahil; RUBIN, Julia. Fairness definitions explained. In: INTERNATIONAL WORKSHOP ON SOFTWARE FAIRNESS, 40., May 29, 2018, Gothenburg, SE. *Proceedings [...]*. New York: Association for Computing Machinery, 2018. p. 1-7. DOI: <https://doi.org/10.1145/3194770.3194776>.

ZEMEL, Richard; WU, Yu; SWERSKY, Kevin; PITASSI, Toniann; DWORK, Cynthia. Learning fair representations. *Proceedings of Machine Learning Research*, [s. l.], v. 28, n. 3, p. 325-333, 2013. Proceedings of the 30th International Conference on Machine Learning. Disponível em: <https://proceedings.mlr.press/v28/zemel13.html>. Acesso em: 12 jul. 2022.

ŽLIOBAITĖ, Indrė. Measuring discrimination in algorithmic decision making. *Data Mining Knowledge Discovery*, [s. l.], v. 31, n. 2, p. 1.060-1.089, July 2017. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10618-017-0506-1>.

Apêndice técnico

Definições formais dos critérios *balanceamento das taxas de erro e calibragem*

Suponha-se que duas variáveis binárias denominadas e_{positivo} e $e_{\text{grupo_vulnerável}}$ foram categorizadas de acordo com o critério abaixo:

$e_{\text{positivo}} = 1$ se o risco é real (positivo) e 0 se não é real (negativo);

$e_{\text{grupo_vulnerável}} = 1$ se pertence a algum grupo vulnerável no contexto examinado (ex.: negros, mulheres, pobres) e 0 se pertence ao grupo dominante (ex.: brancos, homens, ricos).

Para um escore, s , calculado pela função $s = f(X)$, e um limiar, t , fixado pelo tomador de decisão, tem-se que:

$f(\cdot)$ é a função usada para classificação (*score function*);

X é o conjunto de características (atributos) do objeto a ser classificado;

$s > t$ significa instância classificada como positiva;

$s \leq t$ significa instância classificada como negativa;

$p(\cdot)$ é a proporção ou probabilidade.

Definição de *balanceamento das taxas de erro*: um escore s satisfaz a balanceamento das taxas de erro se, em determinado limiar, t , a proporção, p , de falsos positivos é igual à proporção, p , de falsos negativos no grupo dominante e no grupo vulnerável, ou seja:

$$p(s > t | e_{\text{positivo}}=0, e_{\text{grupo_vulnerável}}=1) = p(s > t | e_{\text{positivo}}=0, e_{\text{grupo_vulnerável}}=0)$$

$$p(s \leq t | e_{\text{positivo}}=1, e_{\text{grupo_vulnerável}}=1) = p(s \leq t | e_{\text{positivo}}=1, e_{\text{grupo_vulnerável}}=0)$$

Definição de *calibragem*: um escore s é calibrado se a probabilidade, p , de o escore, s , classificar instâncias como positivas for independente da variável $e_{\text{vulnerável}}$, ou seja, essa probabilidade é igual para ambos os grupos (dominante e vulnerável):

$$p(s > t | e_{\text{grupo_vulnerável}}=1) = p(s > t | e_{\text{grupo_vulnerável}}=0)$$

A abordagem das capacitações (*capabilities*) e o exercício das liberdades

Referências em Aristóteles e Amartya Sen

NEURO JOSÉ ZAMBAM
ÂNGELO VITÓRIO CENCI

Resumo: O objetivo deste artigo é investigar as condições de justiça na abordagem das capacitações (*capabilities*) ao resgatar a herança de Aristóteles como matriz do pensamento de Sen. O ponto de partida é o vínculo estabelecido por Aristóteles entre ética, economia e justiça. Os conceitos de *potência* e *capacitação* subjacentes a ele representam as necessárias condições para a avaliação do sentimento de justiça existente (ou não) no cotidiano. A centralidade do ser humano, a relativização dos mercados e a necessária vitalidade da democracia indicam o vigor desses gigantes da justiça à sobrevivência humana e as condições reais de superação das graves injustiças que ameaçam a equidade política, econômica, ambiental e cultural. Os gigantes, seja da tradição, seja da atualidade, são faróis entre a opulência e a barbárie, assim como uma centelha em direção ao futuro.

Palavras-chave: economia; justiça; capacitações; liberdade; democracia.

The capabilities approach and the exercise of freedoms: references in Aristotle and Amartya Sen

Abstract: The purpose of this article is to investigate the reference on the conditions of justice through the capabilities approach rescuing the Aristotle heritage as the matrix of Sen's thought. The starting point is the link established by Aristotle between ethics, economy and justice. In this sense, the concepts of potency and capability underlying it represent the necessary conditions for the evaluation of the feeling of justice existing (or not) in everyday life. The centrality of the human being, the relativization of markets and the necessary vitality of democracy indicate the vigor of these giants of justice for human survival and the real conditions

Recebido em 23/5/22
Aprovado em 12/8/22

for overcoming the serious injustices that threaten political, economic, environmental and cultural equity. The giants, whether of tradition or of today, are beacons between opulence and barbarism, as well as a spark towards the future.

Keywords: economy; justice; capabilities; freedom; democracy.

1 Introdução

A teoria da justiça de Amartya Sen é caracterizada por ancorar-se no marco das capacitações (*capabilities*) e por constituir-se numa abordagem alternativa aos limites dos enfoques baseados nas utilidades, nas rendas e recursos, assim como em direitos e liberdades formais. São significativas as influências exercidas por Aristóteles sobre a teoria da justiça de Sen. Particularmente importante é o conceito clássico de *capacidade* como *potência*, entendido como possibilidade de alguma atividade, o que permite dar primazia ao sentido positivo e substantivo do conceito de *liberdade* e, portanto, às possibilidades efetivas de que os indivíduos são portadores para viverem de acordo com suas concepções de bem, racionalmente desejadas. Nessa concepção, ganha relevo a atualizada noção aristotélica do *florescimento* das capacitações humanas. Outra influência importante para nossos propósitos é a distinção aristotélica entre fins e meios, que repercute normativamente na teoria da justiça de Sen.

Todavia, caberia perguntar: quando alude a funcionamentos e *capabilities* originados em Aristóteles, a que aspectos específicos da teoria deste filósofo o autor está a se referir? Que dimensões da teoria da justiça aristotélica influenciam a concepção de justiça social de Sen? Na primeira parte do texto, o objetivo é fazer uma incursão nas obras *Ética a Nicômacos* e *Política* de Aristóteles visando retomar aqueles aspectos. Obviamente, não se contornar os riscos de anacronismo relativos à apropriação de um autor que se situa num contexto muito distinto do contemporâneo – Sen está consciente do problema e não incorre nele.

Para situar a apropriação aristotélica de Sen, é necessário remontar às suas origens, especialmente à relação entre ética, economia, política e justiça estabelecida por Aristóteles. Essa relação abriga-se no marco de uma “ciência política” situada claramente numa perspectiva normativa e numa concepção eudaimônica da vida humana. Essa compreensão concerne ao que Sen denomina *desenvolvimento pleno* ou *florescimento das capacidades humanas*. A ênfase nos fins e a busca pela vida boa – como a

que as pessoas valorizam e têm fortes razões para valorizar –, estão entre as principais finalidades do desenvolvimento como liberdade e da ideia substancial de justiça.

Num primeiro momento, retoma-se o sentido de *eudaimonia* – entendido como *bem viver* – para demonstrar como Aristóteles situa a economia no marco da “ciência política” ou filosofia prática. Três questões são chaves: a) *o que é eudaimonia como finalidade da vida humana?*; b) *de que modo a economia – como meio – se situa em seu horizonte?*; e c) *como Aristóteles articula, sob uma chave eudaimônica, sua concepção de justiça?*. Por fim, adentrando a obra de Sen, abordar-se-ão os temas da justiça e da ampliação das capacidades (*capabilities*), assim como a relação entre políticas públicas e liberdade substantiva.

2 Aristóteles: ética, economia e justiça como equidade

O ponto de partida para a compreensão da relação entre ética, política, economia e justiça em Aristóteles é seu conceito de *bem humano*, a *eudaimonia*, apresentada como a finalidade maior da existência. Trata-se, porém, de algo exigente, associado a certo modo de vida. Ela requer um equilíbrio entre os diferentes tipos de bens – o do corpo, os externos e os da alma –, embora se observe na hierarquia entre eles a primazia dos bens da alma. Viver de modo eudaimônico implica viver de forma equilibrada, em que se tomam os bens humanos como mediações para tornar a vida valiosa.¹

2.1 Ética e economia

Em *Ética a Nicômacos*, após examinar os diferentes modos de vida, dedicados à riqueza, às honrarias e aos prazeres, Aristóteles (1992) avalia-os como necessários, mas parciais, e procura explicitar o que seria um modo de vida condizente com as potencialidades e capacidades plenas do ser humano. Os diferentes modos de vida qualificados pelas pessoas como eudaimônicos têm sentido somente quando integrados numa totalidade de modo equilibrado. Do contrário, tomados de forma unilateral, como bons em si mesmos, impedem o desenvolvimento de uma existência completa. Sua conclusão é que a *eudaimonia*, quando articulada como

¹ Em *Minima moralia*, Aristóteles distingue os bens humanos em bens da alma e do corpo. Os da alma abrangem os elogiáveis – como as virtudes – e os veneráveis. Estes se subdividem em praticáveis – a *eudaimonia* – e os não praticáveis – o *nous*, Deus. Os bens do corpo englobam aspectos como a beleza, a saúde e a força, entre outros. Por fim, há os bens exteriores, como os amigos, a *polis*, o bem-estar etc. Como referência, utiliza-se aqui a tradução francesa dessa obra; ver Aristote (1995).

o conjunto equilibrado dos bens humanos, é o modo de vida mais elevado que o ser humano pode alcançar, parâmetro para tudo o que se pode considerar valioso ao desenvolvimento de uma existência digna de ser vivida. Por essa razão, trata-se de um modo de vida integrador dos diferentes modelos parciais específicos de vida exaltados pela maioria das pessoas. Sob esse prisma, como uma classe dos bens da alma, as virtudes desempenham o singular papel de ajudar o ser humano a integrá-los num conjunto (*eudaimonia*). Isso só é possível se uma vida virtuosa conseguir envolver também prazeres, reconhecimento social e político, assim como os bens externos necessários a uma vida digna.

Aristóteles (1992) define *bem viver* sob dois aspectos. É *bem final* quanto “aquilo que é sempre desejável em si, e nunca por causa de algo mais” (ARISTÓTELES, 1992, p. 23). Ou seja, esse Bem – que engloba de forma integrada um conjunto de bens relativos – é escolhido por ser bem último, não relativo ou em vista à outra coisa por ser o que de mais elevado o ser humano pode buscar e alcançar, o horizonte máximo da existência. É também definido como bem *autossuficiente*, como “aquilo que, em si, torna a vida desejável por não ser carente de coisa alguma” (ARISTÓTELES, 1992, p. 24). A *eudaimonia* por si só é digna de ser escolhida para uma existência completa, mas sem perder de vista o caráter comunitário da vida humana e as vicissitudes que podem afetá-la. Visa a uma existência equilibrada e integradora de todas as atividades e os modos de vida, sem se limitar a modo de vida parcial algum.

Esses dois traços fazem da *eudaimonia* um parâmetro do que podem alcançar as capacidades humanas em seu desenvolvimento máximo. É claro que a vida assim compreendida implica uma existência relativamente isenta de vicissitudes e com capacidade de enfrentá-las com dignidade, quando for o caso. Trata-se de uma

autossuficiência delimitada pela condição humana, distinta, portanto, da autossuficiência própria dos deuses. A *eudaimonia* aristotélica é associada a uma concepção de ser humano integral e de existência valiosa. O ideal de homem e de vida dos gregos traduzia o desafio de fazer com que a vida valesse a pena por ser entendida como frágil e passageira. Dela só ficavam os feitos de cada homem e sua descendência. Por essa razão, o desenvolvimento máximo das capacidades guiado pelas virtudes impunha-se como um imperativo para a vida ser considerada exitosa.

Esse modo de vida ético pressupõe a concepção de que a vida precisa ser levada adiante de forma comunitária e compartilhada, e deve traduzir-se também num modo virtuoso de lidar com os bens exteriores. Afirma o autor:

porquanto os indivíduos, embora possuindo privadamente seus bens, põem os frutos dos mesmos a serviço de seus amigos, e fazem uso das posses de seus amigos como se se tratasse de bens comuns. [...] É obviamente melhor, portanto, que a propriedade seja privada, mas que o uso seja comum (ARISTÓTELES, 1997, p. 49).

Essa forma de conceber os bens exteriores próprios indica que eles não são um fim em si mesmos e que a economia tem claramente caráter normativo por ser meio para uma vida ética. O “viver” ou subsistir, como o refere Aristóteles (1997) repetidas vezes em *Política*, é sempre meio e, pois, subordinado ao *bem viver*, o fim (*telos*) da vida humana.

Essa concepção de *bem* tem um sentido relacionado ao que a pessoa considera vida valiosa para si, mas esse valor articula-se à primazia de sua dimensão comunitária e ao bem comum. A finalidade da *polis* não é a mera sobrevivência, nem evitar que os homens se destruam mutuamente. O vínculo entre eles não resulta de um contrato. Em razão dessa concepção organicista

de *polis*, a *eudaimonia* não visa à maximização da utilidade, nem é reduzida ao bem-estar: ela tem em vista o florescimento ou o desenvolvimento pleno das capacidades humanas sem perder de vista as limitações impostas a elas pela condição humana. Tanto a vida política quanto a econômica estão, pois, atreladas a uma concepção de vida ética.

Tal concepção sobre o bem humano leva a compreender a economia não como uma ciência autônoma, mas subsidiária da “ciência política” com o propósito de alcançar a finalidade da existência, que é uma vida bem vivida.² Ela não é tomada em sentido instrumental, dado seu papel necessário, mesmo que subsidiário, a esse ideal de vida boa. Conquanto Aristóteles utilize noções que depois serão centrais na economia moderna – tais como *valor de uso*, *valor de troca*, *mercadoria* e *dinheiro* –, usa-se esse recurso com o escopo de eticidade e não da economia como esfera autônoma. Os bens materiais não são compreendidos sob uma óptica apenas econômica, mas sobretudo social e política, na medida em que, no contexto da antiguidade, “são um meio para legitimar uma posição social no interior da comunidade (clã, tribo, aldeia)” (ROSSI; TIERNO, 2009, p. 183).

A *eudaimonia* supõe um modo de vida que só pode ser desenvolvido plenamente na esfera da comunidade política. O ser humano é um ser de carências, reconhece Aristóteles, razão pela qual precisa associar-se para bem viver. É um ser político (*zoon politikon*), pois a vida política é o modo de vida comunitário mais essencial para desenvolver suas singularidades e seu sentido mais pleno como humano. Tanto que fora da *polis* só seria possível uma vida semelhante à dos outros animais ou à dos deuses, abaixo ou

acima da condição humana (ARISTÓTELES, 1997, p. 15, 1992, p. 185).

Contudo, cabe perguntar: como Aristóteles articula ética e economia ou meios e fim, tomando por base seu eudaimonismo? Em primeiro lugar, distingue *crematística* de *economia*. A primeira é a arte da obtenção de recursos materiais ou riquezas, a segunda estuda o uso e a gestão de tais recursos. A *crematística* divide-se em duas: (a) a responsável pela obtenção daquilo que é necessário ao *bem viver*, limitada por natureza; e (b) a ilimitada, cuja expansão estaria associada à capacidade da moeda de representar universalmente os bens e as propriedades. Aristóteles observa que, entre esses dois modos de adquirir riquezas, um é natural e o outro não. A ilimitação e, pois, a artificialidade deste último resulta de “certa experiência e habilidade” (ARISTÓTELES, 1997, p. 25). Todavia, existem duas maneiras de usar cada tipo de bem: uma é peculiar ou intrínseca à coisa, a outra não.³ Em suma, há a arte artificial e ilimitada de enriquecer e, por ser limitada, há a riqueza natural, própria da economia doméstica.

Com essa argumentação, Aristóteles (1997) detalha as diferenças entre a arte de enriquecer e a riqueza natural. A arte natural de enriquecer pertence à economia doméstica; a outra – a artificial – ao comércio, o qual se vincula ao dinheiro e gera riqueza pela permuta de produtos. O modo artificial de enriquecer não conhece limites quanto a sua finalidade, ao contrário da arte de administrar a casa, pois ganhar dinheiro não é seu fim. Ela é parte do *bem viver*, não se reduzindo ao *simples viver*. Aristóteles entende ser uma necessidade a limitação da riqueza, uma vez que o engajamento em enriquecer

² Sen toma essa compreensão originária da “ciência política” – em sentido amplo e normativo – como ciência mestra no campo da ação humana, para elaborar seu modo próprio de entender a relação entre a ética e a economia.

³ Aristóteles ilustra essa concepção com o famoso exemplo do sapato. Ele pode tanto ser calçado como permutado. Seu uso peculiar, seu propósito, é ser calçado, não a permuta em si nem a multiplicação dos bens pelos bens em si. A permuta é natural em sua origem (para suprir as carências ou para trocar o excedente) (ARISTÓTELES, 1997, p. 25).

tende a converter-se numa busca interminável. Reconhece que em ambas as artes o meio ou o instrumento é o mesmo, pois usam os mesmos bens. Todavia, os fins não. O fim de uma é o aumento ilimitado das posses e a preservação do seu valor em dinheiro; em contrapartida, o da outra é o *bem viver*: “a causa deste estado de espírito é o fato de a intenção destas pessoas ser apenas viver, e não viver bem; da mesma forma que o desejo de viver é ilimitado, elas querem que os meios de satisfazê-lo também sejam ilimitados” (ARISTÓTELES, 1997, p. 27).

Com a crescente complexidade do comércio, surge a vinculação da arte de enriquecer ao dinheiro e aos lucros que este pode gerar. Para Aristóteles (1997, p. 25), isso só reforça a diferença entre as duas: “a arte da aquisição não é por natureza uma parte da arte de enriquecer, pois a arte de aquisição era necessária somente para satisfazer às necessidades próprias do homem”. Originariamente a permuta “existia apenas para preencher lacunas com vistas à auto-suficiência [*sic*]” (ARISTÓTELES, 1997, p. 26). Dela teve origem o comércio e, em razão da produção de excedentes de certos bens e da carência de outros, instituiu-se o dinheiro:

com a invenção da moeda, em decorrência do indispensável intercâmbio de produtos, passou a existir uma outra forma da arte de enriquecer: o comércio, que a princípio apareceu como uma instituição simples, mas posteriormente se tornou muito mais complexa, à proporção que a experiência revelava fontes e métodos de permuta capazes de proporcionar maiores lucros (ARISTÓTELES, 1997, p. 26).

Aristóteles (1997) argumenta que em razão de sua generalidade o dinheiro acaba por confundir-se com a própria riqueza. Entretanto, por ser apenas de um meio da troca, essa confusão ou identificação é contrária à natureza, pois a finalidade da economia passa a vincular-se à

obtenção de mais moeda, em vez de visar às necessidades do *bem viver*. A ilimitação tende a implicar perder de vista os verdadeiros fins da economia, uma vez que ela mesma se converte de meio (que deveria ser) em fim; desse modo, o *bem viver* reduz-se ao *simples viver*. Se os dois modos de aquisição coincidem na utilização do mesmo meio, não o fazem da mesma forma e com a mesma finalidade. A forma mais desnaturalizada e perversa da arte de aquisição ilimitada é o juro, que visa gerar dinheiro pelo próprio dinheiro. O seu absurdo reside no fato de o dinheiro gerar dinheiro sem nenhuma vinculação com a finalidade maior da vida humana que é o *bem viver*. Por essa razão, a seu juízo, o ramo da economia doméstica é necessário e louvável, ao passo que o ligado à permuta é censurado por não ser “conforme à natureza”, uma vez que nele alguns ganham à custa de outros. A usura é censurada porque seu ganho vem do próprio dinheiro e não daquilo que levou à sua invenção, sua finalidade, que é facilitar a permuta. Conclui que “os juros aumentam a quantidade do próprio dinheiro [...]; logo, esta forma de ganhar dinheiro é a de todas a mais contrária à natureza” (ARISTÓTELES, 1997, p. 28).

2.2 Economia e justiça

Como se viu, a riqueza tem papel bem claro nesse ideal de modo de vida ético: ela é um meio para alcançá-lo, mas torna-se antinatural quando sua busca ultrapassa esse papel. A ilimitação na sua obtenção comprometeria não apenas um modo de vida ético, mas também a justiça, fundamental para a vida política. Isso significa que um modo de existência ético demanda também um modo de vida justo. Ora, a justiça é a mais elevada das virtudes morais em razão de que é mais difícil fazer o bem ao outro que a si mesmo. Aristóteles (1997) considera-a uma virtude perfeita, porque quem tem senso de

justiça pratica-a em relação não somente a si próprio, mas também ao outro. Seu cerne é o meio-termo entre agir justamente e ser tratado justamente. O melhor dos homens é quem pratica a virtude não apenas em relação a si, mas em relação aos outros, por ser essa uma tarefa difícil. Ademais, a justiça “é a base da sociedade” por assegurar a ordem na comunidade política (ARISTÓTELES, 1997, p. 16).

Viu-se também que os bens materiais não são compreendidos apenas sob um prisma econômico, mas sobretudo social e político, e que a *eudaimonia* pressupõe uma vida desenvolvida na comunidade política. Nesse marco situa-se a concepção aristotélica da justiça em seus diferentes sentidos. Como lembram Rossi e Tierno (2009), interpretando Aristóteles com base na cuidadosa análise de Polanyi sobre sociedades e sistemas econômicos da antiguidade, dois princípios substanciais regeriam as condutas em tais sociedades: a reciprocidade e a redistribuição. No entanto, pergunta Polanyi (2000) sobre como seria garantida a ordem na produção e na distribuição de bens sem a motivação de lucro, do trabalhar por remuneração e de qualquer instituição separada e distinta, baseada em motivações econômicas. O autor argumenta que “a reciprocidade atua principalmente em relação à organização sexual da sociedade, isto é, família e parentesco. A redistribuição é importante principalmente em relação a todos aqueles que têm uma chefia em comum e têm, assim, um caráter territorial” (POLANYI, 2000, p. 67). O sistema econômico decorreria da organização social. Desse modo, a simetria e a centralidade iriam de encontro às necessidades da reciprocidade e da redistribuição, e os padrões institucionais e os princípios de comportamento ajustar-se-iam mutuamente. O autor aduz que, “enquanto a organização social segue a sua rotina normal, não há razão para a interferência de qualquer motivação econômica individual [...]. Numa

tal comunidade, é vedada a ideia do lucro” (POLANYI, 2000, p. 69).

Não é a economia, portanto, que estabelece o princípio da coesão social, mas a política e o princípio da justiça como redistribuição. Sob esse ponto de vista, em *Política* Aristóteles (1997) argumenta que o estadista deve procurar os meios de evitar que as massas se tornem excessivamente pobres, uma vez que essa é a principal causa da “fragilidade das democracias”. O autor defende que se deveriam

[a]cumular todos os excedentes das rendas públicas em um fundo e distribuí-lo entre os pobres, principalmente, se for possível, em quantias suficientes para a aquisição de uma pequena propriedade ou, se assim não o for, para servir de capital inicial em negócios ou na agricultura; se nem isso for possível, deve-se então distribuir o dinheiro de qualquer maneira (ARISTÓTELES, 1997, p. 219).

A seu ver, embora a propriedade devesse permanecer privada, sua finalidade seria comum, e o preparo das pessoas para tal forma de organização seria tarefa do legislador – da política, portanto. A justiça redistributiva e o uso comum dos bens externos têm como base o princípio da *philia*. Para Aristóteles (1997), a amizade e a justiça têm a mesma extensão. A forma mais genuína de justiça é uma espécie de amizade em razão da qual “quando as pessoas são amigas não têm necessidade de justiça, enquanto mesmo quando são justas elas necessitam de amizade, considera-se que a mais autêntica forma de justiça é uma disposição amistosa” (ARISTÓTELES, 1997, p. 309-310).

Rossi e Tierno (2009) lembram que, junto com os princípios de reciprocidade e simetria, características gerais de todas as comunidades antigas, surgiria um terceiro princípio, específico da *polis* grega, o da administração da *polis* (*oikonomia*). Referindo-se a esse “princípio da

domesticidade”, Polanyi (2000) destaca que ele concernia fundamentalmente à necessidade de produzir e armazenar para satisfazer às necessidades do grupo e não apenas às individuais ou domésticas próprias. Por essa razão, argumenta que “a necessidade de comércio ou de mercados não é maior do que no caso da reciprocidade ou da redistribuição”, o que explicaria por que Aristóteles insiste na produção para uso e não para o lucro: “assim, uma produção acessória para o mercado [...] não precisa destruir a autossuficiência doméstica, uma vez que a colheita seja reinvestida na fazenda, para sustento [...]. A venda dos excedentes não precisa destruir a base da domesticidade” (POLANYI, 2000, p. 73-74).

Destaque-se especialmente a concepção aristotélica de justiça distributiva e seu papel para o desenvolvimento justo da sociedade. O autor concebe a justiça em sentido geral (ético) e em sentido estrito. Em sentido amplo, considera justo tanto quem age de acordo com as normas sociais (*nomos*) quanto quem não deseja ter mais nem menos do que lhe cabe. A justiça distributiva diz respeito ao exercício da virtude na relação com os outros em toda a sua extensão. Há, porém, um sentido estrito de justiça, que diz respeito às ações em que se questionam relações de igualdade inerentes especificamente aos bens externos. A justiça distributiva restringe-se aos bens externos e consiste em não ter mais nem menos do que lhe é devido. Trata-se, pois, de não agir injustamente nem de sofrer injustiça, o que demanda um estado de equilíbrio entre o excesso e a falta. O injusto corresponde aqui a uma desigualdade em relação à justa medida atinente aos bens externos.⁴

Para Aristóteles (1992), a igualdade pode ser identificada de duas maneiras. A primeira, a justiça distributiva, concerne à igualdade entre pessoas de um grupo quanto à divisão dos bens externos relacionados ao tipo de associação de que fazem parte. Trata-se da igualdade geométrica relativa à quantidade de bens distribuída conforme o mérito de cada um ($A/B = C/D$). A segunda, a justiça retributiva, diz respeito à relação entre dano e reparação, crime e castigo. O que nela está em questão não são os atributos de uma pessoa para mensurar o seu mérito em comparação com o de outrem, mas o impacto da ação nos bens de outrem. A questão aqui é estabelecer a igualdade entre essa ação e uma ação correspondente aos seus bens. Ela se refere sobretudo a transações, danos e crimes. A justiça corretiva é orientada pela igualdade aritmética.

⁴ Nesse sentido estrito, a justiça subdivide-se em distributiva e restaurativa: “Uma das espécies de justiça em sentido estrito e do que é justo na acepção que lhe corresponde é a que se manifesta na distribuição de funções elevadas de governo, ou de dinheiro, ou de outras coisas que devem ser divididas entre os cidadãos que compartilham dos benefícios outorgados pela constituição da cidade [...]; a outra espécie é a que desempenha uma função corretiva nas relações entre as pessoas. Esta última se subdivide em duas: algumas relações são voluntárias e outras são involuntárias” (ARISTÓTELES, 1992, p. 95).

Há outro aspecto a ser considerado sobre a concepção de justiça em Aristóteles: a equidade. Justiça e equidade são a mesma coisa, mas esta é melhor, pois o equitativo não é o justo segundo a lei, mas “um corretivo da justiça legal” (ARISTÓTELES, 1992, p. 109). A equidade advém de que a lei – dada a sua generalidade – é incapaz de prever todas as situações concretas de sua aplicação justa. Essa limitação decorre de que “toda lei é de ordem geral, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares” (ARISTÓTELES, 1997, p. 109). Nesses casos, é necessário estabelecer regras gerais para o justo, mas não é possível fazê-lo completamente. A lei leva em conta a maioria dos casos, mas sem ignorar a possibilidade de falha em razão dessa circunstância ou particularidade.

O equitativo é uma correção da lei quando ela é omissa devido a sua generalidade. Por conseguinte, segundo Aristóteles (1992, p. 109), “é correto, onde o legislador é omissos e falhou por excesso de simplificação, suprir a omissão, dizendo o que o próprio legislador diria se estivesse presente, e o que teria incluído em sua lei se houvesse previsto o caso em questão”. O equitativo seria uma forma superior de justiça, uma justiça do caso concreto, da experiência e da consciência da insuficiência da regra geral. Em suma, trata-se de uma acepção de justiça atenta às circunstâncias em que os indivíduos agem, ou seja, que procura partir do caso particular centrado nas ações e realizações dos indivíduos, pois leva em conta as singularidades em que elas acontecem.

Por ser uma forma superior de justiça e, assim, ocupar lugar de destaque no rol das virtudes morais, a equidade transcende qualquer forma de legalismo e de economicismo, inscrevendo-se como uma das dimensões mais marcantes do ideal aristotélico do *bem viver*. Pode-se presumir que ela traduziria à perfeição

o vínculo ético que articula *eudaimonia*, vida política, economia e justiça na filosofia prática aristotélica. Fundamentalmente, então, o ideal de justiça em Aristóteles conjuga três características essenciais – legalidade, igualdade e equidade – que conjuntamente contemplam, sob a perspectiva do seu significado e da sua efetividade, as condições essenciais para a tomada de decisões justas e das condições de vida com dignidade, sintetizadas como *bem viver* ou felicidade (*eidaimonia*).

3 Amartya Sen: liberdade, justiça e condições de escolha

Contemporaneamente, a questão das condições para *bem viver*, desenvolvidas por Aristóteles no marco de seu conceito de *eudaimonia*, é reatualizada por Sen com a concepção de *florescimento* das *capacitações* humanas, condição para o bem-estar e para a efetivação da justiça social. A esse respeito, vale destacar que são as condições para o exercício da liberdade no conjunto da obra de Sen que são o núcleo que orienta a avaliação do bem-estar, da ampliação das *capacitações* (*capabilities*), da condição de agente (autonomia) e a identidade ou objetivo das políticas públicas. Sinteticamente, para ser livre, uma pessoa precisa das condições necessárias para fazer as escolhas que considera importantes para a sua realização pessoal e integração social. Nessa dinâmica estão subordinados os diversos processos que são parte da rotina social, entre eles o Estado e os mercados. Com igual intensidade, nota-se que a compreensão de Sen sobre a identidade do ser humano como agente rompe as tentativas de classificá-lo em plano secundário como o fazem governantes insensíveis e os sistemas econômicos associados ao livre mercado como valor absoluto.

Essa dinâmica, seja conceitual, seja como indicativo de avaliação da justiça social, está no

conjunto das obras de Sen, em especial a mais conhecida, *Desenvolvimento como liberdade*, em que analisa as contradições contemporâneas. Se o crescimento econômico ofereceu à humanidade um nível de opulência inimaginável há pouco tempo, de outra perspectiva há o aumento com igual intensidade da privação, destituição e opressão no mundo (SEN, 2000, p. 9). A análise dessas contradições violentas e a busca de caminhos para a solução caracterizam a sua compreensão de justiça.

Especificamente sobre a identidade humana e as vias de superação dos principais dilemas sociais da atualidade, afirma: “A expansão da liberdade é vista, por essa abordagem, como o principal fim e o principal meio do desenvolvimento” (SEN, 2000, p. 10). O processo de construção de soluções para contradições como as enunciadas ou outras, em continuidade à herança aristotélica, está associado aos encadeamentos empíricos que criam condições para a liberdade individual, a participação social e o bem-estar. Nesse sentido, liberdade, justiça ou desenvolvimento em Sen não são apenas concepções racionais ou transcendentais. Elas estão associadas às condições de vida real, às oportunidades, aos recursos disponíveis, às ações dos governos, aos contextos locais ou nacionais e a outros atores sociais. Embora Sen, mesmo com sua formação em economia, não apresente métricas de análise fechadas, seus indicativos de avaliação e solução demonstram sua inserção no cotidiano das pessoas e seus contextos.

A destacada preocupação com o acesso à educação, à saúde, ao emprego e o valor da liberdade de comunicação e imprensa demonstram que “a justiça tem nome” e a injustiça é visível quando existe a negação desses direitos básicos. A imbricação entre as bases informacionais, o contexto de avaliação e a concepção de justiça é essencial para a compreensão dessa dinâmica, conforme Sen (2011, p. 377):

As penalizações diretas de uma fome coletiva são padecidas apenas pelo público e não pelo governo em exercício. Os governantes nunca passam fome. No entanto, quando um governo é responsável perante o público, e quando não há censura às notícias e a crítica pública, então o governo também tem um excelente incentivo para fazer tudo o que é possível para erradicar fomes coletivas.

A densidade da dinâmica da justiça está umbilicalmente relacionada à vitalidade da democracia, compreendida por Sen (2011) como governo por meio do debate público. Ou seja, não uma dependência exclusiva da arquitetura formal, eleições periódicas e voto da maioria, por exemplo, mas do conjunto de atores, instituições, valores e culturas que permeiam o cotidiano. Destaca-se o debate público, que, associado à qualidade das informações e da comunicação, são meios vitais para a reflexão pública.

3.1 Capacitações (*capabilities*) e liberdades

A avaliação das condições de justiça ou a sua efetivação em Sen está diretamente relacionada às condições de ampliação das capacitações (*capabilities*) humanas, ou seja, um conjunto de referências (materiais ou não), dependendo do contexto em que uma pessoa vive, das suas necessidades e das metas decisivas para seu bem-estar e inserção social⁵.

A abordagem das capacitações (*capabilities*) é uma alternativa aos critérios de avaliação

⁵O termo *capabilities* não tem correspondente preciso na língua portuguesa; as traduções são limitadas: *capacidades*, *capacitações* e até “capabilidades”. Adotou-se aqui *capacitações*, que retrata a origem aristotélica: capacidade de, condições efetivas para a realização, talentos que podem ser desenvolvidos ou como ideia de potência. A permanência do termo original *capabilities* demonstra a dificuldade tanto de compor o seu significado completo quanto de assinalar a riqueza de conteúdo inerente à expressão. Para uma explicação detalhada do sentido e da complexidade desse enunciado, ver Comim ([2021]) e Zambam (2014).

centrados no autointeresse, nos bens primários, no aumento da produção, nas garantias de funcionamento das instituições e nas referências exclusivamente transcendentais. Ao introduzir as condições para o exercício da liberdade, Sen redimensiona os vetores de justiça, especificamente os associados ao liberalismo de mercado e à centralidade da liberdade individual. De acordo com Sen (2000, p. 95),

[a] capacidade [*capability*] de uma pessoa consiste nas combinações alternativas de funcionamentos cuja realização é factível para ela. Portanto, a capacidade é um tipo de liberdade: a liberdade substantiva de realizar combinações alternativas de funcionamentos (ou, menos formalmente expresso, a liberdade de ter estilos de vida diversos). Por exemplo, uma pessoa abastada que faz jejum pode ter a mesma realização de funcionamento quanto a comer ou nutrir-se que uma pessoa destituída, forçada a passar fome extrema, mas a primeira pessoa possui um “conjunto capacitário” diferente da segunda (a primeira pode escolher comer bem e ser bem nutrida de um modo impossível para a segunda).

A referência ao jejum é simultaneamente simbólica e empírica para retratar a sujeição da liberdade às reais condições para as tomadas de decisão, isto é, para a qualidade das escolhas. Sendo o jejum um valor importante em determinado contexto ou para os membros de uma instituição ou grupo, eles precisam ter alimentos à disposição para escolher se praticam o jejum ou não naquele período, ou agem em vista de uma causa. Então, essa ação tem sentido para a realização pessoal e o pertencimento a uma comunidade. Diferente é a situação dos que precisam alimentar-se porque é uma necessidade básica de sobrevivência; não podem realizar qualquer escolha porque não dispõem de meio algum para isso. Essa situação gera consequências inimagináveis.

Logo, para uma decisão livre são necessários os meios para tomá-la. Uma escolha livre está relacionada a distintas referências que compreendem características e desejos pessoais, filiação cultural, estrutura física, talentos naturais, condições geográficas e outros nos quais os indivíduos estão inseridos. É nesse espaço de avaliação que a dependência de acesso à renda ou bens demonstra ser insuficiente.

A ampliação das capacitações depende de um conjunto de funcionamentos representativos do que uma pessoa considera importante para a sua vida, sejam elementares, sejam complexos. Sobre funcionamentos (*funcionings*) Sen (2001, p. 79) esclarece que

[o] bem-estar de uma pessoa pode ser concebido em termos de qualidade (a “bem-dade” [*well-ness*], por assim dizer) do “estado” da pessoa [*the person’s being*]. Viver pode ser visto como consistindo num conjunto de “funcionamentos” inter-relacionados, que compreende, estados e ações (*being and doing*). A realização de uma pessoa pode ser concebida, sob este aspecto, como o vetor de seus funcionamentos.

A conexão entre o exercício da liberdade e a disposição de referências alternativas cria condições para as escolhas. A complexidade desse contexto é retratada por Sen no conjunto da sua obra, especificamente quando afirma que “[o]s funcionamentos valorizados podem variar dos elementares, como ser adequadamente nutrido e livre de doenças evitáveis, a atividades ou estados pessoais muito complexos, como participar da vida da comunidade e ter respeito próprio” (SEN, 2000, p. 95). A abordagem das capacitações é uma referência básica para a avaliação da justiça. Logo, injusta é uma sociedade que nega aos seus membros os meios necessários para fazerem as escolhas que consideram importantes para o estilo de vida que valorizam.

Especificamente sobre a liberdade, mencione-se a importância da liberdade individual, das liberdades substantivas e das liberdades instrumentais. Para a avaliação da justiça mais especificamente, essa complexidade supõe remover a causa das injustiças evitáveis, em que se destacam simbolicamente as tiranias, a fome e o analfabetismo. Além da importância das liberdades individuais, o aspecto crucial da “liberdade substantiva é que a liberdade não é apenas a base da avaliação de êxito e fracasso, mas também determinante principal da iniciativa individual e da eficácia social” (SEN, 2000, p. 33). A liberdade é essencial para a participação social ativa.

3.2 Capacitações (*capabilities*) e condição de agente (*agency*)

Para avaliar as condições de justiça e ampliação das capacitações – ou seja, das liberdades –, é indispensável a percepção das condições reais para a tomada de decisões com autonomia, especificamente em contextos caracterizados por violências, desigualdades e controle do debate público ou da livre expressão dos meios de comunicação. A condição de agente na abordagem de Sen é marcante para a superação de graves injustiças causadas por concepções morais tradicionais e errôneas ou por outras formas de anulação da liberdade de escolha.

Segundo Sen (2001, p. 103),

[a] realização da condição de agente de uma pessoa refere-se à realização dos objetivos e valores que ela tem razão para buscar, estejam eles conectados ou não ao seu próprio bem-estar. Uma pessoa como agente não necessita ser guiada somente pelo seu próprio bem-estar, e a realização da condição de agente refere-se ao seu êxito na busca da totalidade de seus objetivos e finalidades considerados (*considered*).

A condição de agente da pessoa conecta-se a inúmeras referências que contribuem eficazmente para que ela tenha condições de escolher entre diversas opções. Nesta parte em específico, é indispensável sublinhar a insistência de Sen (2001), nas suas proposições, em que a condição de agente de uma pessoa não depende prioritariamente do seu bem-estar, mas há uma relação de interdependência. A dependência do bem-estar é limitada e insuficiente por diversas razões, mas especialmente porque as motivações para as escolhas, uma pessoa tem um conjunto de referenciais mais amplos do que a busca pelo seu próprio bem-estar. O ser humano, retomando a assertiva de Aristóteles, vive em comunidade, a sua atuação política tem como espaço a cidade (comunidade) onde vive. No contexto dessa exposição, assinala-se, mesmo de forma pontual, a influência de Adam Smith que, com igual percepção, destaca o ser humano na sua

capacidade e necessidade de estabelecer relações com os demais, o que constitui parte do sentido da sua atuação no mundo.⁶

É notório o distanciamento de Sen das abordagens utilitaristas, transcendentais e associadas à dependência de bens primários como referencial único. A escolha das capacitações (*capabilities*), que conjuga bem-estar e os talentos individuais para expressar a liberdade de escolha (autonomia), reforça o caráter histórico e contextual das convicções de Sen, especificamente quando contempla as diversas filiações culturais de uma pessoa, as condições geográficas em que vive, simultaneamente à necessidade de superação das graves mazelas que impedem a equidade social como a fome, o analfabetismo endêmico, o racismo e o tratamento discriminatório de mulheres e minorias. Situações dessa natureza obstam o alcance dos objetivos de vida ou do próprio bem-estar.

Em relação ao desenvolvimento que tem a liberdade como eixo norteador, o professor Flávio Comim destacou o sentido da condição de agente para as mulheres, especialmente aquelas em contextos de graves desigualdades e violência, quando define a acepção de Sen: “Sem mulheres não há desenvolvimento” (COMIM, [2021]). A condição de agente da mulher ou o seu empoderamento tem repercussão sobre o conjunto da sociedade, seja pelo seu papel simbólico, seja pela sua capacidade de influenciar os demais. A título de exemplo, vale conhecer as mudanças significativas operadas pelo Programa Bolsa Família no Brasil, em período recente, cujos benefícios eram recebidos e geridos pelas mulheres. A atuação propositiva e transformadora das mulheres, especialmente as mais vulneráveis, cujas pesquisas de Sen são mundialmente reconhecidas, atestam a relevância da afirmação: “pois o papel de uma pessoa

como ‘agente’ é fundamentalmente distinto do papel dessa mesma pessoa como ‘paciente’ (embora não independente desse último papel)” (SEN, 2000, p. 221).

O bem-estar depende das condições reais para o exercício da liberdade, ou seja, livre é uma pessoa que atua na condição de agente e pode influenciar o seu entorno e a comunidade de suas relações. O agente atua na comunidade como o espaço da construção da sua identidade e autonomia; ele é um *ser-no-mundo* como agente político que decide.

3.3 Capacitações e democracia

A concepção de democracia em Sen está em conexão com as condições de escolha que têm os cidadãos como membros ativos da sociedade e a sua vitalidade está no fato de fazer parte da razão pública: “Já que a ideia da capacidade está ligada à liberdade substantiva, ela confere um papel central à aptidão real de uma pessoa para fazer diferentes coisas que ela valoriza” (SEN, 2011, p. 287). Nesse sentido, destacam-se as políticas públicas como instrumentos essenciais de reversão das situações que impedem as escolhas livres.

Relaciona-se a essa compreensão de democracia como governança pelo debate ou por meio da argumentação pública, a inserção dos diversos atores sociais (pessoas, organizações, mercados e instituições) que fomentam a dinâmica social, em especial os processos de participação e decisão com transparência. A compreensão de Sen sobre democracia não está atrelada a estruturas formais (decisões por maioria, eleições periódicas ou instituições fortes), não depende exclusivamente delas nem sequer as considera menos importantes. A compreensão de Sen refere-se ao seu valor substantivo. Como a ampliação das capacitações depende do dinamismo das democracias, o autor conclui: “A

⁶ A esse respeito, ver Smith (1999).

importância da democracia reside, como procuramos mostrar, em três virtudes distintas: (1) sua importância intrínseca, (2) suas contribuições instrumentais e (3) seu papel construtivo na criação de valores e normas” (SEN, 2000, p. 185). Essas virtudes da democracia são referências seguras para sua vitalidade.

O quão determinante é o processo de participação para as sociedades complexas e plurais como a brasileira é um dos reconhecimentos que contribui para o seu desenvolvimento, assim como a percepção de que o seu dinamismo precisa chegar a todos, especialmente aos mais distantes. Atualmente, a distância não é apenas territorial, mas tecnológica, que supõe a qualidade da informação e o contingente de excluídos que povoam o meio urbano, ladeando as instituições democráticas. Sen reconhece que sem a solução dessas situações perversas a democracia perde seu vigor.⁷ As desigualdades injustas são as maiores ameaças à democracia.

O reconhecimento da grandeza da ideia de democracia e sua trajetória através da história precisa ser sentida no cotidiano, funcionar para a vida das pessoas e solucionar os seus problemas concretos. As suas instituições não são dispositivos mecânicos, não são dotadas de validade perene. Os partidos políticos e agremiações são meios importantes, não os únicos. Embora vitais, as eleições demonstram cada vez mais a sua fraqueza elegendo desde ditadores de forma ininterrupta até aventureiros que se tornam seus inimigos ferozes. Pode-se afirmar com Sen (2000, p. 186) que,

[p]or mais valiosa que a democracia seja como uma fonte fundamental de oportunidade social (reconhecimento que requer uma defesa vigorosa), existe ainda a necessidade de examinar os caminhos e os meios para fazê-la funcionar bem, para realizar seus potenciais.

O direito à ampla liberdade na democracia inclui a atuação dos mercados, que para Sen (2000) são expressão das liberdades substantivas das pessoas.⁸ Entretanto, sabendo que o simples acesso a bens é um indicador limitado para a avaliação das capacitações ou das condições de justiça, Sen não apresenta uma visão ingênua desse mecanismo poderoso e atuante no cotidiano das sociedades: “O papel desempenhado pelos mercados tem de depender não só do que eles podem fazer, mas também do que lhes é permitido fazer” (SEN, 2000, p. 145). Nessa abordagem, a legitimidade dos mercados depende de sua capacidade de transformar bens em capacitações ou condições de bem-estar.

⁷ Uma análise empírica detalhada e profunda sobre essa realidade controversa, contraditória e ameaçadora para a democracia e, especialmente para a população, encontra-se em Drèze e Sen (2015).

⁸ A esse respeito, ver Comim ([2021]).

4 Considerações finais

O percurso argumentativo visou tematizar a referência sobre as condições de justiça ao resgatar a herança de Aristóteles como matriz do pensamento de Sen na abordagem das capacitações (*capabilities*). O ponto de partida foi o vínculo sistemático estabelecido por Aristóteles entre ética, economia e justiça. O passo seguinte foi explorar a relação entre liberdade, justiça e condições de escolha em Sen. A abordagem das capacitações, com suas origens na tradição aristotélica e reconhecida atualização na teoria da justiça de Sen, explicitou o modo como ela oferece as referências para a análise crítica, contextualizada e profunda das causas e consequências da perversidade das injustiças evitáveis para a realização humana e a respectiva inserção no mundo: participar ativamente da sociedade desde as primeiras relações até as formas de decisão mais importantes. De outra perspectiva, auxilia a construção de alternativas de superação das graves contradições que assolam a humanidade – simbolicamente, o correto destino dos bens (Aristóteles) e a perversa realidade do aumento e da produção de bens sem precedentes junto ao aumento da fome no mundo (Sen).

O retorno do Brasil ao Mapa da Fome é uma escolha política inserta nesse contexto. Outras situações graves também se vinculam a ela. A mãe de família, mesmo com boas condições de acesso aos bens necessários para os seus, é impedida de circular livremente na sua cidade por causa da tradição cultural, a mulher vítima de violência familiar que reside num bairro de classe média, a mulher negra em situação de rua e o jovem que gostaria de ser músico, mas não pode comprar o violão – guardam uma similaridade assustadora. Todos são vítimas de graves desigualdades injustas e veem impedida a ampliação das suas capacitações.

Na mesma linha, a crise que abala as democracias na atualidade, seus fundamentos e sua prática cotidiana – formal e institucional – encontra na abordagem das capacitações um referencial para a sua renovação, mediada pelas tecnologias de comunicação e informação, meios privilegiados de fomento à participação e ao exercício concreto das liberdades substantivas e da condição de agente de cada cidadão. Com efeito, as condições de justiça precisam ser percebidas no cotidiano das pessoas e no equilíbrio da arquitetura social. Quando chega a todos, a democracia torna possível a liberdade de escolha, a expressão da vontade, o debate público e a superação das graves desigualdades que impedem a ampliação das capacitações e o exercício da condição de agente. A equidade social contempla essa relação de simetria entre os atores políticos, a vitalidade institucional e as condições reais para a convivência tolerante e justa de forma a prevenir e combater as desigualdades evitáveis.

Sobre os autores

Neuro José Zambam é doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; professor dos programas de graduação, especialização e pós-graduação em Direito da Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil; estágio de pós-doutorado em Filosofia na Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, Brasil, e na Università Mediterranea di Reggio Calabria, Régio Calábria, Itália.

E-mail: neurojose@hotmail.com

Ângelo Vitório Cenci é doutor e pós-doutor em Filosofia pela Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, Brasil; professor da Universidade de Passo Fundo (UPF), Passo Fundo, RS, Brasil; coordenador do Núcleo de Pesquisas em Filosofia e Educação (Nupefe) e o Grupo de Estudos em Ética, Democracia e Educação (Geede) da UPF, Passo Fundo, RS, Brasil.

E-mail: angelo@upf.br

Como citar este artigo

(ABNT)

ZAMBAM, Neuro José; CENCI, Ângelo Vitório. A abordagem das capacitações (*capabilities*) e o exercício das liberdades: referências em Aristóteles e Amartya Sen. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 59, n. 236, p. 55-71, out./dez. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/236/ril_v59_n236_p55

(APA)

Zambam, N. J., & Cenci, A. V. (2022). A abordagem das capacitações (*capabilities*) e o exercício das liberdades: referências em Aristóteles e Amartya Sen. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 59(236), 55-71. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/236/ril_v59_n236_p55

Referências

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução do grego, introdução e notas de Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília, DF: Ed. UnB, 1992.

_____. *Política*. Tradução do grego, introdução e notas de Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília, DF: Ed. UnB, 1997.

ARISTOTE. *Les grands livres d'éthique: la grande morale*. Traduit du grec par Catherine Dalimier. Paris: Arléa: diff. le Seuil, 1995. (Poche-Retour aux Grands Textes, 12).

COMIM, Flavio. *Além da liberdade: anotações críticas do Desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen*. [S. l.: s. n., 2021]. *E-book*.

DRÈZE, Jean; SEN, Amartya. *Glória incerta: a Índia e suas contradições*. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes e Laila Coutinho. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*. Tradução de Fanny Wrobel. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

ROSSI, Miguel Angel; TIERNO, Patricio. A dimensão econômica da teoria política aristotélica. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 77, p. 179-204, 2009. DOI: <https://>

doi.org/10.1590/S0102-64452009000200006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/k9mgybc8W9hy97sKbWNM3tK/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 22 ago. 2022.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta; revisão técnica de Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. *Desigualdade reexaminada*. Tradução e apresentação de Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SMITH, Adam. *Teoria dos sentimentos morais* [...]. Biografia crítica por Dugald Stewart. Tradução de Lya Luft; revisão de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Coleção Paidéia).

ZAMBAM, Neuro José. A teoria da justiça de Amartya Sen. As capacidades humanas e o exercício das liberdades substantivas. *EPISTEME NS*, [s. l.], v. 34, n. 2, p. 47-70, 2014. Disponível em: http://ve.scielo.org/scielo.php?pid=S0798-43242014000200004&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 22 ago. 2022.

O recurso ao Direito interno como estratégia para a evitação do Direito Internacional

O caso da Justiça Federal do Distrito Federal

ANDERSON SANTOS DA SILVA

Resumo: Este trabalho estuda como os juízes federais do Distrito Federal (DF) lidam com o Direito Internacional no julgamento das causas de sua competência. Para alcançar esse objetivo, foram aleatoriamente selecionadas 101 decisões judiciais proferidas por juízes federais do DF sobre Direito Internacional e realizadas 40 entrevistas semiestruturadas com esses magistrados. A análise dos dados coletados foi feita segundo o método da análise do discurso. O marco teórico que iluminou a investigação foi a teoria do juiz como participante de um mercado de trabalho, bem como alguns *insights* da Psicologia Cognitiva. Os resultados da investigação sugerem que os participantes da pesquisa evitam a aplicação do Direito Internacional utilizando, como uma das estratégias, o recurso ao Direito interno para resolver as causas internacionais. Esse comportamento está diretamente ligado ao seu baixo grau de conhecimento das normas jurídicas internacionais que, por sua vez, decorre da forma como o Direito Internacional é ensinado nas faculdades brasileiras.

Palavras-chave: causas internacionais; juízes federais do Distrito Federal; Direito interno; ensino do Direito Internacional.

The use of domestic law as strategy to avoidance of international law: the case of Federal Court of Distrito Federal

Abstract: This work analyses how the federal judges of Distrito Federal deal with the international law in the ruling of the cases under their jurisdiction. To achieve this goal, it was randomly selected 101 judicial rulings of the federal judges of the Distrito Federal on international law and conducted 40 semi-structured interviews with these judges. All the collected data were examined by the using the method of analysis of

Recebido em 4/3/22
Aprovado em 7/6/22

discourse. The theoretical framework was the “judge as a participant in a labor market” model, as well as some Cognitive Psychology’s insights. The investigation found evidence that the research’s participants avoid the enforcement of international law by using, as one of the strategies, the domestic law to decide international cases. This behavior is associated to their low knowledge of the international norms that, by its turn, derive from the way international law is taught in the Brazilian Law Schools.

Keywords: international cases; federal judges of Distrito Federal; domestic law; teaching of international law.

1 Introdução

É lugar-comum dizer que a característica mais marcante do Direito Internacional Público (DIP) é sua descentralização, isto é, a ausência de aparatos executivo, legislativo e judicial nos mesmos moldes das ordens jurídicas nacionais. Diante dessa carência orgânica, sempre se esperou que as cortes nacionais exercessem uma função dual, tanto nacional quanto internacional, compensando a ausência de um poder judiciário global com jurisdição obrigatória.

Essa ideia tornou-se muito conhecida depois da elaboração, no entre-guerras, da teoria do desdobramento funcional (*dédoublement fonctionnel*), por Georges Scelle. Influenciado pela doutrina da pluralidade de ordens jurídicas de Léon Duguit (CASSESE, 1990, p. 223-225), Scelle (1956, p. 331) defendia que o Direito Internacional é marcado, mais que qualquer sistema jurídico, por um fenômeno específico: a possibilidade de um mesmo agente ter competências e vinculações perante duas ordens jurídicas.

Nessa perspectiva, os agentes estatais, sem deixarem de sê-lo, operam como atores nacionais sempre que atuam nos sistemas nacionais (no interesse dos seus Estados), mas oficiam como se fossem atores internacionais quando agem no sistema internacional, para concretizar valores da comunidade global. As autoridades das ordens jurídicas estatais, assim, utilizam a sua capacidade institucional para dar eficácia ao Direito Internacional, que não possui os órgãos suficientes para a sua realização. E esse desdobramento funcional ocorreria não apenas nas funções legislativa e executiva, mas também na judicial: o julgamento de uma causa à luz de uma norma internacional, para Scelle (1956), “constitui um verdadeiro julgamento internacional”, ainda que realizado por juízes nacionais.

Uma compreensão parecida também pode ser vista em um célebre contemporâneo de Scelle: Hersch Lauterpacht. Para o ex-juiz da Corte Internacional de Justiça, os juizes domésticos, quando atuam em matéria internacional, são “os órgãos da comunidade internacional” (LAUTERPACHT, 1929, p. 92). Logo, nessa condição, as cortes nacionais teriam alguns deveres. Primeiro, o de interpretar a legislação de modo a reduzir as possibilidades de conflito com a ordem jurídica internacional. Segundo, o de imparcialidade nas causas de interesse do seu país. Terceiro, o de tratar os Estados estrangeiros e os seus súditos com elevada cortesia e consideração. E quarto, o de minuciosamente conhecer e tratar as questões de Direito Internacional sob sua apreciação. Merece registro o fato de que Lauterpacht (1929, p. 93, tradução nossa) nutria a esperança de que “no futuro as cortes domésticas se tornariam porta-vozes confiáveis do direito internacional como divisões locais da Alta Corte das Nações”. Essa esperança também pode ser notada na obra de outros internacionalistas, como Falk (1964) e Lauterpacht (1971).

A elevada expectativa criada sobre a atuação das cortes nacionais no Direito Internacional, entretanto, não foi atendida. Pesquisas conduzidas em diversos sistemas judiciais nacionais têm demonstrado que os juizes tendem a evitar a aplicação das normas jurídicas internacionais, muitas vezes recorrendo a técnicas ou a doutrinas artificiais, incoerentes e contrárias aos posicionamentos doutrinários predominantes, como a da imunidade de jurisdição (a justiça de um Estado não pode julgar outro Estado); a do ato de Estado (as cortes locais são proibidas de apreciar a legalidade de atos internos de Estados estrangeiros); a das questões políticas (dever de não intervenção judicial nos outros Poderes); dos tratados não autoexecutáveis (segundo a qual tratados não autoexecutáveis não podem ser aplicados), entre outras (BENVENISTI,

1993, p. 169; BRILMAYER, 1991, p. 2.285-2.286; GALINDO, 2002, p. 387-402).

Impulsionou o presente trabalho o objetivo de saber se os juizes brasileiros também adotam essa postura e quais as estratégias por eles utilizadas para a evitação do Direito Internacional. Os dados escolhidos para a análise foram as decisões judiciais proferidas pelos juizes federais do Distrito Federal (DF) e as opiniões desses magistrados sobre algumas questões relacionadas ao Direito Internacional. A técnica utilizada para selecionar as decisões judiciais foi a busca aleatória no banco de decisões do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), no sítio eletrônico (PESQUISA..., [2022]), no dia 28/9/2020. Foram utilizados os seguintes filtros: Tipo Documento (em que foi selecionada a opção “todos”), Seção (foi marcada a “Seção Judiciária do Distrito Federal”) e Unidade (foi selecionada a opção “todos”). Os termos incluídos na busca, um após o outro, foram “internacional”, “tratado”, “convenção”, “nacionalidade”, “refugiado”, “estrangeiro”, “organização internacional”, “interamericana” e “imunidade”. O período escolhido foi o de 2012 a 2020. Esse procedimento possibilitou a seleção de 101 decisões e sentenças.

A técnica utilizada para coletar as opiniões dos participantes da pesquisa foi a realização de entrevistas semiestruturadas. Essa parte da pesquisa dependeu da autorização do Comitê de Ética em Pesquisa em Ciências Humanas e Sociais da Universidade de Brasília (UnB), o que foi feito pelo Parecer Consubstanciado nº 4.552.235, de 23/2/2021. Os 60 juizes federais do DF foram convidados para participarem da pesquisa. Tendo sido agendado horário para a realização da entrevista, 40 juizes responderam. As 40 entrevistas foram realizadas entre 1º de março e 6 de abril de 2021 e, por imposição da pandemia de Covid-19, utilizou-se um sistema de videoconferência (o aplicativo *Teams*). As perguntas feitas aos participantes foram, no que

interessa ao presente trabalho, as seguintes: como foi a sua experiência com o Direito Internacional na graduação? Como avalia o seu conhecimento do Direito Internacional comparado com o dos demais ramos do Direito? Por quê?

Depois de colhidos os dados (as decisões judiciais e as opiniões dos juízes), passou-se à fase de análise. A abordagem metodológica escolhida para essa tarefa foi a da análise do discurso. Esse método trabalha com a identificação de categorias, temas e termos-chaves, de padrões de associações e de variações, e das posições das quais os atores sociais lançam os seus discursos (TONKISS, 2012), o que, na presente investigação, levou a resultados relevantes para a compreensão do comportamento dos participantes da pesquisa na aplicação do DIP.

O marco teórico que iluminou a investigação foi a teoria do juiz como participante de um mercado de trabalho, proposta por Posner (2008) em seu influente livro *How Judges Think*, e testada empiricamente em *The Behavior of Federal Judges*, de Epstein, Landes e Posner (2013). Esse influente modelo teórico do comportamento judicial, que explora os incentivos e as restrições a que os juízes estão sujeitos, serviu para explicar diversos resultados encontrados na pesquisa. Também foram utilizados alguns *insights* da Psicologia Cognitiva sobre heurísticas e vieses cognitivos para explicar aspectos do comportamento dos participantes da pesquisa.

A pesquisa levou à conclusão de que os juízes federais do DF se esquivam do Direito Internacional e uma das estratégias mais utilizadas para esse fim é simplesmente não se pronunciar sobre os argumentos de caráter jusinternacionalista suscitados pelas partes e resolver a causa com recurso unicamente ao Direito interno. Esse comportamento, conforme se averiguou, está diretamente ligado ao baixo grau de conhecimento das normas jurídicas internacionais de que são dotados os juízes federais

do DF. Logo, como os julgadores não dominam o Direito Internacional no mesmo nível em que conhecem os demais ramos, sua atitude natural é evitar pronunciar-se sobre ele, buscando decidir as demandas com a utilização exclusiva daqueles. Essa postura pode ser explicada, em grande medida, pelo fator “aversão ao esforço e cansaço” que, como veremos adiante, também exerce influência sobre o comportamento judicial, principalmente num contexto de elevada carga de trabalho.

Para expor os resultados da pesquisa, o artigo seguirá o caminho descrito a seguir. Primeiro, apresentar-se-ão as evidências da fuga ao Direito Internacional e a resolução de questões unicamente com recurso ao Direito interno. Segundo, serão examinados os achados sobre o baixo grau de conhecimento de DIP dos juízes federais do Distrito Federal. Terceiro, analisar-se-á a deficiência na formação dos juízes – e dos bacharéis em Direito em geral – no campo do Direito Internacional. Quarto, o objeto de análise será a relação entre o baixo conhecimento das normas jurídicas internacionais e a sua evitação, à luz da teoria do juiz como participante de um mercado de trabalho, notadamente quanto ao fator aversão ao esforço e cansaço. Por fim, retomar-se-ão as principais ideias do trabalho e feitas algumas reflexões sobre que medidas podem ser tomadas para suprir o déficit de conhecimento do DIP dos juízes brasileiros.

2 Esquivando-se do Direito Internacional

Durante a pesquisa, foram analisadas 101 sentenças e decisões interlocutórias proferidas por juízes federais lotados no Distrito Federal, entre 2011 e 2020, sobre temas relativos ao Direito Internacional. Em 42 sentenças/decisões há algum pronunciamento sobre normas jurí-

dicas internacionais. A maioria dessas manifestações relaciona-se a normas convencionais e costumeiras sobre imunidade dos Estados e das organizações internacionais (11 sentenças/decisões)¹, normas internacionais em matéria tributária (10 sentenças/decisões) e normas e precedentes sobre direitos humanos (10 sentenças/decisões).

Chamou especialmente a atenção o fato de que em mais de duas dezenas de casos havia, em tese, a incidência direta de normas jurídicas internacionais, sem que houvesse sobre elas qualquer pronunciamento dos juízes. Essas causas eram basicamente sobre direitos de migrantes e de refugiados, isenção tributária de rendimentos pagos por organização internacional, bitributação internacional, violações a direitos humanos praticadas durante a ditadura militar, sanções previstas em resolução do Conselho de Segurança e regras do Mercosul. Em alguns desses casos, as partes expressamente solicitaram aos julgadores que se manifestassem sobre o aspecto jurídico-internacional dos litígios, no que foram ignorados.

Por exemplo, o Ministério Público Federal (MPF) propôs uma ação civil pública (ACP) almejando condenar o presidente da República a designar membros do Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (Processo nº 1012047-42.2019.4.01.3400 (BRASIL, 2019b)). O autor invocou normas legais internas, mas também diversos compromissos

¹ É possível cogitar que o reconhecimento judicial da imunidade de jurisdição ou execução de um Estado ou de uma organização internacional seja, em si, uma estratégia para evitar a aplicação do Direito Internacional. Esse é o entendimento de Galindo (2002, p. 400-402). A posição aqui adotada é a de excluir as imunidades das hipóteses de fuga do DIP, já que decorrem de normas jurídicas internacionais, a que, de resto, estão vinculados os juízes. Algumas vezes, a evitação do Direito Internacional manifesta-se na fuga ao pronunciamento sobre a própria questão da imunidade, como será visto adiante.

jurídicos internacionais, como a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. O julgador fundamentou a decisão de indeferimento do pedido de tutela provisória de urgência exclusivamente na natureza discricionária dos atos administrativos, omitindo-se quanto às normas internacionais mencionadas pela parte autora.

Da mesma forma, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) ajuizou ação em que pediu o reconhecimento da sua imunidade tributária, invocando, entre outros fundamentos jurídicos, o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, de 13/11/2008, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 7.107, de 11/2/2010 (Processo nº 0009481-45.2016.4.01.3400 (BRASIL, 2019a)). Esse acordo reconhece expressamente o direito das “pessoas jurídicas da Igreja Católica que exerçam atividade social e educacional sem finalidade lucrativa” ao mesmo “tratamento e benefícios outorgados às entidades filantrópicas reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, inclusive, em termos de requisitos e obrigações exigidos para fins de imunidade e isenção [tributária]” (art. 15, § 1º (BRASIL, 2010)). Ao decidir sobre o pedido de tutela provisória de urgência, o juiz apenas se referiu às normas constitucionais que amparavam o direito alegado pela parte autora, sem fazer qualquer menção à norma internacional.

Situação semelhante verificou-se em ação proposta pelo Sindicato das Indústrias de Pesca e das Empresas Armadoras e Produtoras, Proprietárias de Embarcações de Pesca Industrial do Estado do Pará, na qual se buscava a exoneração da obrigação das empresas associadas de

utilizarem em suas embarcações um dispositivo para a proteção de tartarugas marinhas (Processo nº 0026819-37.2013.4.01.3400 (BRASIL, 2014)). O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) opôs-se ao pedido do sindicato e sustentou que a obrigação era prevista na Convenção Interamericana para a Proteção e a Conservação das Tartarugas Marinhas, mas a sentença apenas fez alusões às normas internas que preveem aquela obrigação ambiental.

Num processo em que uma empresa alegava a incompatibilidade de um tributo com uma obrigação prevista no Gatt (General Agreement on Tariffs and Trade; Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio), a sentença não contém uma palavra sobre a questão (Processo nº 0019859-94.2015.4.01.3400 (BRASIL, 2016)). Para resolver o litígio, o ato decisório resumiu-se a transcrever a ementa de um precedente do TRF1 que, também sem enfrentar diretamente o problema jurídico, apenas declarou genericamente a recepção do tributo em questão pela nova ordem constitucional e afirmou que o art. 98 do Código Tributário Nacional (que confere supremacia aos tratados tributários em face da legislação) restringe-se aos tratados-contrato.

A hesitação em tocar questões de Direito Internacional chega ao ponto de se evitarem, em alguns casos, manifestações sobre a imunidade de Estados estrangeiros e de organizações internacionais. Averiguou-se que, dentre as decisões analisadas, 21 se referiam a processos que tinham num dos polos entes possivelmente imunes à jurisdição brasileira. Porém, houve pronunciamento sobre a imunidade de jurisdição ou de execução em somente 11 deles. Embora não seja possível afirmar *a priori* que em todos os 21 processos deveria ser reconhecida a imunidade de algum ente, chama a atenção o fato de não haver uma manifestação sequer sobre essa questão nas decisões. É interessante registrar que, em

alguns casos que tinham a República de Cuba e a Organização Pan-Americana da Saúde na relação processual, a União apontou a imunidade de deles e as sentenças somente se manifestaram sobre o ente ao qual a representação judicial da União se referira.

Há, por conseguinte, evidências razoáveis de que os juízes federais do Distrito Federal tendem a evitar a discussão sobre argumentos baseados em normas jurídicas internacionais, preferindo, em vez disso, resolver as controvérsias com fundamento em normas internas.

3 Direito Internacional, esse desconhecido

A análise desses dados deve ser feita com cautela. É possível que alguns desses litígios pudessem realmente ter sido suficientemente resolvidos com as normas do Direito interno, tornando, em tese, desnecessário o exame da incidência de normas internacionais. Uma técnica comumente utilizada pelos julgadores é buscar, primeiro, a norma mais concreta, mais próxima ao caso em exame, que pode ser até uma norma infralegal. Somente quando há necessidade é que se sobe a escala hierárquica das normas até chegar, por exemplo, a uma norma constitucional ou internacional. Esse raciocínio foi lembrado por um dos participantes da entrevista: “quando a gente pensa na solução de um caso, via de regra, a gente começa a pensar do mais baixo [...]. Até chegar no Direito Internacional, tem muita construção aí por ser feita ainda”. Por exemplo, a Lei de Migração (Lei nº 13.445, de 24/5/2017) pode ser suficiente para resolver causas sobre entrada, permanência e saída de migrantes, dispensando qualquer reflexão sobre o Direito Internacional. Essa hipótese, no entanto, não dá conta de explicar a não aplicação do Direito Internacional quando ele é crucial para a solução

da demanda, especialmente quando é o principal fundamento dos direitos alegados pelas partes.

Também se poderia pensar que os juízes não aplicam o Direito Internacional por serem fechados, por algum motivo consciente e refletido, às normas jurídicas internacionais. Juízes que considerem o Direito Internacional irreal, não jurídico ou inútil optariam naturalmente por desconsiderá-lo. Esse fechamento consciente, porém, não foi confirmado pelas entrevistas. Apenas dois participantes, quando indagados sobre peculiaridades no Direito Internacional, destacaram aspectos negativos (problemas com a democracia e a legitimidade). Nenhum entrevistado manifestou dúvida quanto à normatividade do DIP.

De modo geral, os entrevistados demonstraram ter o Direito Internacional em alta conta. Não foram raras manifestações sobre a relevância do DIP, como a do(a) participante que afirmou que, atualmente, conhecer as normas internacionais é “tão importante quanto conhecer o Direito Constitucional” e a do(a) entrevistado(a) que declarou que o Direito Internacional público é “importantíssimo, principalmente na nossa área federal”.

O motivo que melhor explica o recurso ao Direito interno para resolver as demandas, ignorando-se as normas jurídicas internacionais, é a baixa familiaridade dos juízes federais do DF com o Direito Internacional. E esse déficit foi confirmado por 35 participantes (número que corresponde a 87,5% dos entrevistados), que expressamente reconheceram que o seu conhecimento de DIP é inferior ao de outros ramos do Direito.

Esses entrevistados definiram o seu conhecimento de Direito Internacional como “o mínimo para a gente operar”, “é um motivo de vergonha, eu queria que fosse melhor”, “uma das disciplinas que eu tenho menos conhecimento”, “eu acredito que existe assim em relação ao jurista brasileiro de uma forma geral uma má formação no Direito Internacional. Eu acho que nós estudamos muito pouco Direito Internacional”. Dos 40 entrevistados, apenas três declararam estudar o DIP com profundidade semelhante àquela com que se dedicam aos outros ramos do Direito e apenas um(a) afirmou que era especialista na disciplina por ter mestrado na área.

Note-se que os juízes federais, devido à sua competência constitucionalmente prevista, julgam mais causas internacionais do que os seus colegas de outros ramos do Poder Judiciário. Esse contato mais rotineiro com o Direito Internacional pode fazer, em tese, com que os juízes federais busquem capacitar-se mais na matéria, criando uma diferença no grau do conhecimento das normas internacionais entre esses e os demais juízes. Assim, o nível de conhecimento do Direito Internacional entre os juízes federais deve ser, na média, mais alto do que o dos demais juízes. Confirmando essa tendência, em pesquisa realizada por Cunha (2005,

p. 142-143) sobre o conhecimento acerca dos direitos humanos dos juízes de primeiro grau do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 40% dos magistrados responderam que nunca estudaram direitos humanos. Ademais, os juízes federais do Distrito Federal provavelmente são ainda mais expostos a causas internacionais do que os seus colegas lotados em outras unidades federativas, devido à localização da sede do governo federal e das embaixadas estrangeiras. É razoável inferir, por conseguinte, que os juízes federais do DF, com toda a deficiência reconhecida, ainda conheçam mais o Direito Internacional do que os juízes federais de fora do DF.

Essa baixa familiaridade com o Direito Internacional gera uma predisposição a evitá-lo. Nesse sentido, um(a) participante afirmou, a respeito do DIP, que “como é uma matéria que a gente não trata no dia a dia, quando chega alguma coisa que demanda algum conhecimento disso, a impressão que eu tenho é que a gente se perde um pouco”. Chama bastante a atenção, aliás, como alguns entrevistados utilizaram expressões ligadas ao conforto/desconforto para descrever sua relação com o Direito Internacional. Os participantes fizeram declarações como “[não] me sinto confortável com o Direito Internacional”, “teria que comer muito feijão para me sentir confortável em Direito Internacional”, “gera um certo desconforto toda vez que você é chamado a ter que decidir, porque a gente não tem esse hábito quase que diário como a gente tem em outras disciplinas”.

Como afirma Higgins (1995, p. 206, tradução nossa), nos sistemas judiciais em que pessoas podem até se tornar advogadas e juízas sem ter nada mais do que noções básicas do DIP, “[p]sicologicamente, isto leva tanto o advogado quanto o juiz a tratar o direito internacional como um ramo exótico do direito, para ser evitado de todo modo possível”². Tal percepção é convergente com os achados de Cunha (2005, p. 170), que conseguiu relacionar estatisticamente a não aplicação das normas internacionais de direitos humanos com o não conhecimento dessas normas, deixando claro que, “quanto maior for o nível de conhecimento dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, maiores [serão] as chances de utilização das normativas mencionadas”.

Essa correlação deve ser explorada à luz das pesquisas sobre o comportamento judicial. Antes, no entanto, convém examinar as razões dessa deficiência na formação dos juízes. Uma boa pista está nos cursos de Direito, pois, para entender o Direito Internacional nas cortes brasileiras, é imprescindível compreender como essa disciplina é ensinada nas faculdades.

² No original: “Psychologically that disposes both counsel and judge to treat international law as some exotic branch of the law, to be avoided if at all possible, and to be looked upon as it is unreal, of no practical application in the real world”.

4 O Direito Internacional nas faculdades brasileiras

A presença do Direito Internacional Público no ensino do Direito no Brasil é antiga: remonta ao nascimento dos cursos jurídicos brasileiros em 11/8/1827, época em que era chamado de Direito das Gentes e Diplomacia (BRASIL, 1827). Na República, a partir de 1895, passou a ser referido como Direito Internacional Público e Diplomacia (BRASIL, 1895). A partir de 1962, o modelo do currículo único então vigente foi substituído pelo do currículo mínimo, no qual foi incluído o DIP. Em 1972, durante a ditadura militar, a disciplina foi transformada em optativa (CONSELHO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, 1972), voltando a tornar-se obrigatória apenas em 1994, quando foi reincluída no conteúdo mínimo dos cursos jurídicos (CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO, 1994). Hoje, segundo a Resolução CNE/CES nº 9/2004, que regula os cursos jurídicos no Brasil, o Direito Internacional é conteúdo obrigatório (CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO, [2017]).

O DIP, portanto, esteve presente como disciplina ou conteúdo mínimo obrigatório em quase toda a história do ensino jurídico brasileiro. Mas isso não significa que os estudantes se interessam pela disciplina. Na visão dos docentes, a resposta é negativa, conforme foi observado por Brito e Nasser (2017), que entrevistaram, entre 2014 e 2015, 45 professores da disciplina em cursos de graduação em Direito de quinze instituições brasileiras. Todos os professores entrevistados compartilharam a impressão de que “os alunos normalmente resistem ao direito internacional” (BRITO; NASSER, 2017, p. 128).

Essa, aliás, parece não ser uma impressão exclusiva dos professores brasileiros. Segundo o *Final Report* em 2010 preparado pelo *Committee on the Teaching of International*

Law da International Law Association, apesar de todos os esforços, o Direito Internacional na graduação “continua na periferia dos estudos jurídicos”, situação que se explica, em grande medida, pela “falta de interesse dos estudantes” (GAMBLE; BOTHA, 2010, p. 6, tradução nossa). Do mesmo modo, o *2020 Report do Teaching and Researching International Law in Asia (Trila) Project* indicou que a maioria dos professores de DIP “[encontra] dificuldades para atrair o interesse dos estudantes no assunto” (ANGHIE; REAL, 2020, p. 59, tradução nossa).

O curioso é que essa percepção dos professores não foi confirmada pelos estudantes de Direito de quatro universidades da cidade de São Paulo que responderam a questionários aplicados por Kamiyama (2017). Dos 1.300 alunos questionados, nenhum excluiria o DIP da lista de disciplinas obrigatórias do curso de Direito, e uma parte relevante (22,3%) até aumentaria a carga horária (fração bem superior àquela dos que desejariam menos aulas de DIP, que foi de 12,9%). Além disso, indagados se se matriculariam em DIP se ele fosse uma disciplina optativa, 83,6% responderam positivamente (KAMIYAMA, 2017, p. 91).

Outra percepção dos professores que foi negada pelos alunos questionados por Kamiyama (2017) é a das concepções dos estudantes sobre juridicidade, efetividade e relevância do DIP. Na perspectiva dos professores entrevistados por Brito e Nasser (2017), seria comum entre os alunos a ideia de que o Direito Internacional é menos efetivo que os demais ramos do Direito. Haveria também uma tendência de eles considerarem o DIP uma disciplina inútil ou uma “perfumaria jurídica”, sem “concretude” ou distante da realidade das pessoas (BRITO; NASSER, 2017, p. 128-129).

Entretanto, os resultados da pesquisa de Kamiyama (2017) indicam que, embora os estudantes não constituam um bloco homogêneo,

há uma significativa prevalência da concepção do DIP como um mediador relevante entre Estados soberanos (60,8%), como um discurso que avança valores globais (7,3%) ou como um conjunto de normas indispensável num mundo globalizado (8,9%). O autor verificou que uma fração de 20,6% corresponderia a uma corrente a que chamou de “materialista-determinista”, que abrangeria visões do Direito Internacional apenas como uma ferramenta de opressão (KAMIYAMA, 2017, p. 82-88).

A percepção dos professores no sentido da elevada frequência com que os estudantes resistem ao DIP e o consideram pouco efetivo pode ter sido afetada pela facilidade com que os casos de alunos com tais atitudes podem ser trazidos à mente. A Psicologia Cognitiva chama isso de *heurística de disponibilidade*, que seria um tipo de simplificação da complexidade da tarefa de avaliar uma probabilidade (TVERSKY; KAHNEMAN, 1974, p. 1.127-1.128). Recorrer à disponibilidade pode ser útil, pois as ocorrências mais frequentes geralmente são mais bem lembradas do que as menos frequentes. Contudo, estudos têm indicado que a disponibilidade é comumente afetada por fatores irrelevantes, levando a erros de julgamento. No caso dos professores de DIP, é mais provável que se recordem mais facilmente de alunos que resistiram ao ensino da disciplina, do que daqueles que não o fizeram, levando a um erro na estimativa da frequência com que tal resistência ocorre.

Essa falha na impressão dos professores ainda pode estar associada à famosa baixa autoestima dos juristas internacionalistas. Como diz Simpson (1999, p. 73-74), professores de Direito Internacional (com exceções, é desnecessário dizer) são inseguros e padecem de “um medo de periferia”, o que faz com que estejam sempre justificando a própria existência. Na Austrália, confessa Simpson (1999, p. 74, tradução nossa), “ficamos frequentemente encantados quando

juízes notam o direito internacional”. Essa característica também pode ter levado os professores ouvidos por Brito e Nasser (2017) a superestimar o fechamento dos alunos para o DIP.

Mas é preciso registrar que, se a pesquisa de Brito e Nasser (2017) representa uma visão parcial do problema, pois só ouviu professores, a de Kamiyama (2017) também tem os seus vieses. A amostra investigada limitou-se aos alunos das quatro melhores universidades da cidade de São Paulo, conforme um reconhecido *ranking*. O perfil dos estudantes questionados, tanto pela qualidade do ensino quanto pela localidade das universidades, pode ser bem diferente do restante da população de alunos de Direito do restante do Brasil, como admite o autor (KAMIYAMA, 2017, p. 80). Ademais, há sempre a possibilidade de os questionados não serem totalmente sinceros ao responder às perguntas. De toda sorte, os resultados da pesquisa devem ser levados a sério.

Além da falta de interesse dos estudantes, outros problemas no ensino do Direito Internacional também foram cogitados pelos professores. Um deles está relacionado a questões práticas, como a localização geográfica dos alunos, pois algumas cidades ou regiões seriam mais próximas do que outras à realidade do Direito Internacional, o que afetaria o interesse pela disciplina. Falou-se também em “elitismo” do DIP, que demandaria mais recursos financeiros para uma boa formação do que outras áreas do Direito (BRITO; NASSER, 2017, p. 129-131). Outra questão prática mencionada pelos entrevistados é a necessidade de conhecimento de línguas estrangeiras, pois diversos materiais importantes para o estudo do DIP encontram-se em outro idioma, dificultando o acesso dos estudantes aos debates mais importantes e atuais da disciplina (BRITO; NASSER, 2017, p. 130).

Também se falou sobre a posição da disciplina na grade curricular dos cursos de Direito.

O fato de ser frequentemente ministrado no fim do curso faz com que haja menor interesse pelo DIP, já que nessa fase os alunos estão mais preocupados com outras coisas, como o trabalho de conclusão de curso, a formatura, o exame da OAB e a inserção no mercado de trabalho (BRITO; NASSER, 2017, p. 131-132).

Há, ainda, um problema de caráter essencialmente pragmático: a cobrança inexistente ou mínima do DIP nas provas de ingresso nas carreiras jurídicas. Na primeira fase do exame da OAB, por exemplo, das 80 questões, apenas duas (às vezes, uma) versam sobre o conhecimento em DIP; e, na segunda fase, a disciplina não aparece entre as áreas do Direito que os candidatos podem escolher para responder a questões dissertativas e elaborar peças. De modo semelhante, os concursos públicos para as carreiras da magistratura, do ministério público, advocacia pública e defensoria pública ainda são poucas as questões sobre DIP. Na visão dos professores, isso faria com que os alunos considerem pouco útil estudar o DIP ao se prepararem para esses exames (BRITO; NASSER, 2017, p. 132).

Contudo, o principal problema que emergiu da pesquisa de Kamiyama (2017) – que, como já foi dito, ouviu estudantes – é a insatisfação dos alunos com a forma como o DIP é ensinado. As queixas mais comuns tiveram a ver com métodos pedagógicos obsoletos e com o distanciamento dos tópicos ministrados da realidade dos estudantes (KAMIYAMA, 2017, p. 93-94), o que parece não ser uma verdadeira surpresa. Amaral Junior (2016, p. 121) constatou que “[o] ensino do direito internacional no Brasil é tecnicamente defeituoso, metodologicamente confuso e historicamente ultrapassado”. De modo geral, as aulas são “ministradas no velho estilo coimbrão, baseadas exclusivamente no direito positivo e na transmissão de categorias dogmáticas, que realçam a figura do professor-conferencista e eliminam a participação dos alunos” (AMARAL

JUNIOR, 2016, p. 121). A pesquisa de Brito e Nasser (2017, p. 124) também observou esse problema: “[a] quase totalidade dos entrevistados indicou que utiliza o modelo *magister dicit*, de exposição oral da matéria aos alunos”, sendo que apenas um quarto deles também recorre a outros métodos.

É possível afirmar que esse é um problema geral do ensino do Direito no Brasil, e não apenas do DIP. Vários especialistas alertam que o ensino jurídico nas faculdades brasileiras é problemático, especialmente devido à persistência, desde a instituição dos primeiros cursos, de um modelo “fundado eminentemente na exposição oral dos conteúdos, na sobrecarga de informações aos alunos e na centralidade do processo de ensino-aprendizagem na figura do professor” (ESPÍNDOLA; SEEGER, 2018, p. 99). Essa situação também foi constatada por Unger (2006, p. 114-115), para quem o conteúdo do ensino do Direito continua a ser “um escolasticismo doutrinário e exegético”, em que o professor se limita a “pronunciar uma conferência, repleta de tecnicismos”, que não passam de “repetição de fórmulas doutrinárias de pouca ou nenhuma utilidade”.

Os problemas no ensino do DIP ressoaram nas entrevistas com os juízes federais do Distrito Federal: 67,5% dos entrevistados utilizaram expressões predominantemente negativas para descrever a sua experiência com o Direito Internacional na graduação – “muito ruim mesmo”, “eu vou ser bem sincero: nulo”, “tímida”, “precária”, “rasa, muito incipiente”, “apenas registros teóricos, mas sem muito aprofundamento”, “muito superficial”, “passou que eu nem percebi”, “muito rasa”, “não foi muito legal não”, “não me foi muito favorável” e “um pouco deficitária”.

Alguns entrevistados fizeram considerações sobre o método. A principal queixa foi a distância do conteúdo ensinado da prática em que os estudantes almejavam se preparar. Um(a) entre-

vistado(a) lamentou que a disciplina “era dada como se fosse algo somente teórico sem uma repercussão prática na vida assim do profissional e muito distante da realidade”. Um(a) participante em particular teceu maiores reflexões sobre os motivos do desinteresse seu e dos seus colegas pelo DIP, destacando que a distância da prática jurídica poderia ser a principal explicação:

Direito Internacional era uma matéria dada por professores com formação bem acadêmica, eram professores que eram só professores, pesquisadores, tanto que o grupo de pesquisa em Direito Internacional era bem forte, mas não eram pessoas que trabalhavam no direito, advogados, juízes, promotores, [...] [que] eram pessoas da área que traziam casos concretos. “Ah, essa semana lá no tribunal a gente pegou isso” e aquilo me enchia o olho, “nossa, que bacana... então eu preciso dessa norma para resolver esse problema”, e aí eu me interessava pra caramba para estudar isso. E Direito Internacional não, eram professores muito teóricos [...] quando eu tive Direito Internacional eu já trabalhava, eu trabalhava desde o início da faculdade, mas a maioria da minha sala já estagiava. Então era uma coisa que ninguém via num tribunal, ninguém via no escritório que trabalhava, sabe. Ele era algo distante. Então ninguém tinha muito interesse, porque não conseguia correlacionar aquilo ali ao que fazia. Eu acho que talvez esse tenha sido o principal motivo de eu não ter me dedicado, não ter dado bola [...]. A gente estudava as matérias que a gente enxergava utilidade. Eu acho que era isso.

O problema do ensino do DIP – especialmente essa distância do que é ensinado da prática profissional – pode explicar mais uma observação interessante da pesquisa de Kamiyama (2017). A investigação separou estudantes que estavam iniciando os seus estudos de DIP dos que já haviam concluído a disciplina. Observou-se que estes tendem, em relação aos primeiros, a ter menos ambições profissionais na área, a concordar menos com a obrigatoriedade do DIP

no currículo, a se interessar menos pela disciplina caso fosse optativa e a considerar o DIP menos relevante para o seu futuro profissional (KAMIYAMA, 2017, p. 90-92).

Seria simplista colocar esse processo de declínio do interesse dos alunos pelo DIP com os anos totalmente na conta dos docentes da disciplina. Afinal, não são somente os professores de DIP que utilizam métodos didáticos menos atualizados. Também não há elementos que permitam saber se processo semelhante de crescente desinteresse ocorre ou não em outras disciplinas. A variável tempo no curso de Direito tem impacto negativo na visão dos alunos sobre o Direito Internacional, e a forma como a disciplina é ensinada deve ter algo a ver com isso.

5 Aversão ao esforço e cansaço

Como foi visto, o baixo grau de conhecimento do Direito Internacional leva os juízes a evitar a sua aplicação e a resolver as causas com recurso aos ramos do Direito com os quais tenham maior familiaridade. A rigor, porém, o desconhecimento de uma matéria jurídica não deveria ser justificativa para que o julgador deixe de pronunciar-se sobre ela. O que, então, faz com que o desconhecimento do DIP leve os juízes a evitá-lo? Essa relação pode ser explicada pelos estudos sobre o comportamento judicial, que têm demonstrado que a aversão ao esforço exerce um papel relevante nos julgamentos.

Segundo o modelo formalista ou legalista do comportamento judicial, os juízes decidem exclusivamente com base no Direito (isto é, o conjunto de normas jurídicas vigentes), sendo totalmente alheios a outras influências, como à de suas preferências políticas, de seus interesses particulares ou de suas características pessoais. Outro modelo bastante influente, o atitudinal ou cético, descreve os juízes como “políticos

de toga”, porquanto decidem os casos à luz de seus valores ideológicos, reduzindo o Direito a um instrumento retórico conscientemente utilizado para ocultar o caráter ideológico de suas decisões (SEGAL, 2013, p. 281).

Esses dois modelos parecem ser insuficientes para dar conta do fenômeno do comportamento judicial. Para Richard Posner, Lee Epstein e William Landes, que partem de contribuições da teoria da escolha racional, o juiz é mais bem compreendido como um participante de um mercado de trabalho. Esse modelo foi apresentado no livro *How Judges Think* (POSNER, 2008) e posteriormente testado em *The Behavior of Federal Judges: a theoretical and empirical study of rational choice* (EPSTEIN; LANDES; POSNER, 2013). Nessa abordagem, o juiz é visto como um trabalhador que, como tal, está sujeito a incentivos e restrições. A teoria é sintetizada pelos autores da seguinte maneira (EPSTEIN; LANDES; POSNER, 2013, p. 5):

a judge conceived of as a participant in a labor market can be understood as being motivated and constrained, as other workers are, by costs and benefits both pecuniary and nonpecuniary, but mainly the later: nonpecuniary costs such as effort, criticism, and workplace tensions, nonpecuniary benefits such as leisure, esteem, influence, self-expression, celebrity (that is, being a public figure), and opportunities for appointment to a higher court; and constrained also by a “production function” – the tools and methods that the worker uses in his job and how he uses them.

O comportamento judicial, por conseguinte, é influenciado por benefícios como a satisfação com o trabalho, o poder, o *status*, a fama, o tempo livre (para outros trabalhos e para o descanso) e a ascensão na carreira; e também por custos, tais como o volume de trabalho e as críticas (de colegas, de advogados, de acadêmicos

e do público em geral). Os juízes, como seres racionais, ainda que inconscientemente buscarão maximizar os benefícios e minimizar os custos. Um juiz, por exemplo, pode convencer-se de que escolheu uma opção por ela estar em conformidade com o Direito, mas, em última análise, pode ter sido motivado pelo receio de a outra opção resultar em aumento excessivo do seu trabalho. Da mesma forma, um membro de um órgão judicial colegiado pode votar de determinada maneira para evitar conflitos com os colegas.

Os aspectos institucionais também contam, já que as instituições tendem a criar códigos de expressão e conduta aos quais os seus membros são levados a submeter-se. Como já notaram os sociólogos institucionalistas, diversas práticas das instituições são construídas por processos parecidos com os da esfera cultural. De modo geral, juízes desejam ser vistos como bons profissionais por si mesmos, pelos colegas, pela mídia e pela comunidade (jurídica, acadêmica e, eventualmente, política), sendo que a ideia do que vem a ser um bom juiz é moldada pela tradição e pelos usos e costumes do ambiente judicial.

Nesse contexto, o comportamento judicial também reproduz aquilo que Bourdieu (1998, p. 7-8) chama de *habitus*, isto é, os modos de pensar e agir padronizados e profundamente arraigados nos agentes de um dado grupo social. Os protocolos institucionais acabam tendo impacto também nos métodos de trabalho, limitando a forma, o raciocínio e os tipos de doutrinas e argumentos aceitos nas decisões. Além desses elementos socialmente construídos, exercem influência as contingências individuais, como a personalidade, o temperamento, a experiência pessoal e profissional, as preferências e outros fatores pessoais (origem social, gênero, cor da pele) do ator judicial.

Epstein, Landes e Posner (2013) propuseram e testaram, por meio de uma densa pesquisa

empírica, diversas hipóteses relativas ao modelo do juiz como participante de um mercado de trabalho em todos os níveis do Poder Judiciário federal norte-americano. Entre as hipóteses testadas estava a do papel da aversão ao esforço no comportamento judicial. Tal aversão, segundo os autores, tem relação com a baixa mobilidade na carreira, a impossibilidade de rebaixamento e as poucas possibilidades de aumento de remuneração, que resultam em pouco estímulo ao aumento de produtividade (EPSTEIN; LANDES; POSNER, 2013, p. 7).

Por exemplo, nas cortes de apelações, os autores observaram índices médios de divergência bem menores do que na Suprema Corte, que tem uma carga de trabalho mais leve. Esse seria um indicativo de uma expressão da aversão ao esforço que é a aversão à divergência (*dissent aversion*), isto é, a relutância de alguns juízes em divergir publicamente mesmo quando discordam da decisão de seus colegas. Afinal, divergir dá mais trabalho (o divergente tem que escrever um voto separado) e expõe mais o julgador do que não divergir (EPSTEIN; LANDES; POSNER, 2013, p. 255-272). Nas cortes distritais, onde o volume de trabalho é ainda maior, verificou-se uma tendência muito forte à utilização de conceitos e doutrinas legalistas desenhadas para impedir a admissibilidade das demandas (EPSTEIN; LANDES; POSNER, 2013, p. 226).

É importante registrar que nem sempre a aversão ao esforço ocorre de modo consciente e voluntário. Desde a década de 1970, diversas pesquisas no campo da Psicologia Cognitiva e da Economia Comportamental têm demonstrado que os julgamentos humanos resultam da interação entre dois tipos de operações mentais: o primeiro tipo é rápido, inconsciente e moldado para decisões automáticas (o que se convencionou chamar de Sistema 1); o segundo é devagar, consciente e serve para decisões controladas (Sistema 2). O problema é que o Sistema 1 é

insensível à quantidade e à qualidade das informações, e o Sistema 2, que deveria corrigir os erros do primeiro processo, devido ao seu funcionamento oneroso, algumas vezes limita-se a confirmar as impressões e intuições produzidas pelo Sistema 1, que passa a influenciar até mesmo as decisões mais cuidadosas (KAHNEMAN, 2012, p. 112).

As descobertas relacionadas a esse duplo processo têm tido repercussões em diversos campos do conhecimento e, especialmente, no Direito. Um dos estudos mais famosos (e polêmicos) relacionados à área jurídica é o realizado por Danziger, Levav e Avnaim-Pesso (2011), que observaram o comportamento de oito juízes de Israel que passavam dias inteiros analisando pedidos de liberdade condicional. O tempo de análise era curto e a média de deferimentos era de 35% (a decisão padrão, portanto, era a de indeferimento). Os juízes faziam três pausas para refeição e constatou-se que, imediatamente após cada intervalo, o índice de deferimentos subia até 65% e ia decrescendo até chegar perto de 0 antes da pausa seguinte. A explicação dada pelos autores é que os juízes (na verdade, todos os seres humanos), quando cansados e famintos, tendem a tomar a decisão que exige menos esforço do Sistema 2.

No Brasil, é possível que a aversão ao esforço e o cansaço exerçam um papel ainda mais relevante nas decisões judiciais. O relatório *Justiça em Números*, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (2020), informa que o volume de processos médio sob a gestão dos magistrados em 2019 foi de 6.962, número que cresce anualmente. O índice de produtividade dos magistrados nesse ano foi de 2.107 processos baixados, o que significa uma média de 8,4 casos solucionados por dia útil do ano, sem descontar períodos de férias e recessos. Nesse cenário de imensa carga de trabalho, associada às metas estabelecidas pelo CNJ, a produtividade torna-se

um imperativo incontornável, e, conseqüentemente, os juizes buscam construir estratégias para que seja proferido o maior número possível de decisões. Como seres racionais, os juizes optarão pelo caminho que implicar o menor dispêndio de energia para se chegar ao resultado desejado.

Durante as entrevistas com os juizes federais do DF, essa relação entre o esforço adicional para julgar causas de Direito Internacional e a carga de trabalho veio à tona. Um(a) dos(as) participantes reconheceu que, quando chegam ações dessa natureza, “a gente tem que voltar lá, revisar, ver o básico”. Outro(a) foi ainda mais direto(a): “[q]uando chega aqui, sinceramente... eu não vou ter tempo de parar para dar uma estudada direito, eu tenho que resolver aquele negócio logo. Tenho que produzir e dar a sentença”. Quando o conhecimento e o tempo são escassos, mas o acervo processual é abundante, torna-se praticamente inexistente qualquer espaço para o preenchimento das lacunas do conhecimento e, assim, o Direito Internacional continua um desconhecido.

6 Conclusão

A análise das decisões proferidas pelos magistrados federais do DF nas causas internacionais e das entrevistas semiestruturadas realizadas conduziu à conclusão de que esses julgadores tendem a evitar, sempre que possível, a aplicação do Direito Internacional. A adoção dessa estratégia para lidar com o DIP é consequência do baixo grau de conhecimento que os juizes têm da disciplina. Esse déficit na formação gera uma hesitação nos julgadores, que, influenciados pela aversão ao esforço e pelo cansaço, potencializados pela carga excessiva de trabalho, são levados a fundamentar suas decisões em ramos do Direito mais familiares em vez de ingressar numa seara pouco conhecida.

A origem dessa falha na formação dos juizes, conforme foi apurado na pesquisa, está primordialmente na forma como o Direito Internacional é ensinado nas faculdades. A maioria dos magistrados entrevistados, das mais variadas gerações, utilizou expressões negativas para descrever a sua experiência com o Direito Internacional na graduação. E, de fato, há várias evidências de que uma parcela muito significativa de professores de DIP utiliza uma abordagem metodológica obsoleta que amplia a distância dos tópicos ministrados da realidade dos estudantes.

É necessário, por conseguinte, refletir sobre formas de capacitar os profissionais da área jurídica em geral e os juizes em particular para resolver problemas de Direito Internacional. Nesse contexto, algumas propostas parecem merecer uma discussão na comunidade jurídica. Uma ideia seria – mesmo se sabendo da crescente disputa das disciplinas

por espaço nos programas de graduação – insistir no aumento de horas e créditos dedicados ao Direito Internacional. Além disso, a disciplina deve ser deslocada do final do curso, quando os alunos estão mais focados em outras coisas, para o início ou meio do curso, preferencialmente no terceiro ou no quarto semestre.

Os professores de Direito Internacional também podem adotar algumas medidas. A primeira é dar mais importância à transdisciplinaridade por meio de discussões sobre as interações entre, de um lado, o Direito Internacional e, do outro, a Política, as Relações Internacionais, a Economia e a História. A influência positivista tende a fazer os professores de Direito, em geral, e de DIP, em particular, reduzirem os problemas jurídicos a questões meramente técnicas. Uma abordagem transdisciplinar, além de enriquecer a formação dos estudantes, tem o potencial de tornar o Direito Internacional mais próximo das suas realidades e mais atraente o estudo da disciplina³.

A segunda medida (diretamente ligada à primeira) é considerar questões locais e regionais nas discussões de sala de aula. Um problema do ensino do Direito Internacional que não pôde ser extraído das entrevistas, mas que já está documentado em outras pesquisas, é o seu caráter eurocêntrico, que vê o DIP como um Direito universal e uniformemente aplicado em todo o mundo. A discussão de problemas locais e regionais contribuiria para a formação de uma consciência crítica a respeito dos viesamentos não apenas do Direito Internacional mas também da forma como é correntemente ensinado.

A terceira é conciliar essas abordagens teóricas e críticas com maior ênfase na atuação prática. Essa medida pode ser bem-sucedida por meio do ensino de como o DIP é aplicado pelos tribunais internacionais e, especialmente, pelas cortes nacionais. A demonstração de que o DIP é necessário para a prática do Direito no Brasil provavelmente despertaria o interesse dos estudantes que não pretendem especializar-se na disciplina, seguir carreira diplomática ou trabalhar em organizações internacionais.

A quarta medida – e esta não seria propriamente incumbência dos professores de DIP, mas de outras disciplinas – é incluir o estudo das normas jurídicas internacionais no ensino dos diversos ramos do Direito. As aulas de Direito Civil, por exemplo, devem contemplar as normas convencionais sobre adoção internacional, sequestro internacional e alimentos internacionais; as aulas de Direito Penal devem incluir os crimes internacionais e o seu regime jurídico, e assim sucessivamente. Isso contribuiria para que os alunos percebessem a importância e a concretude do Direito Internacional.

³ Nesse sentido: “A agenda premente do ensino do direito internacional consiste em dotar os alunos de capacidade crítica de leitura e de compreensão desses acordos internacionais e do ambiente político e econômico no qual suas negociações ocorreram” (CELLI JUNIOR, 2016, p. 127).

Espera-se que essas mudanças tenham – no longo prazo – um impacto relevante na formação dos profissionais da área jurídica e, consequentemente, na dos juízes. Todavia, uma medida que certamente traria resultados mais rápidos seria o investimento no treinamento dos magistrados na atuação das causas internacionais. Esse é um campo frutífero para cursos das escolas judiciais, pois a maioria dos juízes participantes que admite ter um baixo grau de domínio do DIP afirma que gostaria de conhecê-lo mais e que esse conhecimento auxiliaria e enriqueceria o seu trabalho.

Sobre o autor

Anderson Santos da Silva é mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; juiz federal substituto do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília, DF, Brasil.

E-mail: andersons85@yahoo.com.br

Este trabalho apresenta parte dos resultados da pesquisa conduzida pelo autor durante o mestrado na UnB.

Como citar este artigo

(ABNT)

SILVA, Anderson Santos da. O recurso ao Direito interno como estratégia para a evitação do Direito Internacional: o caso da Justiça Federal do Distrito Federal. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 59, n. 236, p. 73-93, out./dez. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/236/ril_v59_n236_p73

(APA)

Silva, A. S. da (2022). O recurso ao Direito interno como estratégia para a evitação do Direito Internacional: o caso da Justiça Federal do Distrito Federal. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 59(236), 73-93. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/236/ril_v59_n236_p73

Referências

AMARAL JUNIOR, Alberto do. Problemas e desafios do ensino do direito internacional no Brasil. In: BADIN, Michelle Rattón Sanchez; BRITO, Adriane Sanctis de; VENTURA, Deisy de Freitas Lima (org.). *Direito global e suas alternativas metodológicas: primeiros passos*. São Paulo: FGV Direito SP, 2016. p. 121-126. (Coleção Acadêmica Livre). Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/17697>. Acesso em: 9 ago. 2022.

ANGHIE, Antony; REAL, Robert G. *Teaching and researching international law in Asia (TRILA) project: 2020 report*. Singapore: National University of Singapore, Centre for

International Law, 2020. Disponível em: <https://cil.nus.edu.sg/publication/teaching-and-researching-international-law-in-asia-trila-project-2020-report/>. Acesso em: 9 ago. 2022.

BENVENISTI, Eyal. Judicial misgivings regarding the application of international law: an analysis of attitudes of national courts. *European Journal of International Law*, [s. l.], v. 4, n. 1, p. 159-183, 1993. Disponível em: <http://www.ejil.org/article.php?article=1197&issue=67>. Acesso em: 9 ago. 2022.

BOURDIEU, Pierre. *Practical reason: on the theory of action*. Stanford, CA: Stanford University Press, 1998.

BRASIL. *Decreto nº 7.107, de 11 de fevereiro de 2010*. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, firmado na Cidade do Vaticano, em 13 de novembro de 2008. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7107.htm. Acesso em: 9 ago. 2022.

_____. *Lei de 11 de agosto de 1827*. Crêa dous Cursos de sciencias Juridicas e Sociaes, um na cidade de S. Paulo e outro na de Olinda [sic]. [Brasília, DF]: Presidência da República, 1827. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM.-11-08-1827.htm. Acesso em: 9 ago. 2022.

_____. *Lei nº 314, de 30 de outubro de 1895*. Reorganisa [sic] o ensino das Faculdades de Direito. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 1895. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-314-30-outubro-1895-540752-publicacaooriginal-41651-pl.html>. Acesso em: 9 ago. 2022.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Seção Judiciária do Distrito Federal (2. Vara Federal). *Processo nº 0009481-45.2016.4.01.3400*. Autora: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). Ré: União Federal. 11 de setembro de 2019a. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>. Acesso em: 9 ago. 2022.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Seção Judiciária do Distrito Federal (4. Vara Federal). *Processo nº 0019859-94.2015.4.01.3400*. Autora: Edalbrás Indústria e Comércio Ltda. Ré: União Federal (Fazenda Nacional). 24 de maio de 2016. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>. Acesso em: 9 ago. 2022.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Seção Judiciária do Distrito Federal (16. Vara Federal). *Processo nº 0026819-37.2013.4.01.3400*. Autor: Sindicato das Indústrias de Pesca e das Empresas Armadoras e Produtoras, Proprietárias de Embarcações de Pesca Industrial do Estado do Pará (SINPESCA). Réus: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama); União Federal. 3 de setembro de 2014. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>. Acesso em: 9 ago. 2022.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Seção Judiciária do Distrito Federal (22. Vara Federal Cível). *Processo nº 1012047-42.2019.4.01.3400*. Autor: Ministério Público Federal. Ré: União Federal. 11 de setembro de 2019b. Disponível em: <https://pje1g.trf1.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalleProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=e50df8d11162de31317ae471a5cd8c96af3414c1a4f4e9e3>. Acesso em: 9 ago. 2022.

BRILMAYER, Lea. International law in American courts: a modest proposal. *The Yale Law Journal*, [New Haven], v. 100, n. 8, p. 2.277-2.314, June 1991. Disponível em: <https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/1749>. Acesso em: 9 ago. 2022.

BRITO, Adriane Sanctis de; NASSER, Salem Hikmat. Ensinar direito internacional no Brasil: panorama de uma prática e seus desafios. *Revista Derecho del Estado*, [s. l.], n. 39, p. 119-135, jul./dic. 2017. DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n39.06>. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0122-98932017000200119&lng=en&nrn=iso&tlng=pt. Acesso em: 9 ago. 2022.

CASSESE, Antonio. Remarks on Scelle's theory of "role splitting" ("dédoulement fonctionnel") in international law. *European Journal of International Law*, [s. l.], v. 1, n. 1, p. 210-231, 1990. Disponível em: <http://www.ejil.org/pdfs/1/1/1126.pdf>. Acesso em: 9 ago. 2022.

CELLI JUNIOR, Umberto. Algumas respostas sobre o ensino e a pesquisa em direito internacional no Brasil. In: BADIN, Michelle Rattón Sanchez; BRITO, Adriane Sanctis de; VENTURA, Deisy de Freitas Lima (org.). *Direito global e suas alternativas metodológicas: primeiros passos*. São Paulo: FGV Direito SP, 2016. p. 127-130. (Coleção Acadêmica Livre). Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/17697>. Acesso em: 9 ago. 2022.

CONSELHO FEDERAL DE EDUCAÇÃO (Brasil). Resolução nº 3, de 25 de fevereiro de 1972. *Diário Oficial da União*: Seção 1, Brasília, DF, ano 110, n. 141, 26 jul. 1972.

CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO (Brasil). Câmara de Educação Superior. *Resolução CNE/CES nº 9, de 29 de setembro de 2004*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. [Brasília, DF: CNE, 2017]. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf. Acesso em: 9 ago. 2022.

_____. *Portaria nº 1.886, de 30 de dezembro de 1994*. Fixa as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do curso jurídico. [Brasília, DF: CNE], 1994. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/arquivo_artigo/art20100108-03.pdf. Acesso em: 9 ago. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Justiça em números 2020: ano-base 2019*. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 9 ago. 2022.

CUNHA, José Ricardo. Direitos humanos e justiciabilidade: pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, ano 2, n. 3, p. 138-172, dez. 2005. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452005000200009>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sur/a/bpFqCsWZjCdNSPnTXZvMTFr/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 9 ago. 2022.

DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Extraneous factors in judicial decisions. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, [s. l.], v. 108, n. 17, p. 6.889-6.892, Apr. 26, 2011. DOI: <https://doi.org/10.1073/pnas.1018033108>. Disponível em: <https://www.pnas.org/doi/10.1073/pnas.1018033108>. Acesso em: 9 ago. 2022.

EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The behavior of federal judges: a theoretical and empirical study of rational choice*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013.

ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira; SEEGER, Luana da Silva. O ensino jurídico no Brasil e o senso comum teórico dos juristas: um “olhar” a partir de Warat. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, BA, v. 5, n. 2, p. 92-120, jul./dez. 2018. DOI: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v5i02.239>. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/239>. Acesso em: 9 ago. 2022.

FALK, Richard A. The role of domestic courts in the international legal order. *Indiana Law Journal*, [s. l.], v. 39, n. 3, p. 429-445, 1964. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol39/iss3/2/>. Acesso em: 9 ago. 2022.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GAMBLE, John K.; BOTHA, Neville (comp.). *Final report of the ILA Committee on the Teaching of International Law*. London: ILA, 2010.

HIGGINS, Rosalyn. *Problems and process: international law and how we use it*. Oxford, UK: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1995.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KAMIYAMA, Marcel. Perceptions and attitudes with regard to public international law: empirical evidence from law students in the city of São Paulo. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, [s. l.], v. 4, n. 3, p. 76-97, out. 2017. DOI: <https://doi.org/10.19092/reed.v4i3.180>. Disponível em: <https://reedrevista.org/reed/article/view/180>. Acesso em: 9 ago. 2022.

LAUTERPACHT, Elihu. Implementation of decisions of international organizations through national courts. In: SCHWEBEL, Stephen M. (ed.). *The effectiveness of international decisions: papers of a conference of the American Society of International Law and the proceedings of the conference*. Leiden: A. W. Sijthoff; Dobbs Ferry, NY: Oceana Publications, 1971.

LAUTERPACHT, Hersch. Decisions of municipal courts as a source of international law. *British Yearbook of International Law*, [s. l.], v. 10, p. 65-95, 1929.

PESQUISA de documentos. [Brasília, DF]: TRF1, [2022]. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br/pesquisadocumentos/index.jsf>. Acesso em: 9 ago. 2022.

POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2008.

SCELLE, Georges. Le phénomène juridique du dédoublement fonctionnel. In: SCHÄTZEL, Walter; SCHLOCHAUER, Hans-Jürgen (hrsg.). *Rechtsfragen der internationalen Organisation: Festschrift für Hans Wehberg zu seinem 70. Geburtstag*. Frankfurt am Main: Klostermann, 1956. p. 324-342.

SEGAL, Jeffrey A. Judicial behavior. In: GOODIN, Robert E. (ed.). *The Oxford handbook of political science*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2013. p. 275-288.

SIMPSON, Gerry. On the magic mountain: teaching public international law. *European Journal of International Law*, [s. l.], v. 10, n. 1, p. 70-92, 1999. Disponível em: <http://www.ejil.org/pdfs/10/1/579.pdf>. Acesso em: 9 ago. 2022.

TONKISS, Fran. Discourse analysis. In: SEALE, Clive (ed.). *Researching society and culture*. 3rd ed. Thousand Oaks, CA: SAGE Publications, 2012. p. 405-423.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science*, [s. l.], v. 185, n. 4.157, p. 1.124-1.131, Sept. 27, 1974. DOI: <https://doi.org/10.1126/science.185.4157.1124>.

UNGER, Roberto Mangabeira. Uma nova faculdade de direito no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, [Rio de Janeiro], v. 243, p. 113-131, 2006. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v243.2006.42553>. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42553>. Acesso em: 9 ago. 2022.

Apêndice

Tabela de processos analisados

0000939-04.2017.4.01.3400	0069880-11.2014.4.01.3400
0014181-98.2015.4.01.3400	0008040-68.2012.4.01.3400
0019079-86.2017.4.01.3400	0001633-46.2012.4.01.3400
0043552-10.2015.4.01.3400	0053004-44.2015.4.01.3400
0065123-03.2016.4.01.3400	0068346-37.2011.4.01.3400
0067279-61.2016.4.01.3400	0060724-96.2014.4.01.3400
1012047-42.2019.4.01.3400	0022762-68.2016.4.01.3400
1015852-66.2020.4.01.3400	0043552-10.2015.4.01.3400
1006801-07.2015.4.01.3400	0022899-50.2016.4.01.3400
0071180-37.2016.4.01.3400	0071302-50.2016.4.01.3400
0073153-27.2016.4.01.3400	0004286-50.2014.4.01.3400
0073704-07.2016.4.01.3400	0081348-69.2014.4.01.3400
0074398-73.2016.4.01.3400	0085211-33.2014.4.01.3400
0013654-25.2010.4.01.3400	0028889-22.2016.4.01.3400

0056762-70.2011.4.01.3400	0071033-11.2016.4.01.3400
0044403-88.2011.4.01.3400	0006981-40.2015.4.01.3400
0044342-33.2011.4.01.3400	0041675-69.2014.4.01.3400
0029986-96.2012.4.01.3400	0022033-08.2017.4.01.3400
0049532-40.2012.4.01.3400	0071034-93.2016.4.01.3400
2009.34.21815-5	0008035-46.2012.4.01.3400
009569-88.2013.4.01.3400	0000524-26.2014.4.01.3400
059532-70.2010.4.01.3400	0008224-82.2016.4.01.3400
053342-57.2011.4.01.3400	0008218-75.2016.4.01.3400
29638-0.2008.4.01.3400	0042220-71.2016.4.01.3400
064184-96.2011.4.01.3400	0047332-21.2016.4.01.3400
015837-95.2012.4.01.3400	0036277-73.2016.4.01.3400
053775-90.2013.4.01.3400	0009041-54.2013.4.01.3400
059018-49.2012.4.01.3400	0062830-94.2015.4.01.3400
0026281-56.2013.4.01.3400	1025295-75.2019.4.01.3400
0046502-31.2011.4.01.3400	1009444-93.2019.4.01.3400
0049580-62.2013.4.01.3400	1025358-37.2018.4.01.3400
0078724-81.2013.4.01.3400	1012831-53.2018.4.01.3400
0022600-15.2012.4.01.3400	1033914-91.2019.4.01.3400
0001875-34.2014.4.01.3400	1017222-17.2019.4.01.3400
0005320-94.2013.4.01.3400	1015437-20.2019.4.01.3400
0026819-37.2013.4.01.3400	1008041-89.2019.4.01.3400
0032210-36.2014.4.01.3400	1021479-22.2018.4.01.3400
0054466-75.2011.4.01.3400	1000674-48.2020.4.01.3400
0048339-87.2012.4.01.3400	1006389-08.2017.4.01.3400
0047657-64.2014.4.01.3400	1004823-58.2016.4.01.3400
0047024-53.2014.4.01.3400	1001531-31.2017.4.01.3400
0009077-62.2014.4.01.3400	1007170-30.2017.4.01.3400
0060618-37.2014.4.01.3400	1003598-66.2017.4.01.3400
0001985-94.2015.4.01.3400	0043543-48.2015.4.01.3400
0037563-57.2014.4.01.3400	0073157-64.2016.4.01.3400
0018138-10.2015.4.01.3400	00092.0001520-4.4.01.3400
0036550-86.2015.4.01.3400	0023604-92.2009.4.01.3400
0010987-56.2016.4.01.3400	0042070-90.2016.4.01.3400
0079479-53.2013.4.01.3400	0017618-16.2016.4.01.3400
0034816-03.2015.4.01.3400	0009481-45.2016.4.01.3400
0037006-70.2014.4.01.3400	

As más escolhas alimentares como impedimento à efetivação do direito humano à alimentação adequada

ÉRICA VALENTE LOPES
JOÃO LUÍS NOGUEIRA MATIAS

Resumo: Com a elevada inflação entre 2020 e 2021, o aumento do preço de alimentos essenciais à nutrição humana limitou a tomada de decisões de considerável parcela de brasileiros. Devido à perda de poder aquisitivo, ela se viu forçada a optar por alimentos mais baratos e com baixo teor nutricional. Os reflexos negativos são observados no aumento da insegurança alimentar, conforme dados da FAO e do IBGE. Apesar da alta de preços, a produção alimentar das *commodities* atingiu recordes. O artigo desenvolve-se baseado nestas indagações: como se pode relacionar o direito à alimentação adequada e insegurança alimentar? O aumento da insegurança alimentar se deve à escassez na produção alimentícia ou a problemas de acesso econômico? Quais as consequências da insegurança alimentar e quais as formas de minorá-las? A metodologia utiliza o raciocínio dedutivo fundamentado em fontes bibliográficas e documentais para desenvolver pesquisa interdisciplinar, com caráter exploratório e abordagem qualitativa, na articulação do direito humano à alimentação adequada e de insegurança alimentar.

Palavras-chave: direito à alimentação saudável; insegurança alimentar; acesso econômico; más escolhas alimentares.

Bad food choices as an impediment to the effectiveness of the human right to adequate food

Abstract: The increase of inflation, between 2020/2021, caused an increase in the price of essential foods for human nutrition, causing limitations in the decision-making of a considerable portion of Brazilians. Due to the loss of purchasing power, the option for cheaper foods was forced. However they are low nutritional content. The negative effects are observed in increase of food insecurity according to data from FAO and IBGE. Despite the rise in prices, food production of commodities

Recebido em 15/3/22
Aprovado em 2/8/22

reached records. From this paradox, it is questioned: How are the right to adequate food and food insecurity related? Is the increase in food insecurity due to shortages in food production or to problems of economic access? What are the consequences of food insecurity and what are the ways to alleviate them? From these questions, the article is developed. The methodology uses deductive reasoning, based on bibliographic and documentary sources to develop interdisciplinary research, with an exploratory character and a qualitative approach, in the articulation of the human right to adequate food and food insecurity.

Keywords: right to healthy food; food insecurity; economical access; bad food choices.

1 Introdução

O Brasil deixou o Mapa da Fome em 2014 devido aos resultados positivos das políticas sociais desenvolvidas nos anos anteriores. Desde então, por motivos diversos, entre eles a pandemia de Covid-19, a realidade modificou-se e evidencia que o Brasil retornou a ele.

Além das questões sociais preexistentes do desemprego e diminuição da renda acarretada pela crise econômica, a alta no valor dos alimentos foi determinante do aumento da inflação e, portanto, da dificuldade de sua aquisição. Ao longo desse período, a produção das *commodities* atingiu recordes. Contudo, a expansão do setor agroalimentar não impactou positivamente o mercado interno, que tem enfrentado alta significativa do preço dos produtos *in natura* e minimamente processados, os mais indicados para uma alimentação saudável pelo *Guia alimentar para a população brasileira* (BRASIL, 2014). Como consequência, houve a diminuição do consumo familiar desses alimentos e o incremento do consumo de produtos mais baratos e menos nutritivos: os ultraprocessados.

A segurança alimentar e nutricional (SAN) é corolário do direito humano à alimentação adequada (DHAA), garantido no art. 25 da Declaração Universal de Direitos Humanos (NAÇÕES UNIDAS, [1948]) e, internamente, no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, [2022]). Consiste no “acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, [...] tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica

e socialmente sustentáveis”, como preceitua o art. 3º da Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (Losan) (Lei nº 11.346/2006 (BRASIL, [2021])).

A insegurança alimentar classifica-se em três graus, conforme o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (2014): leve, moderada e grave. Há maior preocupação com o aumento do número de pessoas nos últimos cenários, em que o alimento não é suficiente para a família, e no último também não o é para crianças.

Com respaldo na situação fática representada por índices e pesquisas oficiais, objetiva-se analisar em que medida contraria o DHAA a mudança do comportamento do consumidor, que passou a adquirir produtos mais baratos e com menos nutrientes, forçado pela perda de poder aquisitivo. Parte-se das seguintes questões: como se relacionam a insegurança alimentar e o DHAA? O aumento da insegurança alimentar deve-se à escassez na produção de alimentos ou a problemas relacionados ao acesso econômico? Quais as consequências da insegurança alimentar e as formas de minorá-los?

Inicialmente, delimita-se o DHAA ao se destacar que a segurança alimentar é precursora de sua efetivação. Na segunda seção, são analisados dados referentes ao crescimento econômico e à alta inflação dos alimentos, relacionando-os a fim de compreender os reais motivos do aumento da insegurança alimentar. Na sequência, analisa-se o reflexo das más escolhas alimentares decorrentes da crise econômica e seu impacto na saúde e na boa nutrição. Por fim, são apresentadas as conclusões.

2 O redimensionamento jurídico do direito humano à alimentação adequada e os modos de aferir sua efetividade

Naturalmente, a relação dos seres humanos com o alimento tem evoluído ao longo do tempo, e neste início de século não se pode falar sobre o ato de comer sem associá-lo à saúde e ao bem-estar. O direito à alimentação tem estatura de direito humano desde a Declaração de Direitos Humanos de 1948. Contudo, novos dimensionamentos jurídicos permitem interpretar o problema da falta de comida como uma questão social.

A segurança alimentar é parte dessa evolução normativa e está intrinsecamente vinculada à garantia do DHAA, como será demonstrado a seguir. Também serão explicitados os métodos de aferição dos índices de segurança alimentar. Indica-se, ao final, o que melhor se aplica à realidade brasileira.

2.1 O redimensionamento normativo do direito humano à alimentação adequada

A utilização do termo *segurança alimentar* é posterior à Segunda Guerra Mundial e inicialmente era compreendido de forma restrita. Limitava-se ao que cada país poderia produzir em alimento a fim de que seus habitantes não passassem fome (BURITY; FRANCESCHINI; VALENTE; RECINE; LEÃO; CARVALHO, 2010, p. 11). Em 1945, foram criadas a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (Food and Agriculture Organization of the United Nations) (FAO), iniciando-se um processo de mudança conceitual do termo.

Em virtude especialmente do trabalho, reflexão e ativismo de Josué de Castro¹, desde a década de 1940 a fome tem sido encarada no Brasil como problema nacional resultante de desigualdades sociais. O médico demonstrou como amplos setores da população brasileira viviam em estado permanente de fome crônica e aguda, sendo um problema de justiça social. Em razão de sua expertise, foi eleito presidente do Conselho Executivo da FAO, sediado em Roma, cargo que exerceu entre 1952 e 1956.

Ressalte-se a importância da FAO, que atua no combate à fome e à pobreza, na promoção do desenvolvimento agrícola, na melhoria da nutrição, na busca da segurança alimentar e no acesso contínuo de todas as pessoas, sem distinção, aos alimentos necessários para uma vida ativa e saudável (BURITY; FRANCESCHINI; VALENTE; RECINE; LEÃO; CARVALHO, 2010, p. 6). É, por princípio, um fórum neutro, no qual os países desenvolvidos e em desenvolvimento se reúnem de forma igualitária para negociar acordos, debater políticas e impulsionar iniciativas estratégicas.

Em 10/12/1948, durante a Assembleia Geral da ONU em Paris, foi assinada a Declaração Universal de Direitos Humanos (NAÇÕES UNIDAS, [1948]), em cujo art. 25.1² se prevê que cada pessoa ou família tem direito

¹ “Médico, professor, geógrafo, sociólogo e político, Josué de Castro fez da luta contra a fome a sua bandeira. Nascido em 1908, em Pernambuco, Josué de Castro foi autor de inúmeras obras, apresentando idéias [*sic*] revolucionárias para a época, como os primeiros conceitos sobre o desenvolvimento sustentável. Josué de Castro foi um homem que estudou a fundo as causas da miséria no País e no mundo e afirmava que ambas eram frutos de uma sociedade injusta. Suas ideias o levaram a ser reverenciado em todo o mundo, com livros traduzidos em mais de 25 idiomas e duas indicações para o Prêmio Nobel da Paz” (BURITY; FRANCESCHINI; VALENTE; RECINE; LEÃO; CARVALHO, 2010, p. 6). Sua obra mais conhecida é *Geografia da Fome* (CASTRO, 2003).

² Art. 25.1: “Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade” (NAÇÕES UNIDAS, [1948]).

à alimentação. Àquela época, a questão alimentar ainda era concebida como disponibilidade insuficiente de alimentos.

Com efeito vinculante para os países signatários, a Declaração menciona o direito à alimentação sem especificar como assegurá-lo. Apenas em 19/12/1966, no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (NAÇÕES UNIDAS, 1992), passa a figurar no art. 11.1³ o termo *alimentação adequada*, com o objetivo de qualificar o modo como o direito à alimentação deve ser assegurado.

Desde então, buscou-se conceituar no que consistia o DHAA. A Conferência Mundial de Alimentação de 1974, realizada em Roma, redimensionou esse direito humano, pois revelou que a questão da fome estava mais relacionada à distribuição irregular e iníqua de alimentos do que propriamente à sua produção.

Anos depois, durante a I Conferência Nacional de Alimentação e Nutrição, ocorrida no Brasil em 1986, agregaram-se ao conceito duas dimensões, a do acesso físico e a do acesso econômico, pois, em muitos casos, os famintos não têm como adquirir comida, tampouco com a regularidade necessária. Valente (2002, p. 265) explicita os conceitos de acessibilidade física e econômica, destacando que a segunda “é uma medida de adequação do processo de fruição do direito à alimentação adequada”⁴.

³ Art. 11.1: “Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento” (NAÇÕES UNIDAS, 1992).

⁴ “Acessibilidade física significa que uma alimentação adequada deve ser acessível a todos, inclusive aos indivíduos fisicamente vulneráveis, tal como crianças até seis meses de idade e crianças mais velhas, pessoas idosas, deficientes físicos, doentes terminais e pessoas com problemas médicos persistentes, inclusive os doentes mentais. Vítimas de desastres ambientais, pessoas vivendo em áreas de alto

Como resultado, a dimensão de acesso físico e econômico à comida teve a adição da preocupação com a segurança, a qualidade e o caráter nutritivo que se espera de um alimento, pois a saúde do ser humano é o objetivo a ser atingido. Esses redimensionamentos culminaram no conceito de *segurança alimentar* unida à *nutricional*, em que esta tem relação com a escolha, o preparo, o consumo do alimento, e aquela, com a utilização biológica e a saúde dos seres. O conceito compreende a garantia às pessoas do mínimo essencial para estarem sadias e livres da fome, em respeito à dignidade da pessoa humana:

A segurança alimentar e nutricional consiste em garantir condições de acesso a alimentos básicos, seguros e de qualidade, em quantidade suficiente, de modo permanente e sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, com base em práticas alimentares saudáveis, contribuindo assim para uma existência digna em um contexto de desenvolvimento integral da pessoa humana (VALENTE; BEGHIN; IMMINK; COITINHO; RONDÓ; SHRIMPTON; CHAVES, 2002, p. 48).

Entre o final da década de 1980 e o início da seguinte, ao conceito de segurança alimentar incorporou-se a ideia de acesso a alimentos seguros (não contaminados biológica ou quimicamente), com qualidade (nutricional, biológica, sanitária e tecnológica), produzidos de maneira

risco e outros grupos particularmente prejudicados podem necessitar de atenção especial e, em certos casos, ser priorizados com relação à acessibilidade ao alimento. Uma vulnerabilidade particular é aquela de grupos indígenas, cujo acesso às suas terras ancestrais pode estar ameaçado. Acessibilidade econômica significa que os custos financeiros, pessoais e familiares, associados com a aquisição de alimento para determinada dieta, deveriam ser de tal ordem que a satisfação de outras necessidades básicas não fosse ameaçada ou comprometida. Grupos socialmente vulneráveis, como os sem terra e outros segmentos empobrecidos da população, podem necessitar do apoio de programas especiais” (VALENTE, 2002, p. 265).

sustentável, equilibrada e aceitáveis culturalmente, além de incorporar a noção de acesso à informação. Com as declarações da FAO e da World Health Organization (Organização Mundial da Saúde) (OMS) na Conferência Internacional de Nutrição realizada em Roma em 1992, essa visão foi consolidada. Acrescentavam-se definitivamente ao conceito de SAN os aspectos nutricional e sanitário (VALENTE; BEGHIN; IMMINK; COITINHO; RONDÓ; SHRIMPTON; CHAVES, 2002, p. 41).

A pressão internacional e social pós Rio-92 culminou na promulgação do Decreto nº 591, de 6/7/1992, que internalizou o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e, com ele, o DHAA. Apesar do avanço, os esforços governamentais ainda se centravam no enfrentamento do círculo vicioso de fome, miséria e violência.

Em 1993, com a criação do Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (Consea), a segurança alimentar finalmente passou a ser assunto de governo e de justiça social. No mesmo ano foi elaborado o Mapa da Fome pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) (LOPES; CHEHAB, 2009, p. 26). A despeito dos progressos, a luta pela efetivação dos direitos alimentares enfrentou momentos delicados, como a extinção do Consea em 1995.

Por ocasião da Cúpula Mundial da Alimentação – organizada pela FAO e realizada em Roma em 1996 –, a SAN passou a ser considerada garantia de efetivação do DHAA, pois esta não se reduz ao mero ato de comer. Como resultado, a Declaração de Roma sobre a Segurança Alimentar Mundial e o Plano de Ação da Cimeira Mundial da Alimentação⁵ foram firmados com o objetivo de combater a fome no mundo.

⁵“Nós reconhecemos a necessidade de adoptar políticas que levem a investir no desenvolvimento de recursos humanos, na pesquisa e nas infraestruturas, para se alcançar a segurança alimentar. Devemos encorajar e criar fontes de emprego e de rendimento e também promover um acesso equitativo a recursos produtivos e financeiros. Concordamos com o facto que o comércio é um elemento chave para a segurança alimentar. Concordamos em adoptar políticas de comércio alimentar e políticas comerciais em geral que irão incentivar os nossos produtores e consumidores a utilizarem os recursos disponíveis em modo economicamente sólido e sustentável. Reconhecemos a importância, para a segurança alimentar, de uma agricultura sustentável, da pesca, silvicultura e desenvolvimento rural sustentáveis em zonas pobres, bem como em áreas potencialmente mais ricas. Reconhecemos o papel fundamental dos agricultores, pescadores, silvicultores, das populações indígenas e das suas comunidades, de todas as pessoas envolvidas no sector alimentar e também das suas organizações, quando apoiadas por uma efectiva investigação e extensão, na obtenção da segurança alimentar. As nossas políticas de desenvolvimento sustentável promoverão uma participação integral, darão plenos poderes às pessoas, especialmente mulheres, uma distribuição equitativa de rendimentos, acesso aos cuidados de saúde e de educação, assim como oportunidades para os jovens. Uma atenção especial deve ser dada àqueles que não podem produzir ou ter acesso a alimentos suficientes que lhes assegure uma dieta adequada, incluindo os indivíduos afectados por guerras, distúrbios civis, desastres naturais ou mudanças do meio ambiente provocados pela alteração das condições climáticas. Somos conscientes da necessidade de uma acção urgente de combate contra as pragas, secas e degradação dos recursos naturais, incluindo a desertificação, pesca excessiva e a erosão da diversidade biológica” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ALIMENTAÇÃO E A AGRICULTURA, 1996).

A imprecisão do adjetivo *adequada* levou à necessidade de aclarar seu sentido. Disso resultou em 1999 o Comentário Geral nº 12 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, cujo art. 11 dispõe sobre como o DHAA se concretiza (NAÇÕES UNIDAS, [2016], p. [2]): “direito à alimentação adequada realiza-se quando cada homem, mulher e criança, sozinho ou em companhia de outros, tem acesso físico e econômico, ininterruptamente, à alimentação adequada ou aos meios para sua obtenção”.⁶ O documento afirma a progressividade do direito e enfatiza a responsabilidade estatal na sua proteção:

O direito à alimentação adequada não deverá, portanto, ser interpretado em um sentido estrito ou restritivo, que o equaciona em termos de um pacote mínimo de calorias, proteínas e outros nutrientes específicos. O direito à alimentação adequada terá de ser resolvido de maneira progressiva. No entanto, os estados têm a obrigação precípua de implementar as ações necessárias para mitigar e aliviar a fome, como estipulado no parágrafo 2 do artigo 11, mesmo em épocas de desastres, naturais ou não (NAÇÕES UNIDAS, [2016], p. [2]).

Conforme se infere, o Comentário Geral nº 12 representou um passo significativo na definição do DHAA e dos meios para sua efetivação. Eide (2002, p. 223) destaca a credibilidade da interpretação por ser proveniente do organismo supervisor responsável pelo monitoramento da implementação do DHAA pelos Estados

⁶ Destaque-se igualmente a definição do DHAA em 2002 pelo relator especial da ONU para o direito à alimentação, Olivier de Schutter (apud BURITY; FRANCESCHINI; VALENTE; RECINE; LEÃO; CARVALHO, 2010, p. 163): “O direito à alimentação adequada é um direito humano inerente a todas as pessoas de ter acesso regular, permanente e irrestrito, quer diretamente ou por meio de aquisições financeiras, a alimentos seguros e saudáveis, em quantidade e qualidade adequadas e suficientes, correspondentes às tradições culturais do seu povo e que garanta uma vida livre do medo, digna e plena nas dimensões física e mental, individual e coletiva”.

signatários: “este comentário geral figurará, em tempos vindouros, como o documento oficial de maior autoridade, formulado até esta data, com referência ao direito à alimentação”.

O mesmo entendimento é expresso por Siqueira, Cotta, Ribeiro, Sperandio e Priore (2014, p. 302), para os quais

duas contribuições ficaram mais claras ao longo do processo de formulação do Comentário Geral nº 12: primeiro, o reconhecimento do provimento dos direitos como obrigação do Estado e, segundo, a inter-relação do DHAA com o conceito mais amplo de segurança alimentar, uma vez que sua realização não é somente relacionada ao provimento do alimento, mas a uma abrangência mais ampla que contempla outros direitos.

Em 1999, no âmbito do Ministério da Saúde, o DHAA foi incluído como princípio norteador na Política Nacional de Alimentação e Nutrição (PNAN). A SAN ganhou impulso com a criação do Programa Fome Zero e a reativação do Consea em 2003 – o qual foi extinto pela Medida Provisória nº 870/2021 (PEIXINHO, 2007, p. 12). A importância do Conselho estava na ampla composição, com 38 representantes da sociedade civil e 19 ministros de Estado, além de atuar como ponte de comunicação junto ao governo federal, por meio da elaboração de propostas e monitoramento de iniciativas públicas de SAN, incluindo as ações de regulação (FIAN BRASIL, 2019, p. 82).

Em 2000, preocupada com os índices de mortalidade infantil por inanição e fome mundial, a ONU reuniu representantes de 189 países para a Cúpula do Milênio. Das discussões e propostas surgiram os *Objetivos de Desenvolvimento do Milênio até 2015* (ODM). Neles estão contidas oito metas dirigidas a áreas prioritárias para a melhoria das condições de saúde, educação, bem como a eliminação da extrema pobreza. Nas metas 1 e 2, por exemplo, objetivava-se reduzir,

respectivamente, a proporção da população com renda inferior a U\$ 1,00 por dia e a da população que sofre com a fome (LAURENTI, 2005, p. 3-4).

Como se observa, a origem e o desenvolvimento do conceito de SAN permitiram atrair olhares para a problemática de forma a reconfigurar o DHAA. Essas novas dimensões foram incorporadas por ocasião da 2ª Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, realizada em Olinda em março de 2004 (CONFERÊNCIA NACIONAL DE SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL, [2004]). O conceito adotado evoluiu e propiciou a edição da Losan, constituindo um avanço na promoção e garantia do DHAA como objetivo e meta da Política de Segurança Alimentar e Nutricional, disposto no art. 3º da Losan:

Art. 3º A *Segurança Alimentar e Nutricional* consiste na realização do direito de todos ao *acesso regular e permanente* a alimentos de *qualidade*, em *quantidade suficiente*, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de *saúde* que respeitem a *diversidade cultural* e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente *sustentáveis* (BRASIL, [2021], grifos nossos).

A partir da promulgação da Losan,

a garantia do direito à alimentação torna-se mais que uma reivindicação social. Transforma-se em um compromisso estatal, sendo dever do Estado efetivá-lo. As instituições e os poderes estatais, a exemplo do Executivo, Judiciário, Legislativo e Ministério Público, tornam-se responsáveis por sua implementação. [...] A LOSAN é uma legislação que ensina muito sobre o reconhecimento e sobre os desafios que se impõem aos direitos. Ela é o resultado [de] uma etapa de [...] intensa mobilização social que dura, ao menos, 70 anos (ROCHA, 2016-2017, p. 108-111).

Apesar da normatização internacional e infraconstitucional, o direito à alimentação foi incluído na CRFB somente após a Emenda Constitucional (EC) nº 64/2010, que o inseriu no rol dos direitos sociais do art. 6º⁷. O direito subjetivo protegido não é apenas a garantia da alimentação, mas a de que ela seja efetivada de forma saudável e adequada para resguardar a dignidade da pessoa humana. O Brasil obteve bons resultados referentes à diminuição da fome, o que permitiu sair do Mapa da Fome em 2014⁸.

⁷Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, [2022]).

⁸O investimento em programas sociais e a valorização do salário mínimo, ocorridos entre 2001 e 2012, permitiram que a renda dos 20% mais pobres crescesse três vezes mais do que a renda dos 20% mais ricos. Com isso, em 2014 o Brasil saiu do Mapa da Fome da FAO, o que significa que menos de 5% de sua população viviam em situação de insegurança alimentar (FIAN BRASIL, 2019, p. 83).

Primando pela continuidade das políticas desenvolvidas, em 2015 mais de 150 líderes reuniram-se em Nova Iorque com o intuito de adotar uma nova agenda mundial, ampliando as metas fixadas nos ODMs, as quais majoritariamente se referiam ao combate à fome, para integrá-las em 17 metas pautadas no desenvolvimento sustentável (SOBRE..., c2022).

Dada à vinculação com o tema, destacam-se: o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) nº 2, que fixa a meta de “acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável”; o ODS nº 3, que objetiva “assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todas e todos, em todas as idades”; o ODS nº 12, com o fim de “assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis”; e o ODS nº 17, instrumento de efetivação das três anteriores com o fito de “fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável” (SOBRE..., c2022).

Com base na análise de elementos históricos, políticos, econômicos, compreende-se o processo evolutivo pelo qual passou a concepção da alimentação, desde sua forma restrita à fome até a garantia do DHAA, primando pela qualidade nutricional e segurança alimentar.

Importa, contudo, analisar como pode ser aferida a segurança alimentar, a fim de mensurar o grau de efetivação do DHAA.

2.2 Métricas e parâmetros de mensuração

O grau de segurança alimentar de uma população é pressuposto para aferir o cumprimento do DHAA. No entanto, sua mensuração é complexa, pois os indicadores envolvem diferentes áreas de conhecimento: economia, direito, agricultura, educação, saúde, nutrição, assistência social, sociologia, antropologia, psicologia, entre outras. Tomadas isoladamente, são insuficientes para a compreensão integral do problema (KEPPLE; CORRÊA, 2011, p. 188).

Por ser um conceito complexo, é imprescindível destacar o acesso físico, ligado à disponibilidade do alimento; o econômico, quanto à renda para adquiri-lo; e o qualitativo, que não seja tóxico e tenha bom teor nutricional. Nesse sentido, serão abordados dois indicadores de segurança alimentar, um internacional (Sofi) e um nacional (Ebia), para que ao final se justifique a opção pelo indicador brasileiro.

2.2.1 Escala Internacional de Insegurança Alimentar

Anualmente, a FAO publica o relatório *The State of Food Security in the World* (O estado da insegurança alimentar no mundo), também

conhecido como Sofi. Nele são apresentadas análises e resultados relativos aos continentes e aos diversos países. Atente-se em que os termos *food security* e *food safety*, comumente encontrados na literatura estrangeira, se reúnem no Brasil sob a expressão *segurança alimentar*.

Food security é a garantia de acesso aos alimentos e “abrange todo o conjunto de necessidades para a obtenção de uma nutrição adequada à saúde”. E *food safety* significa “a garantia do consumo alimentar seguro no âmbito da saúde coletiva” com produtos livres de contaminantes agroquímicos, biológicos (organismos patogênicos) ou de outras substâncias que possam colocar em risco sua saúde (CAVALLI, 2001, p. 41).

O grau de segurança alimentar medido no Sofi pauta-se no *food security* e é composto por sete indicadores globais, utilizados desde meados da década de 1970. São eles: (1) “relações entre estoques e demanda globais”; (2) “entre estoques finais e vendas”; (3) “modificações na produção de três grupos de países”; (4) “movimentos de preço internacionais, todos esses indicadores referindo-se a cereais”; (5) “índice domiciliar agregado por país”; (6) “monitoramento de tendências”; e (7) “fatores de vulnerabilidade em nível nacional, bem como uma série de outros dados e medições auxiliares cada vez mais sofisticados” (ALENCAR, 2001, p. 141).

Como se observa, esses indicadores baseiam-se na disponibilidade calórica média diária *per capita*⁹, calculada com base no balanço entre alimentos produzidos, exportados e as estimativas de desperdício. Esse cálculo é transformado em calorias e, ao final, dividido pelo número de habitantes. Os valores disponíveis são medidos, avaliados e acompanhados ano a ano, por sexo e idade, a fim de averiguar e comparar o grau de vulnerabilidade à carência alimentar dos diferentes países (KEPPLE; CORRÊA, 2011, p. 189).

⁹ A FAO recomenda a ingestão diária ideal de 2.200 kcal.

O indicador de segurança alimentar do Sofi é um bom parâmetro como comparativo histórico entre países. No entanto, deixa a desejar na identificação de populações locais sob o risco de insegurança alimentar, pois leva em conta somente uma faceta do conceito, a disponibilidade dos alimentos. Deixa à margem, portanto, o acesso econômico a eles e sua utilização biológica, como o impacto na saúde, com base em outros parâmetros qualitativos, mensurados pelo indicador brasileiro.

2.2.2 Escala Brasileira de Medida da Insegurança Alimentar

A Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (PNSAN) foi criada pelo Decreto nº 7.272, de 25/8/2010 (BRASIL, 2010), o qual regulamentou a Losan. Esse decreto visa “assegurar o direito humano à alimentação adequada” mediante a criação do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (Sisan), com vistas a delimitar as diretrizes, a abrangência do conceito (art. 4º), a responsabilidade do Poder Público (art. 2º, § 2º), o monitoramento (art. 8º, III) e a avaliação no País, “que deverão ser feitos por um sistema constituído por instrumentos e metodologias capazes de aferir a realização progressiva deste direito” (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2014, p. [25]).

Para obter um indicador mais próximo da realidade brasileira, alguns parâmetros qualitativos foram necessários, e os indicadores norte-americanos Cornell/Radimer serviram como principal influência. Eles partem da perspectiva de vida das pessoas, para depois serem formulados os indicadores quantitativos de medição. Atualmente a medição realizada pelo Departamento de Agricultura dos EUA baseia seus 18 indicadores nos desenvolvidos pelos pesquisadores, permitindo a mensuração

da magnitude do problema, bem como a gradação da restrição em *leve*, *moderada* e *grave* (CORRÊA, 2007, p. 145).

A influência norte-americana propiciou em 2003 a formulação e o desenvolvimento da Escala Brasileira de Medida da Insegurança Alimentar (Ebia) por pesquisadores da Universidade de Campinas, sob a liderança da médica e professora Ana Maria Segall Corrêa. O propósito da Ebia é “medir, diretamente, a percepção de insegurança alimentar e fome em nível domiciliar, o que possibilita a estimativa de sua prevalência na população” (KEPPLE; CORRÊA, 2011, p. 195), e ser uma ferramenta capaz de mensurar a dimensão do acesso aos alimentos.

Das dezoito perguntas do original norte-americano foram mantidas quinze, pois os participantes brasileiros preferiram questionários no formato de perguntas diretas. Os grupamentos conceituais permitem estimar as prevalências de segurança alimentar e classificar os domicílios em quatro níveis: *com* segurança alimentar e *em* insegurança alimentar *leve*, *moderada* ou *grave*, mediante a aferição das variáveis respondidas conforme a Tabela (CORRÊA, 2007, p. 146-147).

Tabela

Pontuação para a classificação dos domicílios nas categorias de segurança alimentar

Categoria	Famílias com menores de 18 anos	Famílias sem menores de 18 anos
Segurança alimentar	0	0
Insegurança alimentar leve	1 a 5	1 a 3
Insegurança alimentar moderada	6 a 10	4 a 6
Insegurança alimentar grave	11 a 15	7 a 8

Fonte: elaborada pelos autores com base em Corrêa (2007, p. 150).

Saliente-se que a Ebia tem como base o conceito de SAN advindo da 2ª Conferência Nacional de Segurança Alimentar, o mesmo disposto na Losan. A medição do grau de carência alimentar brasileiro está diretamente associada ao nível de renda e foi validada em alguns estados a fim de contemplar as especificidades regionais. Resultou, assim, num instrumento de medida aplicável à população brasileira tanto rural quanto urbana, em famílias com ou sem menores de 18 anos, com nível de confiança entre 0,87 a 0,95 (CORRÊA, 2007, p. 149).

Por ser de baixo custo e fácil aplicação, a Ebia começou a ser usada por gestores das políticas públicas nacionais para o diagnóstico da insegurança alimentar, bem como para o monitoramento e a avaliação das ações de combate à fome no País (CORRÊA, 2007, p. 152). É o indicador

utilizado desde 2004 para medir a insegurança alimentar na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD).

Desse modo, levando em consideração que este artigo tem como cerne a análise dos custos estatais da insegurança alimentar brasileira, considera-se esse indicador o mais adequado à medição da real condição alimentar das famílias.

3 O desequilíbrio na balança socioeconômica alimentar brasileira entre 2020 e 2021 e a insegurança alimentar

Nesta seção, será analisado o desequilíbrio socioeconômico brasileiro ocorrido no consumo interno de bens essenciais entre 2020 e 2021, o que limitou o acesso a alimentos saudáveis com a consequente ameaça de aumento de insegurança alimentar e retorno do País ao Mapa da Fome.

Milhares de famílias brasileiras tiveram seus rendimentos diminuídos ou eliminados pelo desemprego provocado pela pandemia da Covid-19. Como agravante, o valor dos alimentos subiu, cerceando a escolha do consumidor que optou por alimentos mais baratos e, consequentemente, de baixo teor nutricional. A todo esse contexto some-se o estilo de vida contemporâneo que favorece o consumo de produtos processados.

3.1 O paradoxo do incremento da produção agrícola e a alta do preço de alimentos saudáveis

O desenvolvimento da produção agrícola possibilitou o aumento de produção em menores espaços – impulso originado na década de 1950, quando diversas nações em desenvolvimento aderiram à Revolução Verde diante da perspectiva de que o uso de agrotóxicos

poderia debelar a fome no mundo (SHIVA, 1997, p. 64). Nessa época, como se viu, o entendimento sobre a insegurança alimentar ainda se apoiava na ideia de produção insuficiente de alimentos, com repercussão principalmente em países pobres.

Enquanto isso, segundo dados colhidos e categorizados pela Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa) (2018, p. 17), entre 1977 e 2017 a produção de grãos¹⁰ no Brasil cresceu mais de cinco vezes, passando de 47 a 237 milhões de toneladas em 2018; por outro lado, a área plantada aumentou apenas 60%. Entretanto, o maior impulso ocorreu a partir de 1990 com a difusão da biotecnologia e “em grande parte devido ao crescimento das exportações, que se tornaram a força motriz do crescimento recente da agricultura brasileira”. Entre 1990 e 2017, o saldo da balança agrícola brasileira aumentou quase dez vezes e alcançou em 2017 o valor de US\$ 81,7 bilhões, o que contribuiu para o equilíbrio das contas externas do País.

Durante a pandemia em 2020, o setor agrícola não sofreu grandes impactos, permanecendo em contínua ascensão, um setor da economia nacional com resultado positivo no PIB do primeiro trimestre 1,9% maior do que os três primeiros meses do ano anterior. A esse percentual foram gerados R\$ 120 bilhões (CIRILLO, 2020), com safras recordes e estimativa de rendimento nas lavouras em 302 milhões de toneladas até 2027/2028. Um crescimento de 2,5% ao ano de monoculturas alimentares, com prevalência da soja e do algodão.

Entre 2020 e 2021 a inflação aumentou, capitaneada pelo aumento dos preços dos alimentos, diminuindo o poder de compra do consumidor. Em 2020, os preços da indústria subiram

¹⁰ Os grãos considerados referem-se a 15 produtos pesquisados mensalmente pela Conab: algodão-caroto, amendoim, arroz, aveia, canola, centeio, cevada, feijão, girassol, mamona, milho, soja, sorgo, trigo e triticale.

19,40%, a maior alta desde 2014, e 3,6 vezes maior que a média anual de 5,36% entre 2014 e 2019. Especialistas explicam que isso se deveu à depreciação de 25,2% da moeda brasileira (PREÇOS..., 2021).

Assim, o motivo principal da alta da inflação provém do setor alimentício, contrariamente à alta produção e ao crescimento econômico. Alguns dos motivos apontados foram problemas enfrentados com a oferta da soja, o aumento do valor do arroz, a alta demanda chinesa por carne bovina, fazendo com que o preço aumentasse no comércio internacional. Esses produtos são bastante exportados pelo Brasil e foram determinantes para o resultado.

Em junho de 2021, o Índice de Preços ao Produtor (IPP), que mede os preços de produtos sem impostos e fretes, constatou alta de 1,31% em relação ao mês anterior nos preços da indústria. O acumulado em 12 meses chegou ao recorde de 36,81%. Segundo dados do IBGE (ÍNDICE..., 2021), “os setores de maior influência foram: alimentos (7,60 p.p.), refino de petróleo e produtos de álcool (5,87 p.p.), indústrias extrativas (5,44 p.p.) e outros produtos químicos (4,29 p.p.)”.

Os números relatados permitem concluir que a fome não é estritamente associada à disponibilidade de alimentos. Em verdade, é o desperdício de alimentos uma das maiores preocupações atuais da FAO e de outras organizações e programas – como o International Fund for Agricultural Development, o United Nations Children’s Fund, o World Food Programme e a OMS – e objeto da campanha da Cúpula Mundial da Alimentação em 23/9/2021.

Produz-se mais do que se consome. Desperdiça-se um terço da produção anual mundial ao consumo humano, o que equivale a 1.300 bilhões de toneladas que alimentariam 2 bilhões de pessoas, relata Benítez (c2022), representante regional da FAO para a América

Latina e o Caribe. As perdas incluem “30% dos cereais, entre 40 e 50% das raízes, frutas, hortaliças e sementes oleaginosas, 20% da carne e produtos lácteos e 35% dos peixes”.

Ainda de acordo com a FAO, apesar de 47 milhões de pessoas em situação de fome na América Latina, 15% dos alimentos disponíveis são perdidos ou desperdiçados. Eles equivalem a 6% das perdas mundiais de alimentos anual, o que poderia suprir a demanda de mais de 30 milhões de pessoas, ou seja, 64% dos que sofrem com a fome na região (BENÍTEZ, c2022).

No Brasil, a situação não é diferente: há 14 milhões de pessoas em situação de fome e o País desperdiça 22 bilhões de calorias, “o que seria suficiente para satisfazer às necessidades nutricionais de 11 milhões de pessoas e permitiria reduzir a fome [a um patamar inferior a] 5%”. Além disso, não se distribui de forma justa e equitativa o alimento. A alta experimentada no seu preço diminuiu o poder de compra do consumidor e obstruiu o acesso econômico a alimentos em quantidade e qualidade (BENÍTEZ, c2022).

Os fatores econômicos impactam de forma direta a segurança alimentar, pois a renda familiar é um dos indicadores com maior peso na avaliação. O Ebia já observava desde 2004 que a cada 10 reais de acréscimo na renda familiar por meio do Programa Bolsa Família, a chance de segurança alimentar aumentava em 8% (CORRÊA; MARIN-LEON; HELITO; PÉREZ-ESCAMILLA; SANTOS; PAES-SOUSA, 2008, p. 47).

Outro estudo quantitativo, baseado na Pesquisa de Orçamentos Familiares (POF) 2008/2009, já evidenciara a defasagem do salário mínimo para a manutenção da qualidade da alimentação e considerou que dois salários mínimos seriam suficientes para garantir o DHAA (ARAÚJO; NASCIMENTO; LOPES; PASSOS; LOPES, 2020, p. 11).

Quanto maior o preço dos alimentos, menor é o poder de compra do consumidor. Quanto menor ou menos valorizado o rendimento mensal domiciliar *per capita*, maior a proporção de domicílios em insegurança alimentar. Por isso, indaga-se sobre as consequências desse desequilíbrio, como será visto à frente; mas antes se analisam os reflexos da alta da inflação nas tomadas de decisões de consumidores de alimentos.

3.2 Reflexos da alta inflação nas tomadas de decisão dos consumidores

O modelo de produção e consumo de alimentos adotados no País e as consequências econômicas da pandemia de 2020 têm aumentado as diferenças de renda na população, refletindo-se diretamente nas escolhas alimentares. O preço dos alimentos e as preferências alimentares individuais são determinantes na aquisição e consumo de alimentos, de modo que pessoas em desvantagem socioeconômica podem enfrentar um duplo risco: “o acesso limitado aos alimentos saudáveis e a baixa qualidade dos alimentos disponíveis” (ARAÚJO; NASCIMENTO; LOPES; PASSOS; LOPES, 2020, p. 11). De acordo com a ONU e contribuições de Amartya Sen, ele não se limita ao espectro econômico, mas a estar impedido de viver paritariamente em sociedade, privado de sua capacidade. É não fazer escolhas livres e autônomas e não ser capaz de fazer escolhas que entenda mais adequadas aos seus propósitos e projetos de vida (ANDRADE; MACHADO, 2018, p. 309).

Pesquisa realizada por Bezerra, Olinda e Pedraza (2017, p. 648) revela que a renda familiar foi a variável que apareceu mais vezes associada à insegurança alimentar. Algo já evidenciado pela PNAD, que constatará que quanto menor o rendimento mensal domiciliar *per capita*, maior a proporção de domicílios em insegurança alimentar, pois parcela significativa da renda total é revertida para a alimentação.

Assim, a menor renda limita o espectro de escolha do consumidor que tem de optar por alimentos mais baratos e de baixo teor nutricional. À medida que a capacidade econômica diminui, o consumo de frutas e verduras segue a mesma proporção. Um padrão que se repete no consumo de carne, leite e derivados de leite (CORRÊA, 2007, p. 151-152).

Outra pesquisa quantitativa, transversal, realizada por Louzada, Martins, Canella, Baraldi, Levy, Claro, Moubarac, Cannon e Monteiro (2015, p. 4), utilizou os dados do POF 2008/2009 para avaliar o impacto do consumo de alimentos ultraprocessados no perfil nutricional da dieta. A alimentação da amostra de 32.898 pessoas, com 10 anos ou mais, foi avaliada por meio de dois registros alimentares num período de 24 horas. Nos três grupos de variáveis classificadas evidenciou-se que o consumo

médio diário de energia *per capita* foi de 1.866 kcal; dentre estas, “69,5% proveniente de alimentos *in natura* ou minimamente processados, 9,0% de alimentos processados e 21,5% de alimentos ultraprocessados”.

Estes últimos causaram maior preocupação, pois têm maior densidade energética, teor de gorduras em geral, de gordura saturada, de gordura trans e de açúcar livre, além de menores teores de fibras, proteínas, sódio e potássio, quando comparados à fração do consumo relativa a alimentos *in natura* ou minimamente processados (LOUZADA; MARTINS; CANELLA; BARALDI; LEVY; CLARO; MOUBARAC; CANNON; MONTEIRO, 2015, p. 1). Porém, passaram a ser mais adquiridos por apresentarem preços mais acessíveis a pessoas com renda baixa, o que constitui potenciais problemas de saúde no futuro.

4 Os impactos da dieta nutricional deficitária na saúde

A desvantagem econômica pode refletir-se negativamente na qualidade da alimentação, com repercussões sobre o estado de saúde dos indivíduos e favorece inclusive “a ocorrência de [subnutrição, sobrepeso], obesidade e demais doenças crônicas não transmissíveis, que se encontram em ascensão nas famílias pobres brasileiras” (ARAÚJO; NASCIMENTO; LOPES; PASSOS; LOPES, 2020, p. 11). A compreensão da alimentação ligada à segurança alimentar protege contra a ingestão de alimentos que possam causar algum mal à saúde, como intolerância, validade excedida, baixo teor nutricional, excesso alimentar, alimentos culturalmente não aceitos na sociedade, intoxicação etc. (MAGALHÃES, 2016-2017, p. 115).

O aspecto nutricional está incluso na concepção de qualidade alimentar, implicando o consumo de alimentos com propriedades e nutrientes capazes de saciar e proporcionar saúde e bem-estar. Segundo a OMS (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020, p. 1), a saúde é o estado de bem-estar físico, mental e social, não se resumindo à ausência de doença ou enfermidade; ou seja, “deve ser compreendida como o melhor estado de integridade física, mental e de relacionamento social/moral possível dentro das possibilidades em que se encontra o indivíduo” (GOMES; FRINHANI, 2017, p. 76).

Gomes e Frinhani (2017, p. 75) destacam que com isso se busca coerência com o conceito de saúde proposto pela OMS, “a partir de uma necessidade física obrigatória para sobrevivência humana, a alimentação [...] debater e apontar a necessidade de investimento com outras formas de saúde, como a alimentação saudável – que visa à melhoria na qualidade de vida de seus cidadãos”. Além disso, pode o Estado diminuir gastos futuros com medicamentos e hospitalais.

O *Guia alimentar para a população brasileira* recomenda evitar o consumo de produtos ultraprocessados, pois fazem incidir em erro os dispositivos de saciedade humanos situados no sistema digestivo e no cérebro. Entre os ultraprocessados, destacam-se as bebidas açucaradas (sucos de caixa e refrigerantes), salgadinhos, carnes processadas (salsicha, mortadela, bacon, hambúrgueres), chocolate, sopas instantâneas, barra de cereal, refeições congeladas para aquecer (lasanha, pizza etc.), frios, embutidos, maioneses, molhos prontos, misturas prontas para tortas, entre outros (BRASIL, 2014, p. 41).

A ingestão de ultraprocessados faz com que esses dispositivos subestimem as calorias ingeridas, sinalizando tardiamente a sensação de saciedade. Desse modo, sua ingestão favorece o consumo de calorias além do que se necessita, aumentando o estoque de gordura no corpo e causando a obesidade. O hipersabor, as calorias líquidas, a ingestão sem talheres e sem atenção colaboram para que os ultraprocessados causem essa burla nos dispositivos de saciedade.

Durante a pandemia, em razão do aumento dos preços dos alimentos e da redução da renda das famílias, que comprometeram ainda mais o orçamento doméstico, muitas tiveram que optar por alimentos ultraprocessados, cuja alta de preço foi menor se comparada com a dos alimentos *in natura* ou minimamente processados (IPC, c2020). Some-se a esse contexto o estilo de vida contemporâneo que favorece o consumo de produtos processados (MATIAS; SANTOS, 2021).

O Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) do IBGE permite medir a variação de preços de uma cesta de produtos e serviços consumida pela população. Ele revela que a alta acumulada em 12 meses da carne bovina *in natura* chegou a 31% em março de 2021. Por outro lado, as carnes processadas subiram 15,23% no mesmo período, ou seja, menos da metade. Os itens da cesta alimentar são verificados pela POF e indicam o que a população local consome, quanto do rendimento familiar é gasto em cada produto e serviços básicos, em observância ao peso de cada item no orçamento das famílias (INFLAÇÃO, 2022).

Apesar do crescimento da produção alimentar, não se observaram melhorias significativas nos índices de fome mundial. O Sofi 2021 alerta que 811 milhões de pessoas no mundo ainda passam fome, o que permite concluir que a comida, em verdade, não é distribuída de forma justa e equitativa (FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS; INTERNATIONAL FUND FOR AGRICULTURAL DEVELOPMENT; UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND; WORLD FOOD PROGRAMME; WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2021).

Além de problemas enfrentados com o acesso físico e econômico aos alimentos de forma regular e em quantidade suficiente, observa-se que

a qualidade desses alimentos não é a recomendada para bons índices de segurança alimentar e manutenção de uma vida saudável. Conforme Kepple e Corrêa (2011, p. 189),

sabemos há décadas que a escassez de alimentos, em si, não é o problema presente na grande maioria das situações de carência alimentar. Assumindo esses indicadores de produção e disponibilidade, de forma isolada, poder-se-ia, portanto, deixar oculta a questão das relações de poder que estão por trás da falta de acesso dos mais pobres à abundância que já existe.

O relatório Sofi externa a preocupação com o aumento da insegurança alimentar mundial: são 2,37 bilhões de pessoas em grau moderado ou grave, metade (1,2 bilhão) das quais na Ásia, um terço (799 milhões) na África e 11% (267 milhões) na América Latina e Caribe. Destes últimos, 41% dos latinos apresentam insegurança alimentar moderada ou grave e 14% em seu estado grave (SOFI..., 2021). Se esses números são alarmantes, imagine-se qual seria o resultado que a PNAD (método Ebia), considerado mais adequado para aferição nacional e local, poderia revelar em 2021, caso realizada. Desde o Panorama da Segurança Alimentar de 2019, dados alarmantes foram exibidos sobre a má nutrição humana e o aumento da obesidade em regiões onde a fome voltou a crescer. A obesidade, em muitos casos, está relacionada à má nutrição, ao consumo exacerbado de produtos ultraprocessados.

A América Latina e Caribe estão em pior situação que o restante do mundo na maioria dos indicadores de má nutrição relacionados ao consumo excessivo de calorias, tendo triplicado “em relação aos níveis existentes em 1975, a ponto de [...] um em cada quatro adultos conviver com obesidade, numa região onde a fome voltou a crescer e afeta 42,5 milhões de pessoas”. O sobrepeso dobrou desde a década de 1970 e em 2019 “afeta 59,5% dos adultos na região, 262 milhões de pessoas, enquanto globalmente a taxa é 20 pontos percentuais mais baixa: 39,1%” (NAÇÕES..., 2019). Segundo o relatório, “o aumento mais significativo da obesidade adulta na região foi observado no Caribe, onde o percentual quadruplicou, passando de 6% em 1975 para 25%”, quase o dobro do nível global, “um aumento em termos absolutos de 760 mil para 6,6 milhões de pessoas” (NAÇÕES..., 2019).

O alto índice de pessoas malnutridas deve-se preponderantemente ao preço mais elevado dos alimentos nutritivos, quando comparados aos de baixo índice nutricional. Possivelmente esta é a razão por que 600 mil pessoas tenham morrido na América Latina e no Caribe em decorrência de doenças como diabetes, hipertensão e doenças cardiovasculares (NAÇÕES..., 2019). A alimentação inadequada está associada a mais mortes

do que qualquer outro fator de risco, ameaçando as gerações futuras, “já que a obesidade na infância e na adolescência triplicou entre 1990 e 2016”. Em contrapartida, “a região apresenta taxas de subalimentação mais baixas do que o mundo (6,5% na região versus 10,8% no mundo), desnutrição infantil crônica (9% versus 21,9%) e taxas muito mais baixas de desnutrição infantil aguda (1,3%, contra 7,3% no mundo)” (NAÇÕES..., 2019).

O cenário demanda a firme atuação do Estado. Ele deve elaborar políticas públicas que ensejem o estado de saúde alimentar (SILVA; TEIXEIRA; SOARES; SANTOS, 2018, p. 308), inclusive porque se configura como forma de atuação mais eficiente, pois evita maiores custos com o tratamento de doenças provenientes da má alimentação.

5 Conclusão

Evidencia-se neste artigo que o conceito de *segurança alimentar* disposto no art. 3º da Losan preconiza uma alimentação adequada, conforme se garante no art. 25.1 da Declaração Universal de Direitos Humanos e no art. 6º da CRFB, e clarifica a relação da segurança alimentar com o DHAA.

Mesmo durante a recessão econômica agravada pela pandemia da Covid-19 em 2020 e 2021, o setor de produção agropecuária manteve-se em alta, atingindo recordes de produção. Em contrapartida, a insegurança alimentar é crescente e há fortes indícios de que o Brasil retornou ao Mapa da Fome.

Com esteio nesses fatos e no caráter multifacetado do problema, conclui-se que a questão da fome não está relacionada estritamente à indisponibilidade do alimento, mas à sua não distribuição justa e equitativa devida especialmente a dificuldades econômicas de acesso.

Com menos recursos e alimentos mais caros, muitas famílias passaram a consumir produtos como os ultraprocessados, considerados danosos à saúde humana pelo *Guia alimentar para a população brasileira*, pois contém baixo teor nutricional e alta quantidade de conservantes, realçadores de sabor, sódio, gorduras etc., que podem acarretar doenças como obesidade, subnutrição, acidentes cardiovasculares, pressão alta, entre outras.

Propõe-se, como exemplo, que o programa de merenda escolar nas escolas públicas privilegie alimentos saudáveis e que seja reduzida a tributação incidente sobre produtos saudáveis, subsidiando sua aquisição pela população mais carente. Em complemento às políticas públicas já existentes, podem-se criar *nudges* para estimular a compra de alimentos saudáveis, como a alocação desses produtos em espaços privilegiados nos supermercados e feiras, além da clara identificação dos produtos ultraprocessados por meio de marcadores ou cores berrantes.

É crescente a insegurança alimentar no Brasil, o que somente pode ser minorado ou evitado por meio de políticas públicas assertivas e estratégicas. O combate à fome deve ser prioritário e o DHAA deve ser garantido nos termos de seu redimensionamento normativo.

Sobre os autores

Érica Valente Lopes é mestra em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; doutoranda em Direito na Universidade Federal do Ceará (UFCE), Fortaleza, CE, Brasil; integrante do grupo de pesquisa Gedai/UFCE – Linha Direito Internacional do Meio Ambiente; membra da Comissão de Políticas Urbanas e Direito Urbanístico da Ordem dos Advogados do Brasil/CE, Fortaleza, CE, Brasil; advogada.
E-mail: valente.ERICA@gmail.com

João Luís Nogueira Matias é doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; mestre em Direito e desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará (UFCE), Fortaleza, CE, Brasil; professor titular da UFCE e do Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil.
E-mail: joaoluism@uol.com.br

Como citar este artigo

(ABNT)

LOPES, Érica Valente; MATIAS, João Luís Nogueira. As más escolhas alimentares como impedimento à efetivação do direito humano à alimentação adequada. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 59, n. 236, p. 95-117, out./dez. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/236/ril_v59_n236_p95

(APA)

Lopes, E. V., & Matias, J. L. N. (2022). As más escolhas alimentares como impedimento à efetivação do direito humano à alimentação adequada. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, 59(236), 95-117. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/236/ril_v59_n236_p95

Referências

ALENCAR, Álvaro Gurgel de. Do conceito estratégico de segurança alimentar ao plano de ação da FAO para combater a fome. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, DF, v. 44, n. 1, p. 137-144, jan./jun. 2001. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0034-73292001000100009>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbpi/a/TwYTSm8zRGc8zNcLw4NZJjv/?lang=pt>. Acesso em: 8 ago. 2022.

ANDRADE, Denise Almeida de; MACHADO, Mônica Sapucaia. Pobreza e a (des)igualdade de gênero: uma relação estruturante. *Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza*, v. 38, n. 2, p. 307-321, jul./dez. 2018. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/33880>. Acesso em: 8 ago. 2022.

ARAÚJO, Melissa Luciana de; NASCIMENTO, Diana Rodrigues; LOPES, Mariana Souza; PASSOS, Camila Mendes dos; LOPES, Aline Cristine Souza. Condições de vida de famílias brasileiras: estimativa da insegurança alimentar. *Revista Brasileira de Estudos de População*, Rio de Janeiro, v. 37, p. 1-17, 2020. DOI: <https://doi.org/10.20947/S0102-3098a0110>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbepop/a/sZBVzPSsRYkT4JQY3XRVLyF/?lang=pt>. Acesso em: 8 ago. 2022.

BENÍTEZ, Raúl Osvaldo. Perdas e desperdícios de alimentos na América Latina e Caribe. *FAO Notícias*, [s. l.], c2022. Disponível em: <http://www.fao.org/americas/noticias/ver/pt/c/239394/>. Acesso em: 15 ago. 2022.

BEZERRA, Thaise Alves; OLINDA, Ricardo Alves de; PEDRAZA, Dixis Figueroa. Insegurança alimentar no Brasil segundo diferentes cenários sociodemográficos. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 637-651, fev. 2017. DOI: <https://doi.org/10.1590/1413-81232017222.19952015>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/rzZKSfNkKfPnKWpWgV9Hrsc/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 8 ago. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 ago. 2022.

_____. *Decreto nº 7.272, de 25 de agosto de 2010*. Regulamenta a Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006, que cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas a assegurar o direito humano à alimentação adequada [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7272.htm. Acesso em: 8 ago. 2022.

_____. *Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006*. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111346.htm. Acesso em: 8 ago. 2022.

_____. Ministério da Saúde. *Guia alimentar para a população brasileira*. 2. ed. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2014. Disponível em: https://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/guia_alimentar_populacao_brasileira_2ed.pdf. Acesso em: 8 ago. 2022.

BURITY, Valéria; FRANCESCHINI, Thaís; VALENTE, Flávio; RECINE, Elisabeta; LEÃO, Marília; CARVALHO, Maria de Fátima. *Direito humano à alimentação adequada no contexto da segurança alimentar e nutricional*. Brasília, DF: ABRANDH, 2010. Disponível em: https://www.redsan-cplp.org/uploads/5/6/8/7/5687387/dhaa_no_contexto_da_san.pdf. Acesso em: 8 ago. 2022.

CASTRO, Josué de. *Geografia da fome: o dilema brasileiro: pão ou aço*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CAVALLI, Suzi Barletto. Segurança alimentar: a abordagem dos alimentos transgênicos. *Revista de Nutrição*, Campinas, v. 14, p. 41-46, 2001. Suplemento. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1415-52732001000400007>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rn/a/XtNmPMM6mhYB7xR5djyyZ6G/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 8 ago. 2022.

CIRILLO, Bruno. Agronegócio cresce, reduz tombo da economia e deve ser motor da recuperação. *UOL*, [s. l.], 15 jun. 2020. Economia. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/06/14/agronegocio-bate-recordes-e-aumenta-seu-peso-na-economia-em-meio-a-pandemia.htm>. Acesso em: 15 ago. 2022.

CONFERÊNCIA NACIONAL DE SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL, 2., 2004, Olinda. *A construção da política nacional de segurança alimentar e nutricional: relatório final*. [Brasília, DF: CONSEA, 2004]. Disponível em: https://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/II_Conferencia_2versao.pdf. Acesso em: 8 ago. 2022.

CORRÊA, Ana Maria Segall. Insegurança alimentar medida a partir da percepção das pessoas. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 21, n. 60, p. 143-154, ago. 2007. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-40142007000200012>. Disponível em: <https://www.scielo.br/ea/a/8qcpvbnzZrdrvRXbHRJ76mg/?lang=pt>. Acesso em: 8 ago. 2022.

CORRÊA, Ana Maria Segall; MARIN-LEON, Leticia; HELITO, Hugo; PÉREZ-ESCAMILLA, Rafael; SANTOS, Leonor Maria Pacheco; PAES-SOUSA, Rômulo. Transferência de renda e segurança alimentar no Brasil: análise dos dados nacionais. *Revista de Nutrição*, Campinas, v. 21, p. 39-51, jul./ago. 2008. Suplemento. Disponível em: <https://www.scielo.br/rn/a/QvPkFD7n4HrYfPMWcP9DfL/?lang=pt>. Acesso em: 8 ago. 2022.

EIDE, Asbjorn. A realização dos direitos econômicos, sociais e culturais: o direito à alimentação adequada e estar livre da fome. In: VALENTE, Flavio Luiz Schieck (org.). *Direito humano à alimentação: desafios e conquistas*. São Paulo: Cortez, 2002. p. 207-260.

EMPRESA BRASILEIRA DE PESQUISA AGROPECUÁRIA. *Visão 2030: o futuro da agricultura brasileira*. Brasília, DF: Embrapa, 2018. Disponível em: <https://www.embrapa.br/documents/10180/9543845/Vis%C3%A3o+2030+-+o+futuro+da+agricultura+brasileira/2a9a0f27-0ead-991a-8cbf-af8e89d62829>. Acesso em: 8 ago. 2022.

FIAN BRASIL. *Informe DHANA 2019: autoritarismo, negação de direitos e fome*. Brasília, DF: FIAN Brasil, 2019. Disponível em: https://fianbrasil.org.br/wp-content/uploads/2019/11/Informe-Dhana-2019_v-final.pdf. Acesso em: 8 ago. 2022.

FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS; INTERNATIONAL FUND FOR AGRICULTURAL DEVELOPMENT; UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND; WORLD FOOD PROGRAMME; WORLD HEALTH ORGANIZATION. *The state of food security and nutrition in the world: transforming food systems for food security, improved nutrition and affordable healthy diets for all*. Rome: FAO, 2021. (The State of the World). Disponível em: <https://www.fao.org/documents/card/en/c/cb4474en>. Acesso em: 8 ago. 2022.

GOMES, Carolina Ventura; FRINHANI, Fernanda de Magalhães Dias. Alimentação saudável como direito humano à saúde: uma análise das normas regulamentadoras da produção de alimentos orgânicos. *Leopoldianum*, [Santos], ano 43, n. 121, p. 73-93, 2017. Disponível em: <https://periodicos.unisantos.br/leopoldianum/article/view/757>. Acesso em: 8 ago. 2022.

ÍNDICE de Preços ao Produtor (IPP) é de 1,31% em junho. *Agência IBGE Notícias*, [s. l.], 8 set. 2021. Estatísticas Econômicas. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/31233-indice-de-precos-ao-produtor-ipp-e-de-1-31-em-junho>. Acesso em: 8 ago. 2022.

INFLAÇÃO. [S. l.]: IBGE, 2022. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/inflacao.php>. Acesso em: 8 ago. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: segurança alimentar: 2013*. Rio de Janeiro: IBGE, 2014. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv91984.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2022.

IPC: Índice de Preços ao Consumidor. [S. l.]: FGV: IBRE, c2020. Disponível em: <https://portalibre.fgv.br/ipc>. Acesso em: 8 ago. 2022.

KEPPLE, Anne Walleser; CORRÊA, Ana Maria Segall. Conceituando e medindo segurança alimentar e nutricional. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 1, p. 187-199, jan. 2011. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1413-81232011000100022>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/5RKJJPVxWBRqn3R5ZZC49BDz/>. Acesso em: 8 ago. 2022.

LAURENTI, Ruy. Objetivos de desenvolvimento do milênio. *Revista da Associação Médica Brasileira*, São Paulo, v. 51, n. 1, p. 3-4, fev./mar. 2005. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-42302005000100005>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ramb/a/Gkjrwm7MMS58H55S9dYDXrm/?lang=pt>. Acesso em: 15 ago. 2022.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. A construção do direito fundamental à alimentação adequada no nordeste brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 17, n. 68, p. 19-41, jul./set. 2009.

LOUZADA, Maria Laura da Costa; MARTINS, Ana Paula Bortoletto; CANELLA, Daniela Silva; BARALDI, Larissa Galastri; LEVY, Renata Bertazzi; CLARO, Rafael Moreira; MOUBARAC, Jean-Claude; CANNON, Geoffrey; MONTEIRO, Carlos Augusto. Alimentos ultraprocessados e perfil nutricional da dieta no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 49, p. 1-11, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0034-8910.2015049006132>. Disponível em: <http://www.scielo.br/j/rsp/a/dm9XvfGy88W3WwQGBKrRnXh/?lang=pt>. Acesso em: 8 ago. 2022.

MAGALHÃES, Rosana. Regulação de alimentos no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 17, n. 3, p. 113-133, nov./fev. 2016-2017. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v17i3p113-133>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/127780>. Acesso em: 15 ago. 2022.

MATIAS, João Luís Nogueira; SANTOS, Luciana Rêgo dos. Alimentação, saúde e meio ambiente: os *nudges* como instrumento para uma alimentação saudável e sustentável no Brasil. *Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 41, n. 1, p. 111-135, jan./jun. 2021. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/62771>. Acesso em: 8 ago. 2022.

NAÇÕES UNIDAS. Alto Comissariado de Direitos Humanos. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *Comentário Geral nº 12. O direito humano à alimentação (art. 11)*. Tradução de José Fernandes Valente. [Brasília, DF: FIAN Brasil, 2016]. Disponível em: <https://fianbrasil.org.br/wp-content/uploads/2016/09/Coment%C3%A1rio-Geral-12.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2022.

_____. Assembleia Geral. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. [S. l.: s. n., 1948]. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 8 ago. 2022.

_____. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: BRASIL. *Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 8 ago. 2022.

NAÇÕES UNIDAS pedem ações urgentes para frear o aumento da fome e da obesidade na América Latina e no Caribe. *FAO Notícias*, [s. l.], 12 nov. 2019. Disponível em: <https://www.fao.org/brasil/noticias/detail-events/pt/c/1250933/>. Acesso em: 8 ago. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ALIMENTAÇÃO E A AGRICULTURA. Declaração de Roma sobre a Segurança Alimentar Mundial e Plano de Ação da Cimeira Mundial da Alimentação. In: WORLD FOOD SUMMIT, 1996, Rome. [Anais]. [S. l.]: FAO, 1996. Disponível em: <https://www.fao.org/3/w3613p/w3613p00.htm>. Acesso em: 8 ago. 2022.

PEIXINHO, Albaneide. Direito humano à alimentação adequada. *Revista Nutrição Profissional*, São Paulo, v. 3, n. 12, p. 12-19, mar./abr. 2007.

PREÇOS da indústria crescem 19,40% em 2020, puxados por alimentos. *Agência IBGE Notícias*, [s. l.], 29 jan. 2021. Estatísticas Econômicas. Disponível em: <https://censos.ibge.gov.br/2012-agencia-de-noticias/noticias/29949-precos-da-industria-crescem-19-40-em-2020-puxados-por-alimentos.html>. Acesso em: 8 ago. 2022.

ROCHA, Eduardo Gonçalves. A construção democrática do direito à alimentação adequada e a regulação de alimentos. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 17, n. 3, p. 107-112, nov./fev. 2016-2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v17i3p107-112>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/127778>. Acesso em: 8 ago. 2022.

SHIVA, Vandana. *The violence of the green revolution: third world agriculture, ecology and politics*. 3rd ed. London: Zed Books, 1997.

SILVA, Leandro Novais e; TEIXEIRA, Luiz Felipe Drummond; SOARES, Gabriel Salgueiro; SANTOS, Otávio Augusto Andrade. Reduzindo a tributação cognitiva: lições comportamentais para a diminuição dos efeitos psicológicos adversos da pobreza. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, DF, v. 8, n. 2, p. 288-325, ago. 2018. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i2.5331>. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5331>. Acesso em: 8 ago. 2022.

SIQUEIRA, Renata Lopes de; COTTA, Rosângela Minardi Mitre; RIBEIRO, Rita de Cássia Lanes; SPERANDIO, Naiara; PRIORE, Sílvia Eloíza. Análise da incorporação da perspectiva do direito humano à alimentação adequada no desenho institucional do programa nacional de alimentação escolar. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 301-310, jan. 2014. DOI: <https://doi.org/10.1590/1413-81232014191.2114>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/Y36FpmxJQbDYqKCWYMyCKDH/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 8 ago. 2022.

SOBRE o nosso trabalho para alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil. Brasília, DF: Nações Unidas Brasil, c2022. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca-os-novos-17-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-da-onu/>. Acesso em: 8 ago. 2022.

SOFI 2021: fome aumenta e atinge 811 milhões de pessoas em 2020. *Programa Mundial de Alimentos*: Centro de Excelência contra a Fome, [Brasília, DF], 12 jul. 2021. Disponível em: <https://centrodeexcelencia.org.br/Sofi-2021-fome-aumenta-e-atinge-811-milhoes-de-pessoas-em-2020/>. Acesso em: 8 ago. 2022.

VALENTE, Flavio Luiz Schieck; BEGHIN, Nathalie; IMMINK, Maarten D. C.; COITINHO, Denise Costa; RONDÓ, Milton; SHRIMPSON, Roger; CHAVES, Kamila. Compreendendo a abordagem de direitos humanos à segurança alimentar e nutricional no Brasil: lições aprendidas: estudo de caso. In: VALENTE, Flavio Luiz Schieck (org.). *Direito humano à alimentação*: desafios e conquistas. São Paulo: Cortez, 2002.

VALENTE, Flavio Luiz Schieck (org.). *Direito humano à alimentação*: desafios e conquistas. São Paulo: Cortez, 2002.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Constitution of the World Health Organization. In: _____. *Basic documents*: including amendments adopted up to 31 May 2019. 49th ed. Geneva: WHO, 2020. p. 1-19. Disponível em: https://apps.who.int/gb/bd/pdf_files/BD_49th-en.pdf. Acesso em: 8 ago. 2022.

Conceito e fundamentos da autoridade horizontal de precedentes judiciais

Razões especiais e incerteza na superação de precedentes

TÚLIO JALES

Resumo: O artigo aborda dois problemas relacionados à discussão sobre a vinculação horizontal a precedentes judiciais. O primeiro, de natureza conceitual, discute sobre o tipo de autoridade a que as Cortes atribuem suas decisões anteriores. Pressupondo que elas requerem razões especiais para superar suas decisões, propõe-se que a autoridade horizontal de precedentes é bem descrita pelo conceito *autoridade não excludente*, ou seja, de uma autoridade que não depende diretamente das razões substantivas que a sustentam. O segundo problema, de natureza normativa, indaga sobre os fundamentos desse tipo de autoridade. Defende-se a hipótese de que a vinculação a precedentes se justifica na medida em que servem como padrões decisórios quando Cortes do presente não atingem determinados níveis de certeza sobre a correção de decisões anteriores. O argumento conclusivo proposto é o de que, quanto maior o nível de incerteza sobre a (in)correção da decisão anterior, maior deve ser a força vinculativa expressa pela autoridade do precedente.

Palavras-chave: autoridade horizontal de precedentes; superação de precedentes; razões não excludentes; incerteza no Direito.

Concept and normative grounds of the horizontal authority of judicial precedents: special reasons and uncertainty when overruling precedents

Abstract: This paper discusses two problems related to the horizontal authority of judicial precedents. The first discussion is conceptual one and questions what kind of legal authority courts attribute to their previous decisions. Assuming that courts require special reasons to overrule their previous decisions, the paper describes the horizontal authority of

Recebido em 1/2/22
Aprovado em 19/4/22

precedents resorting to the concept of non-exclusionary authority, that is, as an authority that does not depend directly on the substantive reasons that support it. The second discussion is a normative one and inquires what legal grounds support this type of non-exclusionary authority. Based on Stephen Perry's ideas, the paper argues that precedents horizontal authority is justified insofar it serves as decisional standards when courts do not reach certain levels of certainty about the correctness of its previous decisions. The conclusion is that the greater the level of uncertainty about the (in) correctness of the previous decision, the greater should be precedent's judicial authority.

Keywords: precedent's horizontal authority of precedents; overruling of precedents; non-exclusionary reasons; uncertainty in legal reasoning.

1 Introdução

A alteração do posicionamento de Cortes sobre questões jurídicas anteriormente decididas não pode ser explicada apenas pela dinâmica de forças dos argumentos envolvidos na justificação das decisões judiciais. Uma nova interpretação sobre um tema decidido anteriormente não necessariamente sobrevirá em razão da emergência de uma interpretação mais adequada de uma norma ou de um fato social juridicamente relevante. O fenômeno da superação de precedentes pode também ser parte de diferentes estratégias jurídico-políticas, como o atendimento de preferências políticas contextuais das instituições ou de seus membros, a acomodação da autoridade do órgão no diálogo com os demais Poderes e atores sociais relevantes, a calibragem de sua reputação junto à opinião pública, entre outros objetivos que se encontram na interseção entre as funções jurídicas e políticas que cumprem as Cortes judiciais e, principalmente, as Cortes constitucionais.

É válido ter consciência dessas limitações. O presente artigo, no entanto, aponta como propostas normativas de cunho argumentativo podem atuar para racionalizar e controlar melhor situações em que Cortes do presente pretendem superar posições interpretativas estabelecidas por Cortes do passado por meio de um precedente judicial.

Segundo Postema (1997), as discussões sobre precedentes judiciais¹ operam em dois níveis: o primeiro fornece metodologias para a interpretação

¹ O artigo conceitua *precedentes* como decisões anteriores que funcionam como modelos argumentativos para decisões futuras (MACCORMICK; SUMMERS, 1997, p. 1-2).

e aplicação de decisões anteriores (*como precedentes vinculam?*), ao passo que o segundo elabora as justificativas subjacentes à vinculação às decisões passadas (*por que precedentes vinculam?*). Este artigo abarca discussões que inter-relacionam ambos os níveis, na medida em que analisa e descreve conceitualmente como opera a autoridade horizontal que precedentes exercem sobre o processo decisório de Cortes e propõe um argumento normativo que justifica a vinculação à tal autoridade.²

Com esse recorte, o trabalho parte de duas premissas. A primeira é a de que as discussões sobre a autoridade de precedentes e os problemas argumentativos relacionados a essa autoridade emergem principalmente quando precedentes são contestados. Ou seja, é preferível descrever e avaliar a força vinculativa da autoridade de um precedente quando o intérprete do presente discorda de seu conteúdo normativo e, mesmo assim, considera-o no processo de tomada de decisão. Caso precedentes só importassem quando com eles concordássemos, o que haveria seria apenas uma espécie de uso retórico do passado decisório (RODRIGUEZ, 2013). Discussões em que juízes e juízas expressamente analisam as razões para superar ou não precedentes constituem, assim, um *locus* privilegiado para compreender a autoridade exercida por decisões anteriores.

A segunda premissa é a de que o lugar-comum nos estudos sobre a contestação da autoridade de precedentes é o argumento de que Cortes do presente (C2) necessitam empregar razões ou justificações especiais para superar

² O artigo enfocará a dimensão horizontal da autoridade dos precedentes na jurisdição constitucional, ou seja, a influência que as decisões anteriores de uma Corte constitucional exercem sobre a própria instituição. A dimensão vertical da autoridade dos precedentes, relacionada à forma como as decisões de instâncias superiores impactam o conteúdo e o processo decisório das instâncias inferiores, não é objeto do trabalho.

decisões de Cortes do passado (C1). Esse argumento denomina-se *tese das razões especiais*.³

Com essas premissas, o artigo formula dois problemas de pesquisa. O primeiro tem natureza conceitual e questiona sobre que espécie de autoridade jurídica fornece sustentação à tese das razões especiais. Ao tentar desvelar o fundamento jurídico por trás da tese das razões especiais, o objetivo é identificar o tipo de autoridade horizontal que precedentes de C1 exercem sobre C2. O método aqui é, pois, indutivo. Parte-se de uma categoria argumentativa correntemente mobilizada na prática de Cortes constitucionais – a *tese das razões especiais* – para tentar desvelar o conceito de autoridade que daria sustentação a essa tese.

Esse primeiro problema apresenta uma dimensão conceitual com fortes implicações práticas. Sem compreender conceitualmente a autoridade horizontal que os precedentes exercem, as Cortes acabam por não desenvolver critérios argumentativos racionais para avaliar quando e como suas decisões anteriores devem ser mantidas ou superadas. Esse cenário induz tais instituições a comportamentos contraditórios: ao mesmo tempo em que elas expressam estima em respeitar seus próprios precedentes, normalmente derrotam a autoridade de suas decisões anteriores mediante razões ou justificações não controláveis racionalmente (BURTON, 2014, p. 1.689).

O artigo tratará o primeiro problema em duas etapas. A primeira, realizada na seção 2, apresentará analiticamente a tese de razões especiais e demonstrará como tal tese se manifesta na Suprema Corte dos EUA (SC) e no Supremo Tribunal Federal (STF). A descrição da

³ Como será discutido na análise das Cortes constitucionais brasileira e norte-americana, ainda que haja um grau considerável de consenso em nível normativo sobre a exigência de “razões especiais” para superar precedentes, Cortes judiciais (brasileiras ou estrangeiras) não incorporam necessariamente tal exigência em suas práticas.

mobilização da tese das razões especiais pela SC e pelo STF é feita tanto com a reconstrução de casos nos quais tais Cortes discutem a superação de suas decisões anteriores quanto com o apoio de pesquisas e estudos que avaliam como lidam com seus próprios precedentes.

Na segunda etapa, a seção 3 descreverá três conceitos de autoridade de precedentes horizontais e identificará que apenas o conceito de *autoridade parcialmente independente do conteúdo* é capaz de descrever uma autoridade precedental conjugável com a tese das razões especiais. A hipótese é a de que a autoridade de precedentes não depende *apenas* da força de suas razões substantivas, mas também de razões institucionais de natureza não excludente.

Depois de as seções 2 e 3 desvelarem o conceito de autoridade jurídica que melhor descreve a vinculação horizontal exercida por precedentes, o segundo problema tratado pelo artigo questionará sobre que argumento normativo sustenta esse conceito de autoridade horizontal. Defender que a autoridade de precedentes não depende exclusivamente da força de suas razões substantivas não é algo óbvio e demanda bons argumentos para sustentar por que precedentes devem ser considerados como razões que valem independentemente da força de suas razões substantivas.

A hipótese defendida na seção 4 será a de que a autoridade horizontal de precedentes pode ser justificada na medida em que orienta agentes que lidam com situações de indeterminação jurídica – precedentes servem de guias diante de hipóteses em que há indeterminação em relação a como as Cortes devem interpretar o Direito. Assim, devem ser mantidos quando Cortes do presente não atinjam determinados níveis de certeza sobre a existência de equívoco na decisão anterior. É, em última análise, o reconhecimento da existência incontornável da incerteza sobre o conteúdo do Direito que justifica a autoridade horizontal de precedentes judiciais.

2 A tese das razões especiais

2.1 Conceito e definição

Corrente nas discussões sobre a superação de decisões anteriores e especialmente mobilizado no ambiente de Cortes constitucionais é o argumento de que precedentes judiciais estabelecidos por *C1* e contestados por *C2* podem ser superados apenas por esta mediante argumentação baseada em tipos específicos de razões ou justificações classificadas como *especiais*. Tal argumento é aqui denominado *tese das razões especiais*.⁴

Ao requerer de *C2* razões especiais para superar uma decisão de *C1*, a tese das razões especiais envia a decisão do presente em direção ao passado, restringindo a liberdade decisória de *C2* para modificar a posição jurídica anteriormente estabelecida por *C1*. A tese implica que decisões anteriores avaliadas como equivocadas⁵ pelas Cortes do presente podem ser mantidas: a identificação de qualquer equívoco no precedente não poderia justificar e legitimar a sua superação.

Razões especiais seriam, portanto, argumentos e justificativas que demonstram a presença de tipos de equívoco ou graus de erro específicos em decisões anteriores. Como se verá adiante, a tese expressa-se em formulações argumentativas como: “Para superar um precedente demanda-se uma argumentação que vá além da demonstração de que o precedente foi decidido de forma incorreta”⁶; “Não se pode superar um precedente

⁴Na prática da SC, esse argumento é denominado *special justification formulation* ou *strong grounds formulation*.

⁵Para os fins deste artigo, a categoria *decisão equivocada* deve ser compreendida em sentido amplo, abarcando desde decisões de *C1* avaliadas por *C2* como inadequadas, não ideais ou subótimas, mas permitidas pelas Constituições, até decisões anteriores consideradas frontalmente contrárias ao texto constitucional.

⁶“To reverse a decision, we demand a ‘special justification,’ over and above the belief ‘that the precedent was wrongly decided’” (UNITED STATES, 2020a, p. [12]).

argumentando apenas que ele é errado”⁷; “Para superar um precedente é necessário não apenas demonstrar que ele é equivocado, mas que ele constitui um equívoco grave ou significativo”⁸.

É possível predicar a *tese das razões especiais* como juridicamente conservadora, pois ela limita a mudança de posições jurídicas apenas por meio de determinados argumentos. Vista assim, ela nos permite compreender a superação de precedentes como um capítulo específico da tensão entre os valores da correção e da segurança na aplicação do Direito (ALEXANDER, 2011, p. 12).

Pode-se afirmar que a tese das razões especiais se sustenta no reconhecimento de que decisões anteriores são dotadas de uma autoridade *per se* a ser levada em consideração quando se quer alcançar uma decisão apropriada no presente. Diante da rediscussão de uma questão jurídica sobre a qual já decidiu, a pergunta que Cortes se fazem não é igual à feita quando decidem pela primeira vez sobre o mesmo conflito. A existência de uma decisão anterior relativa ao mesmo tema necessariamente irradia efeitos no panorama decisório, modificando a dinâmica argumentativa na discussão do presente.

Tomando como exemplo a discussão sobre a possibilidade de prisão após a condenação em segunda instância no Brasil, seguir a tese das razões especiais implica afirmar que não seria adequado que, ao julgar novamente o tema, o STF colocasse para si a questão da seguinte forma: a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória é medida constitucional? Com a existência de decisões anteriores sobre o tema, camadas argumentativas são acrescentadas ao debate, sugerindo-se que o STF reconstrua a questão de maneira a refletir essa complexidade decisória: a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória continua a ser considerada inconstitucional, levando em consideração que a Corte *já decidiu* pela inconstitucionalidade dessa prática em decisão anterior?⁹

⁷“The doctrine of *stare decisis* protects the legitimate expectations of those who live under the law, and, as Alexander Hamilton observed, is one of the means by which exercise of ‘an arbitrary discretion in the courts’ is restrained, The Federalist No. 78 [...]. Who ignores it must give reasons, and reasons that go beyond mere demonstration that the overruled opinion was wrong (otherwise the doctrine would be no doctrine at all)” (UNITED STATES, 1995, p. 716).

⁸“It is inevitable that judges of good faith applying the *stare decisis* considerations will sometimes disagree about when to overrule an erroneous constitutional precedent, as the Court does in this case. To begin with, judges may disagree about whether a prior decision is wrong in the first place – and importantly, that disagreement is sometimes the real dispute when judges joust over *stare decisis*. But even when judges agree that a prior decision is wrong, they may disagree about whether the decision is so egregiously wrong as to justify an overruling” (UNITED STATES, 2020b, p. [43]).

⁹Levando em consideração que o tema da prisão em segunda instância antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória já foi apreciado em mais de duas oportunidades pelo Plenário do STF, outra possibilidade seria incluir na questão que a Corte deve fazer a

Exigir razões especiais para superar uma decisão anterior parece ser o senso comum dos estudos sobre o *overruling*, mas pouco se elabora sobre o que essa exigência de fato significaria (FALLON JUNIOR, 2001, p. 572). O esforço de refinamento da tese das razões especiais pode ser complementado no exemplo de como Cortes constitucionais mobilizam esse conceito.

Serão apresentadas as realidades da SC e do STF. Com a menção a casos específicos não se quer afirmar que essas Cortes constitucionais sempre assumem a tese das razões especiais; o propósito é apenas demonstrar que existe o debate sobre esses temas e que a tese das razões especiais é, por vezes, normativamente acolhida pelas Cortes. Essa incursão decisória na vida prática da tese das razões especiais serve para demonstrar que o dilema por ela iluminado – se uma Corte constitucional deve ou não manter uma decisão anterior avaliada como errônea – não é apenas um paradoxo conceitual, mas uma real questão que tribunais formulam a si próprios no exercício da jurisdição constitucional.

A opção por ambas as Cortes constitucionais levou em consideração o acúmulo teórico proporcionado pela categoria do *stare decisis* encontrado na SC. Pressupondo que o debate histórico em torno de tal categoria seja capaz de fornecer um acervo maior de técnicas ou métodos para lidar com a autoridade horizontal de precedentes, é necessário lançar mão de uma lupa para verificar a prática de Cortes como a norte-americana e a inglesa. A análise do caso brasileiro busca demonstrar como, embora presente, ainda é tímida a noção de vinculação de decisões horizontais à autoridade.

2.2 A Suprema Corte dos EUA e a superação de precedentes

Não é difícil encontrar na literatura sobre *overruling* na SC a indicação de que a Corte só modifica suas posições anteriores com base numa justificação especial, não sendo suficiente um mero juízo de erro sobre a interpretação passada para que a decisão anterior seja superada pela Corte (LAWSON, 2007, p. 3; LEE, 1999, p. 649).

Condicionar o *overruling* à argumentação com razões especiais integra a visão clássica que predomina sobre o *stare decisis* na Corte desde o histórico voto do *justice* Brandeis em *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.* (UNITED STATES, 1932), segundo o qual, na maior parte das matérias, é mais importante aplicar uma regra jurídica consolidada e estabelecida

si própria referência a essas variações sucessivas de posição: a prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória deve continuar a ser considerada inconstitucional, levando em consideração que essa Corte já interpretou a medida como constitucional no passado mas atualmente defende que ela é ilegítima?

que buscar aplicar uma regra jurídica correta.¹⁰ No mesmo voto Brandeis afirma que, embora desejável, a doutrina do *stare decisis* é uma orientação flexível, não significando um comando inexorável para seguir precedentes. Conforme essa visão, a SC deveria sim permitir a superação de precedentes; mas, para isso, determinadas *justificações especiais* deveriam ser observadas.¹¹

Talvez não haja decisão mais exemplificativa da intenção de acolher a tese das razões especiais pela SC do que *Planned Parenthood v. Casey* (UNITED STATES, 1992). Como é enunciado logo no primeiro parágrafo da opinião da Corte, o pedido fundamental em *Casey* é o de superar a posição estabelecida em *Roe v. Wade* (UNITED STATES, 1973), na qual ficou definido que a Constituição dos EUA protege o direito de as mulheres interromperem a gravidez em seu estágio inicial.¹²

A decisão da maioria em *Casey* parte da premissa de que é necessário ir além de um juízo de erro sobre a decisão anterior, o que implica a aplicação de um teste pelo qual seria aferível se o precedente estabelecido em *Roe* deveria ou não ser derrogado.¹³ A opinião da Corte expressamente submete *Roe* a esse teste, reanalisando o precedente nos seguintes aspectos: i) a regra ou princípio jurídico estabelecido por *Roe* demonstrou-se impraticável ou de difícil implementação prática?; ii) a regra ou princípio jurídico estabelecido por *Roe* cria expectativas jurídicas com alto custo de revisão, ou seja, as consequências da quebra das expectativas jurídicas ocasionadas pela superação do precedente é capaz de gerar iniquidade?; iii) os princípios ou regras jurídicas aplicados se desenvolveram a ponto de se poder caracterizar o princípio ou regra estabelecido por *Roe* como

¹⁰ “MR. JUSTICE BRANDEIS, dissenting. Under the rule of *Gillespie v. Oklahoma*, vast private incomes are being given immunity from state and federal taxation. I agree with MR. JUSTICE STONE that that case was wrongly decided, and should now be frankly overruled. Merely to construe strictly its doctrine will not adequately protect the public revenues. Compare *Jaybird Mining Co. v. Weir*, 271 U. S. 609. *Stare decisis* is not, like the rule of *res judicata*, universal inexorable command. ‘The rule of *stare decisis*, though one tending to consistency and uniformity [...] of decision, is not inflexible. Whether it shall be followed or departed from is a question entirely within the discretion of the court, which is again called upon to consider a question once decided.’ *Hertz v. Woodman*, 218 U. S. 205, 218 U. S. 212. *Stare decisis* is usually the wise policy, because, in most matters, it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right. Compare *National Bank v. Whitney*, 103 U. S. 99, 103 U. S. 102” (UNITED STATES, 1932).

¹¹ É claro que há, na doutrina norte-americana, quem defenda ser desnecessário engajar-se em razões especiais para superar decisões anteriores; por todos: ver Nelson (2001, p. 7).

¹² “Liberty finds no refuge in a jurisprudence of doubt. Yet 19 years after our holding that the Constitution protects a woman’s right to terminate her pregnancy in its early stages, [...] that definition of liberty is still questioned. Joining the respondents as *amicus curiae*, the United States, as it has done in five other cases in the last decade, again asks us to overrule *Roe*” (UNITED STATES, 1992).

¹³ “Rather, when this Court reexamines a prior holding, its judgment is customarily informed by a series of prudential and pragmatic considerations designed to test the consistency of *overruling* a prior decision with the ideal of the rule of law, and to gauge the respective costs of reaffirming and *overruling* a prior case” (UNITED STATES, 1992, grifos nossos).

reminiscência de uma doutrina jurídica já superada?; iv) os fatos sociais relacionados ao caso se modificaram a ponto de tornar a decisão injustificável ou inaplicável?

As quatro etapas do teste são produtos de uma gradual evolução da Corte na construção de uma doutrina do *stare decisis*. A importância de *Casey* é justificada por ter sido a primeira oportunidade em que se observa a SC sistematizar e aprofundar analiticamente, em única decisão, critérios que haviam sido aplicados isoladamente em decisões prévias que lidaram com a possibilidade de *overruling*.¹⁴ A opinião majoritária deixa clara a intenção de aplicar o teste a *Roe*, racionalizando a decisão e mitigando a análise subjetiva que os membros da Corte teriam quanto a sua correção.¹⁵

Na opinião da Corte, há a preocupação em distinguir *Casey* – que acabaria por manter a posição estabelecida em *Roe* – de *overrulings* socialmente relevantes na história do próprio Tribunal, como o caso *Lochner* (UNITED STATES, 1905), que veio a ser superado por *West Coast Hotel Co.* (UNITED STATES, 1937); e o *Plessy* (UNITED STATES, 1896), superado por *Brown* (UNITED STATES, 1954). A opinião da Corte relê tais decisões sob os critérios de superação construídos em *Casey*, demonstrando como os mesmos critérios que conduziram à superação naquelas hipóteses não estariam presentes para derrogar a posição jurídica de *Roe*.

A superação de *Lochner* por *West Coast Hotel Co.* é avaliada como correta, pois as premissas factuais assumidas pela decisão anterior provaram-se falsas com o correr dos anos, o que implicava a necessidade de a Corte revisar sua interpretação.¹⁶ Aplicando retroativamente a doutrina do *overruling* cristalizada em *Casey* para analisar o caso de *Lochner*, a Corte afirma que o último critério previsto no teste atuará no caso: os fatos sociais relacionados à decisão se modificaram de tal forma que tornaram a posição estabelecida anteriormente insustentável.

No caso de *Brown*, a razão para o *overruling* de *Plessy* também seria a Corte interpretar equivocadamente uma premissa factual. Na decisão

¹⁴ Os critérios já eram mencionados em conjunto, embora de maneira mais superficial em decisões anteriores à *Casey*, como em *Payne v. Tennessee* (UNITED STATES, 1991).

¹⁵ “Within the bounds of normal *stare decisis* analysis, then, and subject to the considerations on which it customarily turns, the stronger argument is for affirming *Roe*’s central holding, with whatever degree of personal reluctance any of us may have, not for *overruling* it” (UNITED STATES, 1992, grifo nosso).

¹⁶ Sob o argumento da liberdade contratual da 14^a Emenda, em *Lochner* interpretara-se como inconstitucional uma lei do estado de Nova Iorque que impunha a empregadores a obrigação de respeitar o limite de carga horária de 10 horas diárias e 60 horas semanais a padeiros. Em 1937, quando *West Coast Hotel Co.* a fez visitar questão jurídica semelhante, a SC entendeu que sua interpretação sobre liberdade contratual estabelecida em *Lochner* se teria provado equivocada por haver-se baseado em premissas factuais que se revelaram falsas.

do final do século XIX, a compreensão exposta pela Corte foi a de que o tratamento diferenciado entre “pessoas brancas” e “pessoas de cor” não implicava, por si só, estigmatização ou inferiorização de pessoas negras. Para a Corte de *Brown* (1954), essa premissa mostrou-se falsa, pois estaria comprovada a relação direta entre a segregação e a grande desigualdade entre os serviços públicos prestados a pessoas brancas e a pessoas negras.

Lidos dessa forma, *West Coast Co.* e *Brown* representavam a aplicação de princípios constitucionais a fatos que passaram a ser cognoscíveis apenas depois de a decisão anterior ter sido tomada ou a fatos que passaram a ser compreendidos ou interpretados de forma diferente com o passar do tempo entre a decisão que se superava e a nova decisão. A contestação das premissas factuais adotadas por *Roe* não seria possível em *Casey* (UNITED STATES, 1992, tradução nossa):

Porque os casos que temos diante de nós não apresentam tal ocasião, a mesma resposta não pode ser atribuída. Porque nem os fundamentos factuais da posição central de *Roe* nem a nossa compreensão desta questão mudaram (e porque nenhuma outra indicação de que o precedente se enfraqueceu foi apresentada), a Corte não poderia fingir estar reexaminando o precedente com qualquer justificativa além de uma disposição doutrinária atual para decidir de forma diferente da Corte de 1973. Superar o precedente anterior por qualquer outra razão que não esta seria contrário à posição repetida em nossos casos de que um *overruling* deve se assentar em alguma razão especial além da crença de que um caso anterior foi erroneamente decidido.¹⁷

Os critérios sistematizados no teste realizado em *Casey* foram-se consolidando em decisões posteriores e conformando a substância do que a exigência de *justificação especial* significa para a SC (UNITED STATES, 2000). Em *Kimble v. Marvel Enterprises Inc.* (UNITED STATES, 2015), a Corte indicou que a doutrina do *stare decisis* desenvolvida em *Casey* influencia de maneira significativa a dinâmica decisória, na medida em que sustenta a manutenção de decisões incorretas. A afirmação reforça a compreensão de que o fato de uma decisão ser consistente com um precedente não é indício de que essa decisão esteja, de fato, subordinando-se à autoridade do precedente. Para que precedentes horizontais tenham autoridade de fato, a decisão anterior deve operar como uma razão *per*

¹⁷No original: “Because the cases before us present no such occasion it could be seen as no such response. Because neither the factual underpinnings of *Roe*’s central holding nor our understanding of it has changed (and because no other indication of weakened precedent has been shown), the Court could not pretend to be reexamining the prior law with any justification beyond a present doctrinal disposition to come out differently from the Court of 1973. To overrule prior law for no other reason than that would run counter to the view repeated in our cases, that a decision to overrule should rest on some special reason over and above the belief that a prior case was wrongly decided”.

se para a tomada de decisão. Isso é mais visível nos casos em que Cortes posteriores divergem da posição de decisões anteriores e, ainda assim, consideram a manutenção de tais posições.¹⁸

Como dito anteriormente, a identificação desses critérios não significa afirmar que eles são usualmente – ou mesmo corretamente – utilizados em todas as decisões nas quais a SC discute a possibilidade de superar precedentes. Há, em verdade, estudos que desconstroem a existência de uma doutrina para a superação de precedentes consolidada nos moldes da desenhada em *Casey* (SEGAL; SPAETH, 1996, p. 983; FOWLER; JEON, 2008, p. 20; WAHLBECK, 1997, p. 792; SPRIGGS II; HANSFORD, 2001, p. 1.097). Com base na análise de estudos empíricos, Schauer (2007) argumenta que o constrangimento exercido por precedentes não é fator relevante para descrever a atividade judicante da SC – o *stare decisis* é uma doutrina muito mais preconizada, anunciada ou pregada do que propriamente seguida.

Sumarizando diversos estudos empíricos, Brenner e Spaeth (2006) vinculam que, muito embora a Corte preencha suas decisões com afirmações de que está a seguir interpretações passadas, ou mesmo que *justices* afirmem estarem limitados por precedentes, o fato é que raramente precedentes são determinantes para prever o curso de ação das julgadoras ou da Corte constitucional. Juízes e juízas seriam mais efetivos em anunciar a vinculação a precedentes do que em de fato se subordinarem a essa vinculação. Nesse contexto, decisões que seguem a lógica de *Casey* são classificadas como exceções.

A inconsistência com a qual a SC aplica seus testes para racionalizar a superação de precedentes é criticada não só pela academia mas

também pelos próprios membros do Tribunal. Em *Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees*, por exemplo, a Corte superou um precedente da década de 1970, *Abood v. Detroit Board of Education* (UNITED STATES, 1977), que considerava constitucional a obrigatoriedade de funcionários públicos pagarem taxas sindicais. Em seu voto divergente em *Janus*, a *justice* Elena Kagan expressou que a Corte estava superando *Abood* sem aplicar o teste usualmente mobilizado, fazendo-o simplesmente por não concordar com a posição anterior (UNITED STATES, 2018). Na análise de Greenhouse (2019), que apontou *Janus* como o caso mais emblemático que a SC decidiu em 2018, a forma como *Abood* foi superado permite afirmar que nenhum precedente está a salvo. A crítica de Greenhouse traz implícito o argumento de que *Abood* deveria ser mantido porque seria direito da comunidade não ter certas posições jurídicas superadas a não ser sob determinadas circunstâncias.

2.3 O Supremo Tribunal Federal e seu tímido acolhimento da tese das razões especiais

Reconhecer que o acervo decisório do STF pode exercer força normativa para o próprio Tribunal e para os demais órgãos do Judiciário há muito deixou de ser uma questão altamente controversa no plano descritivo. É cada vez mais difícil opor-se ao fato de que não só o STF mas todo o Judiciário produzem normas jurídicas ao desempenharem sua atividade de interpretação e aplicação do Direito. O eixo de discussões mais proveitoso deve voltar-se, portanto, para a forma como esse Direito judicial¹⁹ é construído, atentando-se para os desafios e possíveis disfuncionali-

¹⁸ “*Stare decisis* has consequence only to the extent it sustains incorrect decisions; correct judgments have no need for that principle to prop them up” (UNITED STATES, 2015).

¹⁹ A categoria *Direito judicial* será utilizada como gênero amplo, no qual se incluem diversos produtos normativos derivados da atuação do Judiciário: precedentes, súmulas, súmulas vinculantes e decisões judiciais.

dades de um sistema no qual a legislação entre Cortes e parlamentos é vista como premissa.²⁰

No que diz respeito à tese das razões especiais, a intenção aqui é demonstrar que o STF também possui em seu acervo casos nos quais *justificações especiais* para o *overruling* são requisitadas. Assim como indicado na análise dos casos da SC, a identificação desses casos não permite afirmar que o reconhecimento da autoridade do passado decisório é constante na Corte, indicando apenas que, em determinados momentos, ela se reconheceu diante do dilema entre manter uma decisão que compreende como equivocada ou superá-la.

Exemplo de mobilização de uma conceituação forte da autoridade horizontal de precedentes pelo STF ocorreu na Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 378, julgada em 2015, na qual se avaliou a compatibilidade entre a Constituição e o rito de *impeachment* estabelecido pela Lei nº 1.079/1950 (BRASIL, 2015). Um dos principais argumentos utilizados no voto vencedor do ministro Luís Roberto Barroso foi o de que sua decisão seguia a mesma interpretação concretizada pelo STF no julgamento do rito do *impeachment* de Fernando Collor de Mello (BRASIL, 1992). Aqui parece ficar clara a intenção da Corte de reconhecer o que o ministro Luiz Fux denominou *presunção de legitimidade da jurisprudência* em debate oral de outra ação julgada no Tribunal (BRASIL, 2011).

O respeito à tese do Mandado de Segurança (MS) nº 21.564 chega ao ápice no momento em

²⁰ Reconhecer que Cortes, assim como parlamentos, constroem o Direito não implica afirmar que o material normativo oriundo dos dois Poderes seja idêntico ou que tenham a mesma natureza. As condições para a elaboração de normas jurídicas por Cortes e parlamentos são diferentes, estando os diferentes Poderes subordinados a diferentes ônus e deveres quando criam o Direito. A premissa da legislação aponta ser a atividade decisória do Judiciário apenas parte da tarefa de construção das normas jurídicas, e não um exercício que reclama uma normatividade pré-estabelecida.

que o acórdão prefere seguir o entendimento anteriormente esposado mesmo reconhecendo que ele não realiza a melhor exegese da Constituição. Na discussão sobre o papel da Câmara e do Senado no procedimento de recebimento da denúncia e posterior afastamento da denunciada, o argumento da vinculação à decisão passada foi essencial para decidir que a presidenta da República só deveria ser afastada após um duplo juízo de admissibilidade, realizado tanto pela Câmara quanto pelo Senado, e não após um único juízo de admissibilidade da denúncia na Câmara, como uma leitura inicial da Constituição²¹ poderia indicar e como defenderam em seus votos os ministros Edson Fachin, Gilmar Mendes e Dias Toffoli. Para Barroso (BRASIL, 2015), a interpretação adotada pelos três ministros também seria a mais adequada, mas o argumento da proteção da segurança e da igualdade resguardados pela autoridade do precedente foi aqui forte o suficiente para garantir a preservação de uma interpretação compreendida como equivocada.

Outro caso em que o STF discutiu limites à possibilidade de superar decisões anteriores foi no Recurso Extraordinário (RE) nº 655.265, em que se debateu sobre qual deveria ser o termo final para a contagem do tempo de atividade jurídica que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) requer, em seu art. 93, I, para a posse no cargo de juiz (BRASIL, 2016). Posição anterior do Tribunal, cristalizada na ADI nº 3.460, definia ser a data da posse o termo final, ao passo que o RE manejado pretendia que o STF estabelecesse a data da inscrição definitiva no concurso como prazo constitucionalmente adequado. No julgamento do RE, o Tribunal ou

²¹ “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I – processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles” (BRASIL, [2022]).

seus ministros não expressam que a decisão anterior é equivocada, mas há o interesse do relator do caso em desenhar critérios que autorizariam ou não a superação de precedentes.

No voto do ministro Fachin, que terminou por conduzi-lo à relatoria do acórdão da decisão, fica expresso que a nova interpretação pretendida pelo recorrente não poderia ser alcançada por duas razões diferentes: “Com todas as vênias ao percuciente voto do i. Relator, não visualizo afronta à Constituição nessa interpretação, tampouco houve inovações – fáticas ou jurídicas – a indicar a superação daquela interpretação ou a sua oportunidade neste momento” (BRASIL, 2016, p. 43).

Para Fachin, caso um precedente não seja fruto de evidente equívoco de interpretação constitucional, o teste para aferir se ele mereceria ou não ser superado seria composto de duas etapas: verificação da consistência sistêmica do precedente e verificação da incongruência social do precedente. Esses dois critérios demonstrariam a existência ou não de desgaste da decisão anterior (BRASIL, 2016).

Pelo voto de Fachin, pode-se depreender que a consistência sistêmica teria relação com a capacidade, a cognoscibilidade e a replicabilidade do precedente, ou seja, com a possibilidade de a regra ou o princípio estabelecido ser bem compreendido e de viável utilização em decisões futuras pela própria Corte. Por outro lado, a congruência social diria respeito à aceitação do precedente e à capacidade de ele estabelecer de maneira definitiva a controvérsia jurídica em disputa. O fato de que existem poucos recursos que contestam a posição que o STF estabeleceu na ADI nº 3.460 denotaria, por exemplo, que era pouco contestado o precedente que se pretendia superar.

O voto de Fachin estabelece uma gradação entre os níveis de incorreção com que se pode avaliar uma decisão passada. Numa primeira

categoria estariam precedentes manifestamente equivocados. Nesses casos, a decisão não concede qualquer presunção em favor da manutenção da interpretação anterior. Numa segunda categoria, no entanto, os equívocos não são manifestos, mas produtos do que Fachin denomina *desgaste da autoridade do precedente*. Para verificar se tais situações de desgaste podem ou não ocasionar uma superação, Fachin apresenta seus critérios da inconsistência sistêmica e incongruência social.

Os mesmos critérios aparecem no voto do ministro Luiz Fux no julgamento do *Habeas Corpus* nº 152.752 (cujo paciente era o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva), no qual se questionava a constitucionalidade da possibilidade de prisão em segunda instância antes do trânsito em julgado da condenação penal (BRASIL, 2018). O argumento da congruência social é particularmente aprofundado por Fux para argumentar que a manutenção da possibilidade de prisão após julgamento de segunda instância seria adequada, pois colocaria em melhor sintonia a posição do Tribunal e a suposta *posição da opinião pública* sobre o tema.

Nesse mesmo julgamento, outro voto que pretende balizar a possibilidade de superar posições anteriores é o da ministra Rosa Weber, que menciona alguns fatores que seriam insuficientes para conduzir a Corte a uma legítima modificação de jurisprudência: mudança de composição do órgão, argumentos pragmáticos ou conjunturais. Não há, contudo, maior aprofundamento sobre tais critérios ou mesmo a aplicação deles ao caso em análise. Weber menciona ainda que mudanças de jurisprudência não devem ocorrer de maneira brusca, necessitando de justificação expressa. A ministra também descreve ocasiões quando a mudança estaria autorizada: alterações fáticas significativas e mutações dos significados das regras jurídicas (BRASIL, 2018). Não se consegue concluir pelo voto se são taxativas

ou não as hipóteses elencadas para chancelar as condutas possíveis ao Tribunal: mantê-las ou superá-las.

É importante esclarecer que esse tipo de autoridade que o STF parece querer atribuir aos seus julgamentos anteriores não é um efeito concedido formalmente pelo ordenamento. Há, pois, uma distinção entre o que normalmente se denomina *precedentes formalmente vinculantes* – detentores de uma autoridade *de jure* – e precedentes dotados de autoridade *de facto* (BARRETT, 2013).

Vojvodic (2012, p. 84) alcança conclusão semelhante ao analisar precedentes no STF. Como premissa de suas análises, ela diferencia conceitualmente dois fenômenos: a potencial autoridade que pode ser reconhecida pelo sistema jurisdicional a uma decisão e o efeito vinculante que a legislação concede expressamente a certas decisões. A relação entre as duas categorias – autoridade das decisões e efeito vinculante – é algo construído pela doutrina e pela jurisprudência: não há um comando legal que necessariamente as correlacione. Vojvodic ressalta que não se deve utilizar o critério da vinculação por mandamento legislativo para se analisar a autoridade do precedente; não há necessidade de reconhecimento pelo legislador de que uma decisão é vinculante para que seus efeitos normativos emergam. Não seria o efeito vinculante a marca fundamental de uma cultura de precedentes, sobretudo em sua dimensão horizontal, mas sim a consideração de decisões anteriores como parte da argumentação necessária a uma adequada decisão sobre o caso.

3 Que tipo de autoridade jurídica sustenta a tese das razões especiais?

Depois de ter sido conceituada a *tese das razões especiais* e de ter sido visto como é mo-

bilizada na prática da SC e do STF, a seguir se apresentarão três conceitos concorrentes que pretendem descrever a relevância jurídica que precedentes podem exercer em sua dimensão horizontal. Como se notará, apenas um deles é capaz de reconstruir a autoridade dos precedentes em conformidade com a tese das razões especiais.

3.1 Precedentes como razões substantivas: a tese da dependência

Supondo que as decisões do passado estão assentadas em razões substantivas,²² uma resposta a princípio atraente à pergunta sobre qual seria a autoridade jurídica das decisões pretéritas indicaria que elas importariam na exata medida em que as razões substantivas que as sustentam também importem para a nova decisão. Por esse caminho, as decisões anteriores seriam veículos das razões substantivas nas quais se baseiam, e o fato de elas existirem não adicionaria qualquer força ao conteúdo dessas próprias razões.

Pode-se chamar *tese da dependência* a essa concepção da autoridade das decisões passadas, segundo a qual não haveria qualquer força de uma decisão passada a não ser a das suas próprias razões de mérito. Ou seja, a autoridade de uma decisão passada depende totalmente da força de suas razões substantivas.

Retome-se o exemplo da discussão no STF sobre a possibilidade da prisão em segunda instância. A seguir a tese da dependência, o fato de o STF já haver estabelecido no julgamento

²² *Razões substantivas* aqui têm o sentido do que é comumente denominado *razões de primeira ordem*, ou seja, razões para fazer ou abster-se de fazer algo. Elas se contrapõem às *razões de segunda ordem*, definidas como quaisquer razões para agir ou abster-se de agir com base em outra razão. Na linha de Raz (1999), compreende-se que os conflitos entre razões de primeira ordem são resolvidos pela força relativa das razões conflitantes (razões mais fortes prevalecem sobre as mais fracas), mas isso não ocorre quando há conflito entre razões de primeira e segunda ordem.

das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 54 que a prisão em segunda instância é inconstitucional não exerceria qualquer influência ou peso caso novamente o Tribunal viesse a debater essa questão jurídica. A força da posição estabelecida nas ADCs dependeria exclusivamente dos argumentos substantivos utilizados para sustentar a posição vencedora: presunção de inocência, contraditório, ampla defesa etc. Na hipótese de novo julgamento sobre o tema, tais argumentos deveriam ser novamente avaliados e o fato de uma decisão já os ter avaliado seria irrelevante para a nova tomada de decisão.

Se decisões jurídicas fundamentadas são tomadas com fundamento num balanço de todas as razões jurídicas relevantes disponíveis, pode-se dizer, pela tese da dependência, que o fato de determinadas razões terem sido mobilizadas por precedentes anteriores não adiciona qualquer força a tais razões diante do novo balanço exigido pela decisão do presente. Questionado sobre quando um precedente deveria ser superado, um adepto da tese da dependência responderia que uma decisão anterior deve ser superada sempre que, considerando todas as razões substantivas à disposição para responder a determinada questão jurídica, segui-la implique uma decisão incorreta.

A essa compreensão Alexander (1989, p. 8) denomina *modelo natural do precedente* (*natural model of precedent*), a fim de enfatizar que um juiz ou uma Corte decidiria novamente uma questão sobre a qual já se manifestou da mesma forma como decidiu da primeira vez, isto é, de maneira natural. O fato de a decisão anterior existir não fornece mais do que uma apresentação limpa de argumentos com o mesmo valor que qualquer outro argumento a ser suscitado na nova discussão. Estando incorretos o mérito ou os fundamentos que a sustentam, essa decisão não teria qualquer apelo próprio a ser exercido perante as decisões do presente.

A tese da dependência, contudo, constitui a própria negativa do reconhecimento de uma autoridade ínsita nos precedentes em uma dimensão horizontal. A moderna doutrina do precedente judicial não parece estar baseada na tese da dependência, não ao menos em termos de pretensão normativa. Se de fato existe, um conceito de autoridade horizontal dos precedentes judiciais terá alguma razão de ser se, e somente se, for capaz de explicar de que forma uma decisão tomada por *C1* pode ser mantida mesmo que *C2* considere equivocada tal decisão.

3.2 Precedentes como razões excludentes: a tese da independência forte

A autoridade horizontal de um precedente constitucional parece ser mais bem descrita pelo que Postema (1991, p. 1.161, tradução nossa)

identificou como *tese da independência*: a força jurídica que uma decisão passada exerce no presente é independente das razões que sustentam seu mérito:

Se a decisão estabelece um precedente, logo o fato de que o caso foi decidido de uma maneira particular deve fornecer uma razão, ou figurar de forma essencial como uma razão mais complexa, para que o problema seja decidido da mesma forma no futuro; e esta razão deve estar baseada em considerações independentes do mérito do caso. Esse é o diferencial da tese da independência.²³

Aqui o precedente não é só um veículo de razões substantivas, mas passa ele próprio a constituir uma razão que influencia a dinâmica decisória sobre casos similares no presente. Com a tese da independência torna-se possível isolar a força argumentativa que uma decisão anterior detém *per se*. O próprio Postema (1997), todavia, admite que a tese da independência apresenta variações. Para os fins deste artigo, diferenciar as variantes da tese da independência é tão importante quanto distingui-la da dependência.

Uma primeira variação defende que um precedente exercerá sua força jurídica no presente mediante simples verificação de seu *pedigree* histórico, pois a mera existência formal de uma decisão anterior em determinado sentido é razão suficiente para decidir um caso semelhante no mesmo caminho. É essa a concepção adotada por Schauer (1987, p. 571), de acordo com a qual uma decisão anterior exerce sua autoridade de forma *totalmente* independente de seu conteú-

do. Identificaremos essa variação como *tese da independência forte*.

A tese da independência forte é normalmente associada à ideia de precedentes como razões excludentes ou exclusionárias (RAZ, 1999, p. 39). Razões excludentes são tipos de razões de segunda ordem, isto é, razões para agir com esteio em determinadas razões (razões de segunda ordem positivas) ou deixar de agir por determinadas razões (razões de segunda ordem negativas ou razões excludentes). Como razões de segunda ordem, as razões excludentes têm uma dimensão preemptiva: impedem a utilização das razões de primeira ordem, ou razões substantivas, no balanço de razões. Um dos objetivos da identificação de precedentes como razões exclusionárias é justamente desvincular a obediência à norma precedental das razões de primeira ordem que a sustentam, simplificando o processo de tomada de decisão (RAZ, 1999, p. 79). De acordo com a tese da independência forte, o precedente operaria como uma razão excludente, já que o precedente judicial impediria que outras razões informassem uma decisão a ser tomada no presente.

A tese da independência forte pode ser mobilizada para descrever como precedentes de Cortes constitucionais como o STF ou a SC devem ser empregados por Cortes inferiores – dimensão vertical da autoridade dos precedentes –, tendo em conta que estas não podem contestar ou superar decisões emanadas de instâncias hierarquicamente superiores. Há, entretanto, um obstáculo óbvio para utilizar tal tese para descrever a autoridade horizontal dos precedentes em outras Cortes judiciais. Considerar *C1* como razões que excluem a possibilidade de um novo balanço de razões operado por *C2* não parece viabilizar que *C2* possa superar uma decisão anterior aferida como equivocada. Uma vinculação absoluta à decisão pretérita é, pois, uma forma tão equivocada de

²³No original: “If the decision set a precedent, then the fact that the case was decided in a particular way must itself give some reason, or figure essentially in some more complex reason, for deciding in the same way in the future, and this reason must be rooted in considerations independent of the specific merits of the case. This is the thrust of the independence thesis”.

compreender a autoridade horizontal quanto a desconsideração de decisões anteriores como razões *per se*, como propõe a tese da dependência.²⁴

Alternativa tanto à tese da dependência quanto à tese da independência forte é encontrada nas concepções da autoridade horizontal alinhadas ao que aqui se denomina *tese da independência parcial em relação ao conteúdo*, segundo a qual a força jurídica de um precedente não depende apenas da avaliação do mérito de suas razões.

3.3 Precedentes como razões não excludentes: a tese da independência parcial

Por um lado, a tese da independência parcial diferencia-se da tese da dependência ao conceder a existência de uma autoridade jurídica na decisão anterior que independe do conteúdo de suas razões substantivas. A justificação que C2 desenvolverá para decidir de forma diferente um caso anteriormente decidido por C1 deve atender a especificidades que não seriam exigidas caso o precedente não existisse. Essas exigências não têm necessariamente relação com as razões substantivas que compõem o mérito da decisão de C1.

Em outro flanco, distingue-se da tese da independência forte ao conceber a força jurídica da decisão anterior como limitada e não excludente. Limitada, pois o reconhecimento de uma razão independente do conteúdo não garante que essa razão esteja imune a todo e qualquer defeito que o mérito da decisão venha a veicular; e não excludente porque a força jurídica do passado não seria capaz de obstar a consideração de outras razões para a tomada de decisões no presente. Em resumo, a tese da independência parcial sustenta ser a autoridade horizontal de precedentes *em certa medida independente* do conteúdo de suas razões, ao mesmo tempo em que considera superável essa autoridade (SCHAUER, 2007, p. 390).

Com a tese da independência parcial é possível diferenciar duas instâncias do fenômeno precedental: uma se refere ao reconhecimento de uma

²⁴ Bustamante (2013, p. 320) aponta que desde o *Practice Statement* de 1966 nem mesmo o Reino Unido acolhe um modelo de *stare decisis* absoluto em que as Cortes estejam formalmente vinculadas a seguir seus próprios precedentes de forma tal a nunca os sujeitar a *overruling*. Raz (2009, p. 195), que descreve os precedentes como razões excludentes, ensaia uma resposta ao obstáculo. Admitindo que o *overruling* seja prática reconhecidamente comum e normativamente desejada, a descrição de precedentes como razões excludentes deveria ser conciliada com a possibilidade de uma revisão especial (*special revisability*) das decisões anteriores. Conceituar a autoridade horizontal dos precedentes recorrendo ao conceito de razões excludentes e abrir exceções aos contornos dessa conceituação para explicar situações comuns como as superações de precedente parece, no entanto, mais a constatação de um equívoco do modelo explicativo que propriamente um movimento de reparo conceitual. É necessário buscar uma conceituação de autoridade precedental que melhor integre a prática com precedentes como um todo com a prática do *overruling* como situação particular. O *overruling* não é um apêndice numa doutrina do precedente judicial, mas parte essencial de seu modelo explicativo.

razão independente do conteúdo extraível de um precedente, e a outra estabelece a relação dessa razão com outras razões que devem compor a dinâmica decisória de um caso no presente. Ainda no exemplo da prisão em segunda instância, a tese da independência parcial permitiria afirmar que a posição jurídica estabelecida nas ADCs julgadas pelo STF em 2019 dificulta ou limita a liberdade decisória da Corte caso esse assunto venha novamente a ser discutido no futuro. Essa dificuldade ou limitação, contudo, não impede que a posição sobre a prisão em segunda instância venha novamente a ser modificada pelo Tribunal.

A tese da independência parcial permite que se explique por que se requerem razões especiais ou justificações especiais para a superação de decisões anteriores. Se a força da autoridade do precedente em tudo dependesse do conteúdo de suas razões substantivas, Cortes do presente teriam a liberdade de rejeitar plenamente as decisões que, em princípio, compreendem como equivocadas. Uma vez que os precedentes sejam vistos como instrumentos normativos com autoridade parcialmente independente das razões substantivas que os sustentam, pode-se falar que se requiere um padrão ou parâmetro *diferenciado* ou *qualificado* para rejeitar ou superar interpretações estabelecidas em decisões anteriores.

A autoridade do precedente, ainda que superável, só existe de fato caso o parâmetro ou padrão de razões necessárias à superação de determinado entendimento for considerado maior apenas pelo fato de a decisão anterior existir. Seria preciso dizer que a decisão está incorreta num grau ou num nível acima, e só por ter atingido esse nível ou grau de incorreção ela pode ser superada. Caso a decisão anterior não existisse, não haveria a necessidade de requerer um *plus* argumentativo para justificar determinada interpretação jurídica. Se quisermos

traduzir esse esquema nos termos da tese das razões especiais: a superação dessa decisão é legítima só porque o juízo de incorreção sobre a decisão anterior é fundado em determinados tipos de razões, justamente as razões especiais.

Por outro lado, não há qualquer garantia de que a razão independente do conteúdo fornecida pelo precedente terá algum tipo de prevalência sobre as demais considerações envolvidas no balanço de razões do caso. Pode-se afirmar, pois, que o precedente anterior exerce uma autoridade em certa medida independente de seu conteúdo, mas não é possível afirmar ser absoluta tal autoridade.

O argumento das razões especiais surge como meio termo entre o afastamento da tese da dependência e o não acolhimento da tese da independência forte. A tese das razões especiais sublinha a distância entre, de um lado, o tipo de justificação requerida para superar um precedente num ambiente onde a autoridade horizontal não existe, de outro, a justificação necessária ao *overruling* num contexto de existência dessa autoridade independente. Diante de contextos em que se discute a superação de entendimentos e de interpretações anteriores, um precedente estabelecido por *C1* funciona como razão prática para que *C2* somente possa efetuar a potencial superação por meio da mobilização de razões especiais. Por sua vez, essa razão para assim agir é caracterizada por não depender *exclusivamente* do conteúdo estabelecido na decisão de *C1*.

O acolhimento da tese das razões especiais coloca-nos diante do seguinte dilema: diante de que condições ou circunstâncias deve prevalecer a autoridade não excludente que o precedente representa? Em outras palavras: que situações específicas ou que tipos de razões substantivas especiais são capazes de derogar a autoridade parcialmente independente de precedentes judiciais? O próximo tópico tentará responder a tais questionamentos.

4 Fundamento normativo da autoridade horizontal de precedentes: justificando a tese das razões especiais

O que, afinal, justifica que razões especiais sejam exigidas para superar uma decisão anterior? Quais são as bases da autoridade jurídica que o passado exerce sobre uma decisão a ser tomada no presente? Como identificar o momento em que a autoridade parcialmente independente de seu conteúdo que os precedentes detêm deve ceder em face de razões substantivas? Há diversos caminhos que buscam explicar por quê e até que ponto Cortes devem respeitar suas decisões passadas. Em vez de uma abordagem horizontal desses vários caminhos, este tópico se aprofundará no argumento que Perry (1989) desenvolveu para justificar a autoridade horizontal de precedentes judiciais.

Essa escolha metodológica por aprofundar o argumento de Perry (1989) decorre de duas razões principais: seu argumento fornece base normativa apta a justificar o tipo de autoridade parcialmente independente do conteúdo com a qual se descreveu no tópico anterior a força argumentativa de precedentes; e seu argumento apresenta orientações de como intérpretes podem operar em termos práticos uma autoridade normativa que não depende totalmente de razões substantivas para se sustentar. Ou seja: seguindo Perry, encontraremos uma forma de saber até quando um precedente deve ser seguido independentemente de discordarmos de seu conteúdo.

Perry (1989, p. 970) sustenta que a autoridade horizontal parcialmente independente de seu conteúdo de precedentes judiciais pode ser justificada como prática, se se compreende o precedente como instrumento de controle da incerteza do Direito. Seguir precedentes é prática justificada na medida em que orienta agentes que lidam com situações de incerteza prática, servem de guias *principalmente* diante de hipóteses de incerteza em relação a como julgadores devem agir. Se algumas das propostas para justificar a autoridade horizontal buscam fundamentar o precedente como material capaz de mitigar a incerteza por meio da criação de certezas e de previsibilidade no Direito (BARBOZA, 2011; CARRAZZA, 2008), a proposta de Perry (1989, p. 970) redefine a questão: ela pressupõe ser justamente porque não podemos eliminar em certos casos o caráter de incerteza e o traço de imprevisibilidade dentro do Direito que a autoridade do precedente é importante.

É senso comum que Cortes judiciais decidem muitas vezes em contextos de incerteza. Incerteza, para Perry (1989), ocorre quando não é possível identificar como correta uma resposta ou uma interpretação jurídica após realizar um balanço das razões jurídicas disponíveis para solucionar determinado caso. Seu argumento é o de que as Cortes devem construir

uma doutrina do precedente como uma escolha política estratégica para lidar justamente com cenários no qual impere a incerteza sobre qual a resposta que o Direito tem para determinado caso. Em alguma medida, Perry define que precedentes são instrumentos para que Cortes lidem com as dificuldades impostas pelas suas falibilidades decisórias, com a impossibilidade de saber se estamos diante de decisões certas ou erradas.

Aqui é importante sublinhar a diferença que Perry (1989) aponta entre o conceito de *balanço objetivo de razões* e o de *determinação subjetiva de como se deve agir* diante de questões práticas.

Embora razões possam ser entendidas como fatos, quando precisamos decidir sobre o que fazer com base no balanço de razões nem sempre estamos certos a respeito dos fatos que figuram nesse processo argumentativo. Precisamos fiar-nos, pois, não nas razões como fatos propriamente ditos, mas nas crenças que temos sobre determinados fatos. Assim, a argumentação prática que constitui um balanço de razões depende muito mais do grau de crença sobre determinados fatos do que de fatos propriamente ditos (PERRY, 1989, p. 925-926).

Decisões práticas não raramente são tomadas diante de diversos tipos de incertezas sobre a correção das próprias razões que fundamentam as decisões. Dada a incerteza, é quase sempre probabilística a informação disponível para o agente tomar sua decisão (WANG, 2017).

Ao ter que decidir se o aborto é autorizado ou não por um texto constitucional, devem as Cortes constitucionais basear-se em normas constitucionais que autorizem ou não tal conduta, independentemente da crença pessoal de uma juíza ou de um juiz sobre a correção moral da prática do aborto. Ocorre que, antes de se chegar à discussão constitucional sobre os contornos do direito à autonomia da mulher ou sobre o suposto direito à vida do feto, pode

haver profunda divergência entre as juízas sobre a própria existência de cada um desses direitos na Constituição, ou seja, duvida-se de que eles sejam fatos no mundo capazes de sustentar uma conclusão pela inconstitucionalidade ou constitucionalidade da interrupção da gravidez. Reformulando o exemplo mencionado por meio da distinção entre fatos e crenças, uma Corte autorizaria ou não o aborto por *acreditar* na existência de um fato – seja ele um princípio ou uma regra constitucional – que sustente a constitucionalidade da prática do aborto.

Daí a diferença entre o *balanço objetivo de razões* e a *determinação subjetiva de como se deve agir*: no balanço objetivo de razões, as razões utilizadas em uma argumentação são compreendidas como fatos. Esse tipo de situação ocorre quando determinado agente interpretativo tem certeza da verdade sobre todas as razões normativamente relevantes para solucionar um caso jurídico. Por sua vez, o balanço subjetivo de razões pode ser compreendido como o julgamento individual baseado em razões que podem estar normativamente equivocadas ou empiricamente incorretas. Caso as razões mobilizadas no balanço subjetivo estejam corretas e sejam normativamente relevantes, o balanço subjetivo equivalerá ao balanço objetivo ideal de razões.

Transportando tais conceitos para a discussão sobre a superação de precedentes, tem-se que a possibilidade de juízes e juízas decidirem de maneira equivocada ou de avaliarem equivocadamente a correção de uma decisão anterior é contextualizada nesse ambiente de incerteza decisória. É necessária uma estratégia para lidar com a incerteza decisória que garanta certo nível de previsibilidade nas decisões tomadas por Cortes sem que se comprometa o nível de correção do ambiente (PERRY, 1989, p. 968).

Numa concepção não excludente de precedente, o intérprete busca um nível aceitável de previsibilidade de suas decisões ao mesmo

tempo em que tenta garantir que o nível geral de correção de suas decisões não seja prejudicado em função da perseguição à previsibilidade (PERRY, 1989, p. 967).

O argumento para a deferência ao precedente judicial nesse caso não está fundado na crença de que a adesão a decisões anteriores aumenta a possibilidade de que uma Corte esteja mantendo uma decisão correta. Ele se localiza na compreensão de que a falibilidade decisória de Cortes em ambientes de incerteza pode gerar dificuldades e prejuízos a outros indivíduos ao potencializar a imprevisibilidade da normatividade jurídica. Uma prática de deferência ao precedente pode, pelo menos parcialmente, mitigar uma imprevisibilidade que erodiria a capacidade de os indivíduos planejarem suas vidas.

Precedentes, por essa linha, serão razões que requerem a deferência de alguma julgadora à determinada decisão autoritativa sempre que ela não saiba o que o balanço objetivo de razões determina, ou seja, quando estiver presente a incerteza sobre o resultado do balanço objetivo de razões. As razões que os precedentes representam não silenciam ou substituem razões de primeira ordem, nem representam razões preemptivas. Elas são o que Perry (1989, p. 923) denomina *razões excludentes subjetivas*: determinam qual autoridade deve definir o balanço objetivo de razões em determinado contexto ou tipo de situação.

O conceito não excludente de precedente judicial estabelece, pois, modelos de presunção de correção da autoridade da decisão anterior. A presunção em favor da manutenção do precedente é, neste caso, a própria tradução da deferência. Para Perry (1989), enxergar a deferência como presunção de correção permite a um só tempo afastar-se de um modelo de razões excludentes que impediria a rediscussão do conteúdo das decisões anteriores, bem como de um modelo de discricionariedade absoluta em que toda e qualquer razão poderia modificar a decisão anterior.

A proposta de Perry (1989, p. 934) sustenta, contudo, que a incerteza é uma questão de grau. Compreende desde o caso em que C2 acredita que C1 cometeu um equívoco claro – hipótese em que o nível de incerteza é mínimo e na qual é impensável conferir qualquer deferência à decisão anterior – a situações nas quais C2 não está segura de que a decisão de C1 foi equivocada – hipótese em que o nível de incerteza é alto e na qual é recomendável uma deferência à decisão anterior. Entre uma hipótese e outra há diversas possibilidades de juízos sobre a posição anterior e, conseqüentemente, variadas opções entre superá-la ou não.

Assim, precedentes estabelecidos por Cortes do passado não possuiriam autoridade quando a Corte do presente estivesse absolutamente certa sobre o que a Constituição determina. Ou seja, quando uma Corte do presente souber exatamente o que o balanço objetivo de razões re-

comenda, deverá agir em conformidade com esse balanço objetivo de razões, não possuindo a autoridade do precedente força para impedir o surgimento da decisão que dele diverge. Inexistindo incerteza, o precedente inequivocamente incorreto não tem razão para prevalecer frente a uma decisão inequivocamente correta.

O precedente teria sua força vinculada às situações nas quais a incerteza que conformaria o juízo de erro sobre a decisão anterior impede que seja confiável a própria avaliação sobre o que a Constituição ordena, proíbe ou permite. Precedentes operam, assim, como razões que requerem determinados cursos de ações apenas dentro de certas fronteiras epistêmicas: os contornos epistêmicos da incerteza sobre como a Constituição permite ser interpretada. São o que Perry (1989, p. 923) denomina *epistemic-bounded reasons*, ou razões epistemicamente vinculadas; são razões que só exercem força dentro de determinado quadro epistêmico sobre as razões que estão em jogo.

Para identificar o momento em que a vinculação a decisões autoritativas deixa de ser necessária em razão de um nível de certeza confiável sobre o que a Constituição permite, Perry (1989) lança mão do conceito *epistemic threshold* (limiar epistêmico), que é o ponto a partir do qual determinado agente decisório deve deixar de fiar-se no balanço de razões fornecido pela decisão autoritativa para seguir o seu próprio balanço de razões ao decidir.

Se a área acima do limiar epistêmico é uma zona na qual o agente decisório tem certeza de que o precedente está equivocado, e por isso deve superá-lo, a área abaixo é uma região de incerteza epistêmica sobre o erro da decisão anterior na qual o precedente possui força vinculante.

Ou seja, alcançar o limiar epistêmico depende da força da convicção de determinado intérprete de que a decisão autoritativa está equivocada ou não é permitida pela Constituição. Colocando em termos da disputa sobre a superação de precedentes, quanto menor o nível de incerteza sobre as premissas que fundamentam a decisão anterior, mais forte é a convicção deste agente sobre o erro ou o acerto da decisão anterior (PERRY, 1989, p. 934).

5 Conclusão

Este trabalho promoveu uma apresentação qualificada do conceito de autoridade horizontal de precedentes judiciais, permitindo isolar o tipo de autoridade decisória por trás da fórmula argumentativa que guia a doutrina e a atividade prática de Cortes quando se está discutindo a superação de precedentes: a tese das razões especiais.

Como se demonstrou, muito embora seja relativamente comum encontrar no acervo decisório do STF e da SC a admissão de que seus próprios precedentes só podem ser revogados por meio de uma justificação especial, estudos empíricos e análises detidas sobre os casos demonstram que a postura de deferência ao precedente não é uma constante. A autoridade horizontal dos precedentes é muito mais celebrada do que propriamente implementada.

A análise de como Cortes constitucionais em sua realidade prática manifestam a tese das razões especiais demonstrou que não há consenso sobre o que significa *razão especial*. Há uma variedade de equívocos afe-ríveis, com diferentes consequências na forma como decisões presentes devem lidar com escolhas passadas. Afirmar que somente razões especiais podem autorizar a superação de um precedente é insuficiente para controlar processos de *overruling*, pois não há apenas uma definição do que sejam as *razões especiais*.

Após apresentar a tese das razões especiais no tópico 2, o tópico 3 demonstrou como a autoridade horizontal do precedente judicial pode ser concebida de forma parcialmente independente da força das razões substantivas que esse próprio precedente carrega, na aqui denominada *tese da independência parcial*. Essa autoridade teria o poder de enviar o processo decisório do presente em direção ao passado, requerendo razões especiais para que a decisão passada não fosse seguida. Ao demandar que tipos específicos de razões sejam desenvolvidos para que decisões anteriores sejam superadas, a tese das razões especiais poderá implicar a manutenção de decisões que C2 compreende como equivocadas, pois não será todo tipo de juízo argumentativo ou nova razão que autorizará o abandono de posições anteriormente estabelecidas.

Desenhada a relação entre o conceito de *autoridade parcialmente independente do conteúdo* e a *tese das razões especiais*, a seção 4 apresentou o argumento de Stephen Perry para justificar por que razões especiais devem ser exigidas ao superar um precedente. Segundo, precedentes devem ter sua autoridade respeitada sempre que houver níveis altos de incerteza sobre como o Direito soluciona determinada controvérsia jurídica. Em outras palavras: quanto maior for o nível de incerteza sobre como o Direito soluciona um caso, maior será a autoridade horizontal de uma decisão anterior que sobre tal controvérsia jurídica já se manifestou.

O argumento construído por Perry (1989) em favor da autoridade de precedentes diante da incerteza decisória lega algumas tarefas a uma teoria normativa que, pretendendo ir além de uma justificação da vinculação ao precedente por si, busque também operacionalizar metodologicamente como essa vinculação será superada. A principal delas é a qualificação dos juízos de incerteza sobre a avaliação do passado decisório.

Reconhecendo, como Perry o faz, que a incerteza é uma questão de grau, diferentes padrões ou tipos de incerteza sobre os erros que precedentes contêm implicariam diferentes consequências para a sua manutenção ou não. Para disciplinar metodologicamente como e quando uma decisão anterior presumidamente correta deve ser superada, é necessário que as teorias dos precedentes avancem na construção de parâmetros para avaliar graus de incerteza decisória.

Sobre o autor

Túlio Jales é doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil; advogado.
E-mail: tuliojales@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

JALES, Túlio. Conceito e fundamentos da autoridade horizontal de precedentes judiciais: razões especiais e incerteza na superação de precedentes. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 59, n. 236, p. 119-145, out./dez. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/236/ril_v59_n236_p119

(APA)

Jales, T. (2022). Conceito e fundamentos da autoridade horizontal de precedentes judiciais: razões especiais e incerteza na superação de precedentes. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 59(236), 119-145. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/236/ril_v59_n236_p119

Referências

ALEXANDER, Larry. Constrained by precedent. *Southern California Law Review*, [s. l.], v. 63, n. 1, p. 1-64, Nov. 1989.

_____. Precedential constraint, its scope and strength: a brief survey of the possibilities and their merits. *San Diego Legal Studies Research Paper Series*, San Diego, n. 11-070, p. 1-12, Sept. 2011. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1924585. Acesso em: 13 jul. 2022.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law na sociedade contemporânea*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

BARRETT, Amy Coney. Precedent and jurisprudential disagreement. *Texas Law Review*, [s. l.], v. 91, n. 7, p. 1.711-1.737, 2013. Disponível em: https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/293/. Acesso em: 13 jul. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.415/SP*. Ação direta de inconstitucionalidade. Provimentos n. 747/2000 e 750/2001, do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, que reorganizaram os serviços notariais e de registro, mediante acumulação, desacumulação, extinção e criação de unidades [...]. Requerentes: Associação dos Notários e Registradores do Brasil – Anoreg/BR; Partido Trabalhista Brasileiro – PTB; Mesa da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Interessado: Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo. Relator: Min. Ayres Britto, 22 de setembro de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1718027>. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Habeas Corpus 152.752/PR*. *Habeas corpus*. Matéria criminal. Execução provisória da pena. Impetração em substituição a recurso ordinário constitucional. Cognoscibilidade. Ato reputado coator compatível com a jurisprudência do STF. Ilegalidade ou abuso de poder. Inocorrência [...]. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Impetrantes: Cristiano Zanin Martins e outro(a/s). Relator: Min. Edson Fachin, 4 de abril de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15132272>. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança 21.564/DF*. Constitucional. “*Impeachment*”. Processo e julgamento: Senado Federal. Acusação: admissibilidade: Câmara dos Deputados. Defesa. Provas: instância onde devem ser requeridas. Voto secreto e voto em aberto. Recepção pela CF/88 da norma inscrita no art. 23 da Lei 1.079/50 [...]. Impetrante: Fernando Affonso Collor de Mello. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Octavio Gallotti. Relator para o acórdão: Min. Carlos Velloso, 23 de setembro de 1992. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85552>. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 378/DF*. Direito constitucional. Medida cautelar em ação de descumprimento de preceito fundamental. Processo de *impeachment*. Definição da legitimidade constitucional do rito previsto na Lei nº 1.079/1950 [...]. Requerente: Partido Comunista do Brasil. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Edson Fachin. Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso, 17 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10444582>. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 655.265/DF*. Ingresso na carreira da magistratura. Art. 93, I, CRFB. EC 45/2004. Triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito. Requisito de experimentação profissional. Momento da comprovação [...]. Recorrente: União. Recorrida: Jaeline Boso Portela de Santana. Relator: Min. Luiz Fux. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin, 13 de abril de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11465268>. Acesso em: 13 jul. 2022.

BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. *Stare decisis: the alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992*. New York: Cambridge University Press, 2006.

BURTON, Steven J. The conflict between *stare decisis* and overruling in constitutional adjudication. *Cardozo Law Review*, [s. l.], v. 35, n. 5, p. 1.687-1.713, 2014. Disponível em: <http://cardozolawreview.com/the-conflict-between-stare-decisis-and-overruling-in-constitutional-adjudication/>. Acesso em: 13 jul. 2022.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O direito e a incerteza de suas fontes: um problema em aberto para a dogmática jurídica contemporânea. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, v. 2.013, n. especial, p. 299-325, 2013. DOI: 10.12818/P.0304-2340.2013vJp300. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2013vJp300>. Acesso em: 13 jul. 2022.

CARRAZZA, Roque Antônio. Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antônio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008.

FALLON JUNIOR, Richard H. *Stare decisis* and the Constitution: an essay on constitutional methodology. *New York University Law Review*, New York, v. 76, n. 2, p. 570-597, May 2001. Disponível em: <https://www.nyulawreview.org/issues/volume-76-number-2/stare-decisis-and-the-constitution-an-essay-on-constitutional-methodology/>. Acesso em: 13 jul. 2022.

FOWLER, James H.; JEON, Sangick. The authority of Supreme Court precedent. *Social Networks*, [s. l.], v. 30, n. 1, p. 16-30, Jan. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.socnet.2007.05.001>.

GREENHOUSE, Linda. The US Supreme Court's challenge to civil society. In: INTERNATIONAL dialogues in constitutional law. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2019. 1 vídeo (ca. 116 min). Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/event/greenhouse-dialogos-2019/>. Acesso em: 13 jul. 2022.

LAWSON, Gary. Mostly unconstitutional: the case against precedent revisited. *Ave Maria Law Review*, [s. l.], v. 5, n. 1, p. 1-22, 2007. Disponível em: https://scholarship.law.bu.edu/faculty_scholarship/475/. Acesso em: 13 jul. 2022.

LEE, Thomas R. *Stare decisis* in historical perspective: from the Founding Era to the Rehnquist Court. *Vanderbilt Law Review*, [s. l.], v. 52, n. 3, p. 647-735, Apr. 1999. Disponível em: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol52/iss3/2/>. Acesso em: 13 jul. 2022.

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Introduction. In: _____ (ed.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot, UK: Ashgate: Dartmouth, 1997. p. 1-15. (Applied Legal Philosophy).

NELSON, Caleb. *Stare decisis* and demonstrably erroneous precedents. *Virginia Law Review*, [s. l.], v. 87, n. 1, p. 1-84, Mar. 2001. DOI: <https://doi.org/10.2307/1073894>.

PERRY, Stephen R. Second-order reasons, uncertainty and legal theory. *Southern California Law Review*, [s. l.], v. 62, n. 3-4, p. 913-994, 1989. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1354/. Acesso em: 13 jul. 2022.

POSTEMA, Gerald J. Integrity: justice in workclothes. *Iowa Law Review*, [s. l.], v. 82, n. 3, p. 821-855, Mar. 1997.

_____. On the moral presence of our past. *McGill Law Journal*, Montréal, v. 36, n. 4, p. 1.153-1.221, 1991. Disponível em: <https://lawjournal.mcgill.ca/article/on-the-moral-presence-of-our-past/>. Acesso em: 13 jul. 2022.

RAZ, Joseph. *Practical reason and norms*. Oxford, UK: Oxford University Press, 1999.

_____. *The authority of law: essays on law and morality*. 2nd ed. Oxford, UK: Oxford University Press, 2009.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2013.

SCHAUER, Frederick. Has precedent ever really mattered in the Supreme Court? *Georgia State University Law Review*, [s. l.], v. 24, n. 2, p. 381-401, 2007. Disponível em: <https://readingroom.law.gsu.edu/gsulr/vol24/iss2/6/>. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Precedent. *Stanford Law Review*, Stanford, CA, v. 39, n. 3, p. 571-606, Feb. 1987. DOI: <https://doi.org/10.2307/1228760>.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. The influence of *stare decisis* on the votes of United States Supreme Court justices. *American Journal of Political Science*, [s. l.], v. 40, n. 4, p. 971-1.003, Nov. 1996. DOI: <https://doi.org/10.2307/2111738>.

SPRIGGS II, James F.; HANSFORD, Thomas G. Explaining the overruling of U.S. Supreme Court precedent. *The Journal of Politics*, [s. l.], v. 63, n. 4, p. 1.091-1.111, Nov. 2001. DOI: <https://doi.org/10.1111/0022-3816.00102>.

UNITED STATES. Supreme Court. *Abood v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209 (1977). Public employees who refuse to join a labor union can nonetheless be required to pay the portion of union dues that cover the expenses of collective bargaining, contract administration, and grievance adjustment purposes; objectors to union membership or policy may not, however, have their dues used for other ideological or political purposes. First party: Abood. Second party: Detroit Board of Education. May 23, 1977. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/431/209/>. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Supreme Court. *Allen et al. v. Cooper, Governor of North Carolina, et al.*, 589 U.S. ____ (2020). First party: Allen et al. Second party: Cooper, Governor of North Carolina, et al. March 23, 2020a. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/589/18-877/case.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Supreme Court. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). The Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment to the United States Constitution prohibits states from segregating public school students on the basis of race. This marked a reversal of the “separate but equal” doctrine from *Plessy v. Ferguson* that had permitted separate schools for white and colored children provided that the facilities were equal. First party: Oliver Brown, Mrs. Richard Lawton, Mrs. Sadie Emmanuel, et al. Second party: Board of Education of Topeka, Shawnee County, Kansas, et al. May 16, 1954. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Supreme Court. *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393 (1932). First party: Burnet. Second party: Coronado Oil & Gas Co. April 11, 1932. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/285/393/>. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Supreme Court. *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000). First party: Dickerson. Second party: United States. June 26, 2000. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/530/428/>. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Supreme Court. *Hubbard v. United States*, 514 U.S. 695 (1995). First party: Hubbard. Second party: United States. May 15, 1995. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/514/695/case.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Supreme Court. *Janus v. American Federation of State, County, and Municipal Employees, Council 31, et al.*, 585 U.S. ____ (2018). First party: Janus. Second party: American Federation of State, County, and Municipal Employees, Council 31, et al. June 27, 2018. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-1466_2b3j.pdf. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Supreme Court. *Kimble v. Marvel Entertainment, LLC*, 576 U.S. ____ (2015). Unless Congress passes legislation to the contrary, there is a general rule that patents expire 20 years from the original application date, at which stage the public receives the unrestricted right to make or use the patented subject matter. First party: Stephen Kimble, et al. Second party: Marvel Enterprises, Inc. June 22, 2015. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/13-720/>. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Supreme Court. *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). The Due Process Clause of the Fourteenth Amendment protects the individual right to freedom of contract. First party: Joseph Lochner. Second party: New York. April 16, 1905. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/>. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Supreme Court. *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808 (1991). The sentencing phase of a capital murder trial is an appropriate time to offer evidence of victim impact. First party: Pervis Tyrone Payne. Second party: Tennessee. June 27, 1991. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/501/808/>. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Supreme Court. *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992). A person retains the right to have an abortion, established by *Roe v. Wade*, but the state’s compelling interest in protecting the life of an unborn child means that it can ban an abortion of a viable fetus under any circumstances except when the health of the mother is at risk [...]. First party: Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania. Second party: Robert P. Casey, Governor of Pennsylvania. June 29, 1992. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/>. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Supreme Court. *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). Later overruled by *Brown v. Board of Education* (1954), this decision embraced the now-discredited idea that “separate but equal” treatment for whites and African-Americans is permissible under the Fourteenth Amendment. First party: Homer Adolph Plessy. Second party: John Ferguson. May 17, 1896. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/>. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Supreme Court. *Ramos v. Louisiana*, 590 U.S. ____ (2020). First party: Ramos. Second party: Louisiana. April 20, 2020b. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-5924_n6io.pdf. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Supreme Court. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). A person may choose to have an abortion until a fetus becomes viable, based on the right to privacy contained in the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. Viability means the ability to live outside the womb, which usually happens between 24 and 28 weeks after conception. First party: Jane Roe. Second party: Henry Wade. January 22, 1973. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>. Acesso em: 13 jul. 2022.

_____. Supreme Court. *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937). The freedom of contract provided by the Constitution requires only that a state comply with due process. This means that an economic regulation is reasonable in relation to its subject and adopted in the interests of the community. First party: West Coast Hotel Company. Second party: Ernest Parrish and Elsie Parrish, his wife. March 29, 1937. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/300/379/>. Acesso em: 13 jul. 2022.

VOJVODIC, Adriana de Moraes. *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27092012-094000/pt-br.php>. Acesso em: 13 jul. 2022.

WAHLBECK, Paul J. The life of the law: judicial politics and legal change. *The Journal of Politics*, [s. l.], v. 59, n. 3, p. 778-802, Aug. 1997. DOI: <https://doi.org/10.2307/2998637>.

WANG, Peng-Hsiang. Formal principles as second-order reasons. In: BOROWSKI, Martin; PAULSON, Stanley L.; SIECKMANN, Jan-Reinard (hrsg.). *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie*. Robert Alexys System. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. p. 429-448.

Fundamentação decisória, *accountability* e *compliance* tributário

ALINE VITALIS

EDUARDO DE AVELAR LAMY

Resumo: Na elaboração deste artigo empregou-se o método dedutivo e realizou-se pesquisa bibliográfica e documental. Parte-se da premissa de que a fundamentação decisória está diretamente relacionada à *accountability*, consubstanciada na *prestação de contas* – imprescindível num Estado Democrático de Direito –, além de possibilitar a justificativa e o controle dos atos do Poder Público, inclusive no âmbito administrativo. Intenta-se analisar a possível conexão entre fundamentação decisória, *accountability* e conformidade tributária quanto ao papel desempenhado pela Administração Pública tributária, considerando especialmente os princípios e os fundamentos de governança pública. Nesse contexto, também são mencionadas inovações legislativas recentes que preveem mecanismos de maior proximidade e consensualidade entre a Administração tributária e os contribuintes, com destaque para a regulamentação da transação tributária e o Cadastro Fiscal Positivo.

Palavras-chave: fundamentação decisória; *accountability*; governança pública; *compliance* tributário.

Reasoning for decision, accountability and tax compliance

Abstract: The present article used the deductive method and the bibliographic and documental research. It based on the premise that the reasoning of decisions related directly to accountability, embodied in the necessary and indispensable rendering of accounts in a democratic state of law. In addition, it allows the justification and control of the acts of the government. In summary, the main goal is to analyze the possible connection between the rationale for decisions, accountability and tax compliance, considering the role played by the Public Tax Administration in this area, especially based on the principles and foundations of public governance. In this context, recent legislative innovations are also mentioned, which provide mechanisms for greater proximity between the

Recebido em 1/2/22

Aprovado em 1/8/22

Tax Administration and taxpayers, striving for consensus, with emphasis on the regulation of tax transactions and the positive tax registry.

Keywords: reasoning for decision; accountability; public governance; tax compliance.

1 Introdução

O Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, conforme o primeiro artigo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, [2022a]), o qual também prevê os princípios e os fundamentos que o regem, dentre os quais se distinguem para os fins do estudo a *cidadania* e a *dignidade da pessoa humana*.

A fase atual do processo democrático não mais se limita à escolha dos representantes políticos em eleições periódicas. A democracia exige mais. Não por acaso têm sido recorrentes a defesa e a exigência de maior participação democrática em diversas áreas, inclusive no âmbito das atividades da Administração Pública. Cada vez mais se apregoa a necessidade de maior horizontalidade nas relações entre os cidadãos e o Estado, e defende-se uma Administração Pública mais dialógica e menos adversarial, que permita maior participação e cooperação entre o Poder Público e os contribuintes, no caso da Administração Pública tributária. Também estão presentes elementos de consensualidade e a utilização de um sistema multiportas para a resolução de litígios, não mais adstrita ao processo judicial.

De fato, a legitimidade do próprio Estado Democrático de Direito advém da participação e do controle popular, que devem ser estimulados e incrementados em suas diversas nuances. A crise democrática é fenômeno mundial e o estímulo à maior participação popular pode ser um caminho para que os cidadãos se sintam integrantes de um coletivo e compreendam a importância da democracia, em seus diversos espectros. A propósito, afirmava Winston Churchill que a “democracia é a pior forma de governo, com exceção das demais”¹.

O presente artigo foi elaborado com base na utilização do método dedutivo e na realização de pesquisa bibliográfica e documental. Parte-se da premissa de que a fundamentação decisória está diretamente relacionada à *accountability*, consubstanciada na *prestação de contas*, impres-

¹ Célebre frase pronunciada em discurso na Câmara dos Comuns em 11/11/1947.

cindível num Estado Democrático de Direito, além de possibilitar a justificativa e o controle dos atos do Poder Público, abarcando o âmbito administrativo.

Intenta-se analisar a possível conexão entre fundamentação decisória, *accountability* e conformidade tributária, fazendo-se referência ao papel desempenhado pela Administração Pública tributária, considerando especialmente os princípios e fundamentos da governança pública. Nesse contexto, também são mencionadas recentes inovações legislativas que preveem mecanismos de maior proximidade entre a Administração tributária e os contribuintes, vincada pela consensualidade – com destaque para a regulamentação da transação tributária, a possibilidade de realização de negócio jurídico processual e o Cadastro Fiscal Positivo.

Com relação à estrutura do artigo, o tópico inicial trata da relação entre a teoria da fundamentação decisória, a *accountability* e o Estado Democrático de Direito. Logo em seguida, discorre-se sobre os elementos da governança pública e a Administração Pública tributária dialógica. Por fim, analisam-se aspectos do *compliance* tributário diante das recentes inovações legislativas, e sua relação com a exigência de motivação/fundamentação dos atos da Administração Pública.

2 A relação entre a teoria da fundamentação decisória, a *accountability* e o Estado Democrático de Direito

Muito se tem falado sobre a necessidade e a importância da *accountability*, vocábulo inglês que não encontra correspondente exato na língua portuguesa. Geralmente associa-se *accountability* com *prestação de contas* e com a possibilidade de controle e de responsabilização.

Pode-se afirmar que há relação diretamente proporcional entre poder, responsabilidade e necessidade de *accountability*. Ou seja: quanto mais poder, maior a responsabilidade pelo seu exercício e, conseqüentemente, maior a necessidade de *prestação de contas*, isto é, de *accountability*.

São muitas as possibilidades de conceituar e de abordar o tema, pois há várias formas e classificações de *accountability*, tais como a vertical e a horizontal, a social e a institucional, apenas para citar algumas². Rocha (2010, p. 2) resume: “assim como a administração pública, a *accountability* é concebida com base em variados espaços e modelos, e não pode ser vista como um fenômeno único ou mesmo homogêneo e isolado do contexto administrativo que lhe dá sustentação”. Segundo o autor (ROCHA, 2010, p. 4), a *accountability* concretiza-se não só com base no controle exercido pelas diferentes instâncias na estrutura estatal, mas também “[pelo] controle exercido pela imprensa, pelas organizações e associações da sociedade civil e pelos próprios cidadãos”, mediante ações que ensejem alguma forma de constrangimento ou sanção. Em síntese, trata-se de conceito central para a Administração Pública, cuja existência como

²De modo geral, tem-se por *accountability* o cumprimento da obrigação de prestar contas a terceiros, seja a um organismo de controle, seja ao parlamento, seja à própria sociedade. As classificações de *accountability* diferem quanto ao critério adotado. Segundo Theodoro e Nascimento (2019, p. 185), com esteio na concepção original de Guillermo O'Donnell, classifica-se como vertical a *accountability* realizada diretamente pelos cidadãos, geralmente pelo voto, e associada aos representantes eleitos do Poder Executivo e Legislativo, que não são reeleitos se desaprovados pela população. A *accountability* horizontal, por sua vez, é aquela cujo controle é exercido por outro servidor público (controle interno do próprio órgão via Corregedoria, por exemplo, ou controle exercido por órgão terceiro, como os Tribunais de Contas, com a possibilidade de responsabilização e sanção). Rocha (2010, p. 6) faz referência à *accountability social* e à *accountability institucional*: a primeira é exercida de modo direto pela sociedade (cidadãos e entidades da sociedade civil, como a imprensa); e a segunda, pelo aparato institucional do Estado sobre os seus próprios órgãos e agentes.

processo é fundamental para a preservação da democracia (ROCHA, 2010, p. 5).

Nesse contexto, busca-se analisar a teoria da fundamentação decisória e sua relação com a *accountability*, necessária e exigível no Estado Democrático de Direito. Saliente-se que alguns princípios constitucionais que dão corpo à teoria geral do processo irradiam efeitos que não se limitam ao processo jurisdicional e abarcam tanto os processos administrativo e legislativo quanto os que estão fora da esfera estatal, como o processo arbitral.

Pode-se definir o processo como “o instrumento de que se serve o Estado para, tanto no exercício da sua função jurisdicional quanto fora dela, com a participação das partes e obedecendo ao procedimento estabelecido na legislação específica, eliminar conflitos de interesses, buscando solucioná-los” (RODRIGUES; LAMY, 2019, p. 8). Os autores também frisam, para fins conceituais, a importância dos princípios constitucionais do processo: “trata-se de um ato jurídico complexo resultante da operação de um núcleo de direitos fundamentais (os princípios constitucionais do processo), sobre uma base procedimental, tanto dentro quanto fora da jurisdição” (RODRIGUES; LAMY, 2019, p. 8). A primeira premissa adotada, portanto, diz respeito ao fato de que os princípios constitucionais do processo estão espalhados e exercem influência sobre áreas do Direito distintas do Processual. A esse respeito, cita-se como exemplo a teoria da fundamentação decisória, geralmente estudada no âmbito do Direito Processual e de forma associada quase que exclusivamente à função jurisdicional. Os princípios que respaldam a exigência de fundamentação para a tomada de decisões, inclusive no âmbito administrativo, são o *devido processo legal*, consagrado no art. 5º, LIV, da CRFB, e o Estado Democrático de Direito, referido no seu art. 1º (BRASIL, [2022a]).

Dado seu caráter estruturante no sistema, tais fundamentos ou princípios por si sós seriam suficientes para a exigência de adequada fundamentação decisória como mecanismo de *accountability*, possibilitando a qualquer integrante da sociedade o controle dos atos estatais. Contudo, há outros elementos normativos identificáveis no ordenamento que respaldam tal exigência.

A exigência de fundamentação das decisões estatais (não apenas as judiciais) como instrumento de *accountability* decorre da constatação de que “o Estado Democrático de Direito é o Estado que se justifica, para encontrar nessa justificação sua legitimidade” (SCHMITZ, 2015, p. 183). É exatamente o *devido processo legal* que legitima constitucionalmente a atividade do Estado, e a fundamentação decisória ou motivação³, que se inclui no *devido processo legal*, materializa-o. Nas palavras de Manzi (2009, p. 54), “a motivação é tanto garantia do respeito ao devido processo legal como consequência de sua aplicação”.

Constata-se, pois, que a fundamentação dos atos estatais demonstra sua relevância com base na constatação de que a atuação dos entes públicos tem por pressuposto a adequada *publicidade e motivação*, com o escopo de assegurar a conformidade dessa atuação com o Direito (SCHMITZ, 2015, p. 183). De fato, só é possível verificar a conformidade do ato/decisão ao ordenamento jurídico com suporte na análise da fundamentação decisória; sem ela, exclui-se a possibilidade de realização desse controle. E aqui se faz referência a um controle mais amplo que o exercido pelo Poder Judiciário ou pela respectiva instância recursal: o controle passível

³ É preciso mencionar que a fundamentação decisória, na forma como adotada neste artigo, é tratada no Direito Administrativo como motivação do ato administrativo, muito embora possam ser destacadas distinções conceituais a respeito, inexistindo propriamente unanimidade na doutrina.

de ser exercido pela própria sociedade, por seus diversos atores (população, imprensa, meio acadêmico etc.). Ainda que não venha a ser efetivamente realizado, a mera possibilidade de sua realização traz legitimidade ao agir do Estado Democrático de Direito. A ideia essencial é a submissão da decisão ao escrutínio público por meio da análise de sua fundamentação.

Para Schmitz (2015, p. 182), o Estado de Direito⁴ ou Estado Constitucional age de modo a não surpreender o cidadão; pauta-se pela estabilidade e previsibilidade, em oposição à arbitrariedade, e atua em consonância com os princípios e ditames constitucionais e regras preestabelecidas. O Estado *Democrático* de Direito, por sua vez, pressupõe a participação da sociedade e, quanto à *accountability*, implica a possibilidade de controle social dos atos dele emanados.

Comumente, estudiosos do Direito Processual Civil analisam a fundamentação como mecanismo de *accountability*, com foco na atuação do Poder Judiciário e na necessidade da adequada fundamentação de suas decisões⁵, a qual é exigida no devido processo legal consagrado constitucionalmente, o que abarca as proferidas na esfera da Administração Pública.

No mesmo sentido, defende Cunha (2001, p. 15) a generalidade da exigência de fundamentação/motivação do agir administrativo, respaldada na CRFB. Para a autora, trata-se de imperativo lógico decorrente do próprio Estado Democrático de Direito, que permite a participação da sociedade, “já que cumpre explicar ao cidadão porque determinada norma lhe é imposta, devendo ser tal justificação convincente, razoável e suficiente, permitindo-se, assim, o seu consenso” (CUNHA, 2001, p. 15).

No Direito Administrativo, a fundamentação decisória corresponde à motivação do ato administrativo⁶. Além da exigência de fundamentação

⁴ A propósito, merece referência o posicionamento de Waldron (2008, p. 3-6), segundo o qual “[t]he rule of law is one of the most important political ideals of our time”. O jurista também apresenta o seguinte conceito: “The rule of law is a multi-faceted ideal. Most conceptions of this ideal, however, give central place to a requirement that people in positions of authority should exercise their power within a constraining framework of public norms, rather than on the basis of their own preferences, their own ideology, or their own individual sense of right and wrong”. E assim prossegue a análise: “Beyond this, many conceptions of the Rule of Law place great emphasis on legal certainty, predictability, and settlement; on the determinacy of the norms that are upheld in society; and on the reliable character of their administration by the state”. Theodoro e Nascimento (2019, p. 177), por sua vez, afirmam que o “desrespeito ao devido processo legal surge como um desrespeito à segurança jurídica e ao Estado de Direito”, dada a conexão entre eles.

⁵ Para maior aprofundamento do tema sob o enfoque da *accountability* no Poder Judiciário, ver *Accountability e transparência da justiça civil: uma perspectiva comparada* (MITIDIERO, 2019a). Trata-se de uma coletânea de artigos jurídicos sobre a temática. A perspectiva brasileira explicita-se nos artigos “*Accountability* e transparência da justiça civil no Brasil” (MARINONI; ARENHART, 2019) e “*Accountability* e transparência da justiça civil – uma perspectiva comparada” (MITIDIERO, 2019b).

⁶ Importa fazer um breve histórico das fases e das modificações de concepção, especialmente quanto à exigência ou não de motivação dos atos administrativos em geral, vinculados ou discricionários. De início, defendia-se a concepção de que apenas os atos vinculados deveriam ser expressamente motivados, para possibilitar o controle

decisória em decorrência dos ditames constitucionais, são relevantes dispositivos normativos correlatos de natureza legal e constitucional, tais como: os arts. 2º e 50 da Lei nº 9.784/1999; o art. 93, X, da CRFB (incluído pela Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004); os arts. 20, parágrafo único, e 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) (incluídos pela Lei nº 13.655/2018)⁷.

Deve-se considerar também o paradigma atual, em que há maior exigência de horizontalidade, cooperação entre a Administração Pública e os cidadãos, consensualidade, configurando um modelo de Administração dialógica e cooperativa. Nesse “novo cenário”, buscar-se-á esclarecer qual seria o impacto em relação à exigência de fundamentação/motivação decisória na esfera administrativa e como deveriam portar-se os agentes públicos, admitindo-se a relação entre tais aspectos e o estímulo ao comportamento de *compliance*, especialmente na esfera tributária.

de sua exata conformidade com a legislação. O ato discricionário, dada a *conveniência e oportunidade* que o caracterizam, não precisariam ser motivados, mas se o fossem, a motivação deveria corresponder à realidade, sob pena de anulação. Tratava-se da teoria dos motivos determinantes. Posteriormente, passou-se a defender a necessidade de fundamentação em relação a todos os atos administrativos, inclusive os atos discricionários, o que faz sentido diante da exigência de *accountability* e da constatação de que inexistia liberdade absoluta do agente.

⁷ O art. 2º da Lei nº 9.784/1999 estabelece que “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, *motivação*, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência” (BRASIL, [2021b], grifo nosso). No parágrafo único, VII, do mesmo artigo, prescreve-se que nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de “indicação dos *pressupostos de fato e de direito* que determinarem a decisão” (BRASIL, [2021b], grifo nosso). O art. 50 da Lei nº 9.784/1999 dispõe sobre situações em que os “atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos” quando: “neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses”; “imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções”; “decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública”; “dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório”; “decidam recursos administrativos”; “decorram de reexame de ofício”; ou “deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais” (BRASIL, [2021b]). A discussão que surgiu na doutrina é se esse rol seria exemplificativo ou taxativo. Corroborando o enfoque aqui adotado, este autor posiciona-se no sentido de que ele é meramente exemplificativo, dada a importância da motivação/fundamentação para o Estado Democrático de Direito e sua relação direta com a necessária *accountability*: segundo o art. 93, X, da CRFB, “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas” (BRASIL, [2022a]). Ora, como justificar que as decisões administrativas de outros Poderes, que não o Judiciário, não o sejam? Destaque-se que a LINDB apresenta elementos do consequencialismo, ao incorporar ao ordenamento algumas exigências de fundamentação decisória relacionadas à proporcionalidade (critérios de necessidade e adequação), conforme se infere dos arts. 20 e 21: “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. *A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas*. Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa *deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas*. Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo *deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos*” (BRASIL, [2018], grifos nossos).

3 Elementos de governança pública e a Administração Pública tributária dialógica

O Estado Democrático de Direito reclama a participação da sociedade para legitimar-se: “A participação concreta da sociedade civil na formulação, no acompanhamento da execução e no controle das decisões do Poder Público acerca de políticas públicas revela um dos mais fecundos traços para a consolidação de um modelo de Administração Pública democrática” (MACHADO; CRISTÓVAM; CATARINO, 2020, p. 145).

É possível também afirmar que tem sido formatado um novo quadro de governança pública, com o ideal de Estado Democrático de Direito como vetor estruturante do regime jurídico-administrativo. Trata-se de uma governança fundada na efetiva participação do cidadão e da sociedade tanto na formação da decisão quanto nas escolhas das prioridades da ação estatal, sem descuidar do controle social do Poder Público em relação à eficiência administrativa na prestação de serviços, na gestão administrativa e no controle de resultados (MACHADO; CRISTÓVAM; CATARINO, 2020, p. 145). Para Oliveira (2008, p. 100), “[m]ais do que uma tendência da administração pública contemporânea, a participação administrativa é uma realidade inafastável e deve ser entronizada no corpo administrativo do Estado”. Conforme Machado, Cristóvam e Catarino (2020, p. 147), é o direito fundamental dos cidadãos à *boa administração* que determina a construção de um modelo de Administração Pública transparente e dialógico, que orienta suas relações pela probidade e imparcialidade. A maior participação dos cidadãos permite o surgimento de novos espaços e oportunidades de negociação e de diálogo, e maior possibilidade de cooperação.

Para essa participação ocorrer, é imprescindível estabelecer mecanismos de diálogo. A Administração Pública deve criar instrumentos que fortaleçam as possibilidades de diálogo e estreitamento da relação de confiança com os cidadãos. Tem-se não só como possível, mas desejável, a utilização do processo administrativo como instrumento desse diálogo⁸. Como resultado da maior participação social, espera-se maior legitimidade e maior aderência social aos provimentos decisórios administrativos e à própria política pública emanada do Estado, dada a consideração das opiniões,

⁸ Apesar dos ares de inovação, essa possibilidade já existe, apenas ainda não é comum a visão do processo e/ou do procedimento administrativo como meio de diálogo e de construção da consensualidade entre a Administração Pública e os cidadãos. Medauar (1992, p. 218) faz referência a essa possibilidade: “a atuação do particular pode ocorrer no bojo do procedimento administrativo e mesmo na iniciativa procedimental, que não é nova, pois tradicionalmente se admite o oferecimento de petições e requerimentos junto a órgãos públicos”. Para Dromi (1982, p. 12 apud MEDAUAR, 1992, p. 218), o procedimento “deve traduzir em fórmulas jurídicas as relações dos sujeitos sociais na vida comunitária [...]”. A participação administrativa é um dos conteúdos da democracia real e necessita de um instrumento jurídico que viabilize seu efetivo exercício: o procedimento administrativo”.

sugestões e requerimentos dos mais diversos atores sociais.

A construção de uma Administração Pública democrática não prescinde de elementos de governança pública, especialmente de *publicidade* e *transparência*. Medauar (1992, p. 223) defende que a CRFB contém a exigência de publicidade ampla da Administração (art. 37). A publicidade, como princípio, abarca toda a atuação estatal, que deve ser transparente. Assim, num Estado Democrático de Direito, o cidadão e a sociedade civil em geral devem ter acesso à informação e ao conhecimento de como se movimenta a Administração Pública, bem como aos motivos e às razões adotadas para a realização dos atos e a tomada de decisões. Isso confere a necessária legitimidade. De modo concomitante, mais transparência e publicidade ensejam maior participação do cidadão interessado e da própria sociedade, exatamente por permitir o acesso a informações e à atuação do Poder Público. Como ideal a ser alcançado, o processo democrático visivelmente se fortalece e se efetiva.

Há uma corrente que associa a participação na Administração Pública com a eficiência e com a realização dos direitos fundamentais. Tal é o posicionamento de Oliveira (2008, p. 93-96), para quem “o Estado não pode desobrigar-se do seu papel de indutor, promotor e garantidor dos direitos fundamentais”. Diferentemente, por intermédio do seu aparato administrativo, cumpre ao Estado atuar de modo orientado pelo princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB), buscando meios e instrumentos para a sua efetivação (OLIVEIRA, 2008, p. 97). Destaca Oliveira (2008, p. 98) a importância das políticas voltadas à promoção dos direitos fundamentais e a perspectiva de que pelo exercício da função administrativa⁹

⁹ Aqui não se faz referência exclusivamente à prestação direta de serviço público, mas a qualquer atividade

o Estado atuará com o propósito de efetivar tais direitos.

Medauar (1992, p. 214) afirma que a “presença dos cidadãos, das formações sociais e dos interesses coletivos no interior da Administração, sob o nome de participação, constitui uma das tendências contemporâneas”. A participação no estrato administrativo, segundo Medauar (1992, p. 216), relaciona-se à identificação do interesse público partilhado com a população, para reduzir a discricionariedade, atenuar a unilateralidade na formação dos atos administrativos, além de estar ligada às práticas fundadas no consenso, na negociação, na conciliação de interesses.

Vê-se, pois, que a horizontalidade e o incremento do diálogo na relação entre a Administração Pública e os cidadãos, bem como a tão propalada consensualidade, há muito têm sido apregoados no âmbito doutrinário. A novidade é a consagração legislativa de instrumentos que permitem concretizar tais objetivos, processo que se vem consolidando em período bastante recente, especialmente no campo tributário, com destaque para a lei que regulamenta a transação (Lei nº 13.988/2020 (BRASIL, [2022c])) e a previsão no Código de Processo Civil (CPC) de realização de negócio jurídico processual¹⁰, também aplicável aos entes públicos. A Administração

integrante da “dinâmica administrativa”, definida como “o conjunto de atividades desenvolvidas pela Administração pública” (OLIVEIRA, 2008, p. 99), o que abrange atividades de indução, regulação, fiscalização, concessão, entre outras passíveis de inclusão na atuação estatal.

¹⁰ O art. 190 do CPC (Lei nº 13.105/2015) preceitua: “Versando o processo sobre direitos que admitam auto-composição, 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”. Seu parágrafo único estabelece que “[d]e ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade” (BRASIL, [2022b]).

Pública democrática consagra um dos pilares e princípios fundamentais referidos no art. 1º, III, da CRFB (BRASIL, [2022a]): a *cidadania*, uma cidadania ativa e participativa.

Para compreender melhor as recentes mudanças na esfera legislativa, interessa também incursionar por aspectos e elementos da governança pública. Conforme o art. 2º, I, do Decreto nº 9.203/2017 (BRASIL, [2021a])¹¹, *governança pública* define-se como o “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade”. De acordo com o art. 3º desse Decreto, entre os princípios regentes da governança pública destacam-se: (a) “capacidade de resposta”, (b) “melhoria regulatória”, (c) “confiabilidade”, (d) “prestação de contas e responsabilidade” (*accountability*) e (e) “transparência”. A *accountability*, a transparência e a publicidade evidenciam-se, pois, como princípios reitores da governança pública. Destaque-se também a *confiabilidade* nesse conjunto de princípios de governança associados à democracia e ao processo de construção e consolidação de uma Administração Pública democrática.

Dada a relação direta com a participação democrática, entre as diretrizes de governança pública mencionadas no art. 4º do Decreto há referência às seguintes: (a) “manter processo decisório orientado pelas evidências, pela conformidade legal [*compliance*], pela qualidade regulatória, pela desburocratização e pelo apoio à participação da sociedade”; (b) “editar e revisar atos normativos, pautando-se pelas boas práticas regulatórias e pela legitimidade, estabilidade e coerência do ordenamento jurídico e realizando

consultas públicas sempre que conveniente”; e (c) “promover a comunicação aberta, voluntária e transparente das atividades e dos resultados da organização, de maneira a fortalecer o acesso público à informação” (BRASIL, [2021a]). Nota-se o foco na transparência, na participação democrática e na conformidade legal como vetores da governança pública.

O art. 5º do Decreto enumera três mecanismos para o efetivo exercício da governança pública: *liderança, estratégia e controle*. A *liderança* é definida como o “conjunto de práticas de natureza humana ou comportamental exercida nos principais cargos das organizações, para assegurar a existência das condições mínimas para o exercício da boa governança”, abarcando integridade, competência, responsabilidade e motivação (BRASIL, [2021a]). Por *estratégia* entende-se “a definição de diretrizes, objetivos, planos e ações, além de critérios de priorização e alinhamento entre organizações e partes interessadas, para que os serviços e produtos de responsabilidade da organização alcancem o resultado pretendido” (BRASIL, [2021a]). Por fim, o *controle*, cujo enfoque é o estabelecimento de “processos estruturados para mitigar os possíveis riscos com vistas ao alcance dos objetivos institucionais e para garantir a execução ordenada, ética, econômica, eficiente e eficaz das atividades da organização, com preservação da legalidade e da economicidade no dispêndio de recursos públicos” (BRASIL, [2021a]).

Observa-se, por conseguinte, que a prestação de contas e o controle (*accountability*), a fundamentação decisória (para justamente permitir esse controle) e a perspectiva de *compliance* são relevantes para a consolidação e o efetivo exercício da governança pública.

Evidentemente nem todos os atos administrativos são fundamentados; ainda se percebe ampla discricionariedade administrativa, inclusive entre os agentes e servidores públicos

¹¹ Trata-se de decreto que “dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional”.

em geral. Contudo, o estímulo a programas de *compliance* ou mesmo a atuação da Administração Pública, notadamente a tributária, com vistas a estimular o comportamento de conformidade fiscal, não pode olvidar da importância da fundamentação decisória como instrumento de aproximação e fortalecimento da relação de confiança com os contribuintes, além da manifesta conexão com a *accountability* e a participação democrática.

4 Aspectos do *compliance* tributário diante das recentes inovações legislativas e sua relação com a exigência de motivação e fundamentação dos atos da Administração Pública

A exigência de motivação dos atos administrativos coaduna-se com o Estado Democrático de Direito. Para Cunha (2001, p. 26); trata-se de um “princípio geral do direito administrativo contemporâneo”, não por acaso explicitado no art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/1999, ao lado de outros princípios aplicáveis à Administração Pública e referidos no art. 37 da CRFB (CUNHA, 2001, p. 26). O mesmo posicionamento é defendido por Di Pietro (1991, p. 152), para quem “a motivação, embora não inserida expressamente na Constituição Federal entre os princípios impostos à Administração Pública, está nela implícita, porque é inerente ao princípio da legalidade, em especial, ao devido processo legal”. Prossegue a jurista afirmando a indispensabilidade da motivação “até para que os cidadãos possam exercer o seu direito à informação, pois, sem a motivação, não lhes é possível conhecer todas as razões que serviram de fundamento à decisão administrativa” (DI PIETRO, 1991, p. 152).

Na esfera tributária, recentes inovações legislativas impactaram positivamente a compreensão prática de tal perspectiva, com destaque para a regulamentação da transação tributária e a criação do Cadastro Fiscal Positivo. Esses mecanismos têm sido propalados como elementos indutores do *compliance* tributário, aqui referido como o fortalecimento de uma cultura de conformidade fiscal, ou seja, de cumprimento das normas tributárias e de regular recolhimento dos tributos devidos.

Em relação à transação resolutiva de litígio com a Fazenda Pública, o art. 2º da Lei nº 13.988/2020 prevê duas modalidades: por proposta individual ou por adesão “na cobrança de créditos inscritos na dívida ativa da União”¹², de suas autarquias e fundações públicas, na cobrança de créditos

¹²No âmbito da cobrança de créditos inscritos em dívida ativa, a cargo da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), há a Portaria PGFN nº 9.917/2020, cujo art. 4º dispõe sobre as modalidades de transação na cobrança da dívida ativa da União: “I – transação por adesão à proposta da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; II – transação individual

que seja da competência da Procuradoria-Geral da União”; e por adesão “nos demais casos de contencioso judicial ou administrativo tributário” e também “no contencioso tributário de pequeno valor”. A *transação por adesão* implica a “aceitação pelo devedor de todas as condições fixadas no edital que a propõe” (BRASIL, [2022c]).

O art. 1º da Lei nº 13.988/2020 contém as disposições gerais e os princípios que regem o instituto da transação, destacando a possibilidade de a União, em juízo de *oportunidade e conveniência*, celebrar a “transação em quaisquer das modalidades [previstas em lei], sempre que, *motivadamente*, entender que a medida atende ao interesse público” (BRASIL, [2022c], grifo nosso). Evidencia-se a necessidade de motivação e de atendimento ao interesse público.

Destaque-se também a discricionariedade de que se reveste o instituto da transação, em vista da não obrigatoriedade de a Administração Pública tributária transacionar com os contribuintes. Apesar da discricionariedade, não há como se afastar a necessidade de dar a conhecer ao contribuinte as razões que acarretaram eventual rejeição da proposta de transação individual ou por adesão¹³.

Também está determinada nos §§ 2º e 3º do art. 1º da Lei a observância aos princípios da “isonomia, da capacidade contributiva, da transparência, da moralidade, da razoável duração dos processos e da eficiência”, bem como da publicidade, resguardadas eventuais informações protegidas por sigilo (BRASIL, [2022c]). A *transparência ativa* é efetivada mediante a “divulgação em meio eletrônico de todos os termos de transação celebrados”¹⁴. Essa medida garante não só segurança jurídica, mas também

proposta pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; III – transação individual proposta pelo devedor inscrito em dívida ativa da União”. A possibilidade de proposta de transação individual (tanto pela PGFN quanto pelo contribuinte, conforme o art. 36 da mesma Portaria) está limitada às seguintes hipóteses/situações (previstas no art. 32 da Portaria): “Art. 32. Sem prejuízo da possibilidade de adesão à proposta de transação formulada pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, nos termos do respectivo edital, a transação individual proposta pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional é aplicável aos: I – devedores cujo valor consolidado dos débitos inscritos em dívida ativa da União for superior a R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais); II – devedores falidos, em recuperação judicial ou extrajudicial, em liquidação judicial ou extrajudicial ou em intervenção extrajudicial; III – Estados, Distrito Federal e Municípios e respectivas entidades de direito público da administração indireta; IV – débitos cujo valor consolidado seja igual ou superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) e que estejam suspensos por decisão judicial ou garantidos por penhora, carta de fiança ou seguro garantia; V – devedores cujo valor consolidado dos débitos inscritos em dívida ativa do FGTS for superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). VI – débitos inscritos na dívida ativa do FGTS, superiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais) que estejam suspensos por decisão judicial ou garantidos por penhora, carta de fiança ou seguro garantia” (BRASIL, [2022e]).

¹³ Logicamente, considerando a adesão automática do contribuinte ao sistema em alguns casos de transação, também a informação de eventual negativa de adesão e das razões que a motivaram pode ocorrer automaticamente pelo sistema. Essencial é que o contribuinte conheça as razões da inviabilidade da transação pretendida.

¹⁴ A propósito, há um painel de parcelamentos disponível para consulta no sistema REGULARIZE, do qual constam todos os termos de acordos de transação individual,

a isonomia, o atendimento ao princípio da publicidade e aos deveres de *accountability*.

Em relação ao Cadastro Fiscal Positivo¹⁵, no âmbito federal promulgou-se a Lei nº 14.195, de 26/8/2021, cujo art. 17 autoriza o Poder Executivo federal a instituí-lo sob a governança da PGFN, com a previsão de convênio com Estados e Municípios para o compartilhamento de informações. Entre seus objetivos destacam-se: (a) “criar condições para construção permanente de um *ambiente de confiança* entre os contribuintes e a administração tributária federal”; (b) “garantir a *previsibilidade* das ações da [PGFN] em face dos contribuintes inscritos no referido cadastro”; (c) “criar condições para *solução consensual* dos conflitos tributários, com incentivo à redução da litigiosidade”; (d) “reduzir os *custos de conformidade* em relação aos créditos inscritos em dívida ativa da União e à situação fiscal do contribuinte”; (e) “tornar mais eficientes a gestão de risco dos contribuintes inscritos no referido cadastro e a realização de negócios jurídicos processuais”; e (f) “melhorar a compreensão das atividades empresariais e dos gargalos fiscais” (BRASIL, [2022d], grifos nossos).

A própria Lei nº 14.195/2021 contém pistas sobre a regulamentação do novo instituto: seu art. 18 menciona a possibilidade de “criação de canais de atendimento diferenciado, inclusive para recebimento de pedidos de transação”, de “flexibilização das regras para aceitação ou para substituição de garantias”, abarcando a antecipação da “oferta de garantias para regularização de débitos futuros” e “execução de garantias em execução fiscal somente após o trânsito em julgado” (BRASIL, [2022d]). Note-se que a ideia é estimular o comportamento de conformidade (*compliance*).

Naturalmente, não é possível desconsiderar que em sua origem o estudo do *compliance* tributário se relaciona às práticas do setor privado para a mitigação dos riscos e atuação preventiva na esfera tributária, que, dada a sua complexidade, é campo propício para a propagação de programas de *compliance* empresarial. Os programas de *compliance* estimularam a implantação de normas de combate à corrupção, como a Lei nº 12.846/2013, cujo art. 7º, VIII, estabelece que será considerada na aplicação das sanções administrativas a “existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica” (BRASIL, [2015]).

bem como dos negócios jurídicos processuais realizados entre a PGFN e os contribuintes, o que assegura a transparência e o controle de toda a sociedade (BEM-VINDO..., 2021).

¹⁵ Em síntese, a ideia do Cadastro Fiscal Positivo é funcionar como estímulo (*nudge*) ao comportamento de conformidade do contribuinte, premiando-o com a concessão de benefícios. Trata-se de um modelo que ultrapassa o procedimento clássico de sanção e punição em razão de descumprimento normativo ou prática desviante, com elementos de economia comportamental de modo a induzir ao comportamento de *compliance*.

Jannis (2018, p. 33) ressalta que, ao contrário do que considera o senso comum, o *compliance* não se associa exclusivamente ao combate à corrupção nem configura atividade de caráter exclusivamente reativo. Trata-se em essência de uma *atividade preventiva e proativa* voltada à redução dos riscos e ao cumprimento das leis e das regras estabelecidas, o que implica o regular adimplemento das obrigações tributárias, abrangendo o recolhimento do tributo devido.¹⁶

Em síntese, programas de *compliance* devem ser elaborados com o intuito de “compelir o corpo de colaboradores da organização a agir em conformidade não só com a lei ou com a ética, mas também com os seus objetivos” (JANNIS, 2018, p. 33). Como instrumento de detecção preventiva de desvios, o *compliance* pressupõe adequada *transparência*, capaz de viabilizar a investigação e a adoção de medidas aptas a sanar o desvio detectado, com o objetivo de evitar problemas jurídicos futuros, ensejando melhoras no desempenho (eficiência) e na reputação da empresa perante a sociedade e terceiros (JANNIS, 2018, p. 35-36).

Por outro lado, a perspectiva exposta neste artigo relaciona-se à atuação do próprio Poder

Público, mais especificamente da Administração tributária, não só quanto ao estímulo à conformidade fiscal, mas também quanto ao cumprimento dos deveres a ela atribuídos. A adequada fundamentação decisória em relação aos atos praticados e decisões administrativas, bem como a publicidade e a transparência das medidas, são decisivas para a construção de um ambiente mais cooperativo, dialógico e participativo, consolidando o Estado Democrático de Direito.

Com base nisso, chega-se ao *compliance* ou conformidade fiscal como “cultura”, associado ao regular cumprimento das normas tributárias pelos contribuintes. Afirmam Dias e Silveira (2018, p. 172-173) que a conformidade fiscal (*tax compliance*) é geralmente associada ao grau de adequação e atuação dos contribuintes em consonância com as normas tributárias, o que tem sido objeto de destaque nas proposições normativas que visam ao estabelecimento de uma relação de natureza mais cooperativa entre Administração tributária e contribuintes.

Muito embora não se trate de debate propriamente novo, a discussão sobre o *compliance* fiscal ressurgiu com força no momento atual, especialmente a relacionada aos mecanismos de estímulo ao contribuinte (direito premial) para o adimplemento das obrigações tributárias. Em resumo, transcende-se a mera cominação de sanção pelo descumprimento, que pode não se revelar adequada ou mesmo não ser o melhor caminho para todos os casos, em busca de outros instrumentos de estímulo ao comportamento socialmente desejável de conformidade fiscal, como o Cadastro Fiscal Positivo.

É possível pensar e defender a necessidade de adequada informação¹⁷ e de prestação de contas

¹⁶Rossetto (2018, p. 161) define *compliance tributário* como o “conjunto de medidas internas destinadas a prevenir ou minimizar riscos de violação às leis tributárias, pelo qual as empresas reforçam seu compromisso com os valores e objetivos consagrados no programa, comprometendo-se à uma mudança na cultura corporativa e a executar seus procedimentos de modo que impossibilite dissociar a sua atividade da observância das leis e de suas normas internas”. Destaca que os programas de integridade em matéria tributária têm por objetivo principal identificar pontos de vulnerabilidade na atividade empresarial, minimizando o cometimento de ilicitudes relativas à legislação tributária, e diminuir consideravelmente os riscos de ocorrências de condutas desonestas, como subornos, abuso de poder para obtenção de benefícios privados, práticas de corrupção (ativa e passiva), entre outras (ROSSETTO, 2018, p. 162). Também é mencionada por Rossetto (2018, p. 162) a concessão de benefícios fiscais irregulares, isenções, subsídios, créditos presumidos, tratamentos tributários diferenciados, como exemplos de *riscos de conformidade* tanto em relação ao mercado quanto ao aspecto concorrencial (violação da isonomia e da concorrência), além da possibilidade de condutas criminosas.

¹⁷Sobre o direito à informação, veja-se o posicionamento de Bonavides (2001, p. 525-526), que o define como um direito fundamental de 4ª geração, ao lado da democracia direta e do pluralismo. É inegável, pois, a relação entre direito à informação e democracia em suas diversas possibilidades.

(*accountability*) sobre a decisão tomada pela Administração tributária, como forma não só de controle dos atos de Poder Público, mas também como mecanismo de avaliação dos critérios decisórios adotados (quanto à adesão ou não à transação ou mesmo formulação de uma proposta, nos casos em que admitida) e da preservação de princípios essenciais como a isonomia. A adequada e suficiente fundamentação ou motivação da decisão, portanto, é imprescindível. O mesmo se afirma em relação ao Cadastro Fiscal Positivo: é fundamental que o contribuinte tenha conhecimento das razões para a sua classificação em determinado patamar¹⁸ e das que levaram a Administração tributária a não lhe conceder determinado benefício, por exemplo.

No atual contexto, quando se valorizam a transparência, a publicidade e o acesso facilitado à informação, também a fundamentação/motivação do ato e/ou decisão administrativa é essencial para estimular a própria cooperação e a conformidade fiscal. Para o exercício da cooperação é necessário o estabelecimento de uma relação de confiança a ser construída paulatinamente. Ninguém coopera ou negocia com alguém em quem não confia.

Sob tal perspectiva, a adequada fundamentação e a explicitação das razões de determinado agir administrativo são imprescindíveis para a construção dessa relação de confiança, já que permitem o conhecimento dos motivos e das razões que fundamentaram determinado ato. Com base nisso, prioriza-se a previsibilidade e a segurança jurídica, dada a expectativa futura de que o agir administrativo demonstre coerência, além da preservação da isonomia, a fim de se evitarem privilégios e favorecimentos indevidos, incompatíveis com o Estado Democrático de Direito. Se diante de circunstância fática similar, a decisão administrativa foi completamente diversa, deve ser explicitada e justificada a razão de tal proceder, o que corrobora a imprescindibilidade da motivação/fundamentação.

Como destacam Dias e Silveira (2018, p. 175), há uma relação intrínseca entre segurança jurídica e a perspectiva de *compliance* fiscal, pois, para que seja possível avaliar o grau de obediência do contribuinte à norma tributária, ou ainda para que se exijam padrões éticos e jurídicos de comportamento, “é imprescindível que haja previsibilidade na aplicação da norma, estabilidade decisória e confiança do cidadão na Administração Pública”. Em relação à estabilidade decisória, os autores mencionam

¹⁸ A propósito, o parágrafo único do art. 18 da Lei nº 14.195/2021 dispõe que os dados relacionados ao enquadramento do contribuinte no Cadastro Fiscal Positivo estarão disponíveis exclusivamente para ele, mediante solicitação (BRASIL, [2022d]). Somente a presença de dados sigilosos justificaria tal medida. Dada a novidade do instituto, ainda não são conhecidas as nuances e a operabilidade, e já se pode cogitar de que seria desejável sim que fosse pública a classificação dos contribuintes, em razão da transparência, publicidade e *accountability*.

a força persuasiva dos precedentes judiciais e o destaque dado no CPC aos precedentes, essenciais para a segurança jurídica em matéria tributária. A busca de coerência e estabilidade decisória possibilita ao contribuinte conhecer o posicionamento¹⁹ sobre determinada questão, o que é essencial para a tomada de decisão ética de pagar ou não determinada exação tributária (DIAS; SILVEIRA, 2018, p. 179).

É inegável a grande complexidade do sistema tributário nacional, que enseja diversas dúvidas interpretativas relacionadas tanto à legislação quanto às obrigações tributárias, com frequentes divergências entre os intérpretes (contribuintes, agentes da Administração Pública, membros do Poder Judiciário etc.)²⁰. Tal fato revela mais uma razão para a adequada fundamentação decisória como instrumento para viabilizar a conformidade fiscal.

Consabidamente, a construção e a consolidação de uma relação de confiança e de maior cooperação entre a Administração tributária e os contribuintes é um processo a ser paulatinamente realizado. Diante de um histórico de conflito e be-

¹⁹Referência ao posicionamento institucional da Administração Pública e do próprio Poder Judiciário sobre determinada questão tributária, essencial diante da complexidade do sistema tributário e das diversas possibilidades interpretativas.

²⁰A esse respeito, mencione-se o posicionamento de Rossetto (2018, p. 166), segundo o qual “por mais que se tente criar métodos de interpretação adequados, sempre chegará um momento da interpretação em que o intérprete (contribuinte, fisco, advogado, juiz) atribuirá significado aos textos com base no seu universo linguístico – e, portanto, de forma diferente dos demais”. Também é importante destacar a já clássica obra de Häberle (2002), *Hermenêutica constitucional*, em que defende a “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, a interpretação pluralista e procedimental da Constituição como um direito de cidadania. Apesar de as reflexões do autor se referirem à Constituição, o que já acarreta considerável impacto em se tratando de matéria tributária (eminentemente constitucional), fato é que também a matéria infraconstitucional inegavelmente admite várias interpretações. Ademais, nem todas as questões controversas são submetidas ao Poder Judiciário, fenômeno que se tem fortalecido com a criação de um sistema multipartas de resolução de conflitos. No âmbito tributário, consolida tal perspectiva a regulamentação da transação tributária pela Lei nº 13.988/2020.

ligerância, não se espera que a modificação dessa relação se opere automaticamente ou mesmo que ocorra sem percalços. Trata-se de um processo a ser construído por todos os envolvidos, sobretudo pela Administração Pública, que dele deve estar ciente e buscar realizar seu papel, inclusive o de estimular o comportamento de *compliance*. A adequada motivação das decisões e atos administrativos devem ser considerados nesse processo.

Schmitz (2014, p. 258), ao discorrer sobre o “direito processual de não estar em juízo” em artigo que pode ser lido e aplicado ao contexto presente, ressalta o surgimento de um sistema multipartas para a resolução de litígios. Defende a possibilidade de as situações litigiosas serem resolvidas sem a autoridade da decisão judicial, desmistificando a postura até então adotada de litigiosidade judicial extrema. A mudança de paradigma reafirma a normatividade da Constituição e não o contrário, pois é a demonstração de que as leis e a Constituição estão sendo cumpridas, independentemente de um processo judicial. Nas palavras de Schmitz (2014, p. 258), “aí, finalmente, poderemos falar em um direito do cidadão de não ser obrigado a ir a juízo, e teremos mais próximo o conceito pleno de ‘acesso à justiça’”. É esse, em resumo, o principal objetivo almejado: o cumprimento pleno da Constituição.

5 Conclusão

No curso do artigo, procurou-se analisar e demonstrar a conexão entre a exigência de *accountability*, a fundamentação decisória e o *compliance* tributário, com destaque para o papel desempenhado pela Administração tributária. Com base na concepção de Estado Democrático de Direito e da exigência de fundamentação decisória dos atos estatais, associada a elementos de governança pública, pugna-se pela necessidade de adequada fundamentação decisória, inclusive

para estimular o socialmente desejável comportamento de conformidade tributária, mediante a formatação de um adequado ambiente de *compliance*.

Inegavelmente, as recentes inovações legislativas, que preveem mecanismos de maior proximidade entre a Administração tributária e os contribuintes, marcada pela consensualidade e pelo fortalecimento da cooperação e do diálogo, suscitam também novos desafios e corroboram o dever de fundamentar adequadamente as decisões.

O panorama legislativo materializa o que há muito já defendia a doutrina: a necessidade de maior participação democrática também na Administração Pública, como meio de legitimar o próprio agir administrativo. Pouco adianta fundamentar decisões num dispositivo legal ou fundamento jurídico: mais importante é que a fundamentação decisória explique por que os eventuais argumentos contrários àquela decisão não foram suficientes para que a direção tomada fosse outra. A fundamentação decisória é imprescindível na construção de uma Administração Pública mais dialógica e horizontal.

São novos ventos que sopram novos desafios, com efeitos visíveis também na esfera tributária.

Sobre os autores

Aline Vitalis é mestra em Ciências Jurídico-Políticas (menção em Direito Constitucional) pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; doutoranda em Direito Tributário na Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil; procuradora da Fazenda Nacional, Procuradoria-Seccional da Fazenda Nacional, Joinville, SC, Brasil.

E-mail: alinevitalis3@gmail.com

Eduardo de Avelar Lamy é doutor e mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; pós-doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; professor dos programas de graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil; advogado.

E-mail: lamy@lflamy.com

Como citar este artigo

(ABNT)

VITALIS, Aline; LAMY, Eduardo de Avelar. Fundamentação decisória, *accountability* e *compliance* tributário. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 59, n. 236, p. 147-165, out./dez. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/236/ril_v59_n236_p147

(APA)

Vitalis, A., & Lamy, E. de A. (2022). Fundamentação decisória, *accountability* e *compliance* tributário. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 59(236), 147-165. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/236/ril_v59_n236_p147

Referências

BEM-VINDO ao Painel das Negociações! [Brasília, DF]: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/divida-ativa-da-uniao/painel-dos-parcelamentos/bem-vindo-ao-painel-dos-parcelamentos>. Acesso em: 5 ago. 2022.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 ago. 2022.

_____. *Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 4 ago. 2022.

_____. *Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017*. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9203.htm. Acesso em: 4 ago. 2022.

_____. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2021b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 4 ago. 2022.

_____. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 4 ago. 2022.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 4 ago. 2022.

_____. *Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020*. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica; e altera as Leis nºs 13.464, de 10 de julho de 2017, e 10.522, de 19 de julho de 2002. Brasília, DF: Presidência da República, [2022c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13988.htm. Acesso em: 4 ago. 2022.

_____. *Lei nº 14.195, de 26 de agosto de 2021*. Dispõe sobre a facilitação para abertura de empresas, sobre a proteção de acionistas minoritários, sobre a facilitação do comércio exterior, sobre o Sistema Integrado de Recuperação de Ativos (Sira) [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2022d]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14195.htm. Acesso em: 4 ago. 2022.

_____. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Portaria PGFN nº 9.917, de 14 de abril de 2020*. Regulamenta a transação na cobrança da dívida ativa da União e do FGTS. [Brasília, DF]: Normas, [2022e]. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=108608>. Acesso em: 4 ago. 2022.

CUNHA, Elke Mendes. O princípio da motivação e a Lei 9.784/99. In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coord.). *Ato administrativo e devido processo legal*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 13-78. (Coleção Oswaldo Aranha Bandeira de Mello de Direito Administrativo).

DIAS, Karem Jureidini; SILVEIRA, Francisco Secaf Alves. O *compliance* e o exercício da fiscalização tributária. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). *Compliance no direito tributário*. Organização de Karem Jureidini Dias e Lucas Galvão de Brito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 171-195.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

JANNIS, André Schmidt. *Compliance público frente aos princípios da administração pública: a necessidade de atuação do advogado no compliance público como pressuposto de efetividade*. In: LAMY, Eduardo de Avelar (org.). *Compliance: aspectos polêmicos e atuais*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2018. p. 33-52. (Coleção Ética e Integridade).

MACHADO, Carlos Henrique; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; CATARINO, João Ricardo. Modelo multiportas e *governance* no direito tributário: revisitando o conceito de interesse público. In: LEONETTI, Carlos Araújo; MICHELS, Gilson Wessler; VECCHIO, Humberto Pereira (org.). *Direitos humanos da tributação: estudos críticos*. Florianópolis: Habitus, 2020. p. 143-162. Disponível em: <https://ppgd.ufsc.br/obras-coletivas-dos-grupos-de-pesquisa-do-ppgd/>. Acesso em: 4 ago. 2022.

MANZI, José Ernesto. *Da fundamentação das decisões judiciais civis e trabalhistas: funções, conteúdo, limites e vícios*. São Paulo: LTr, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Accountability* e transparência da justiça civil no Brasil. In: MITIDIERO, Daniel (coord.). *Accountability e transparência da justiça civil: uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 63-82.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MITIDIERO, Daniel (coord.). *Accountability e transparência da justiça civil: uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019a.

_____. *Accountability e transparência da justiça civil – uma perspectiva comparada*. In: _____ (coord.). *Accountability e transparência da justiça civil: uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019b. p. 25-45.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Administração pública democrática e efetivação dos direitos fundamentais. *Prismas: direito, políticas públicas e mundialização*, Brasília, DF, v. 5, n. 1, p. 83-105, jan./jun. 2008. DOI: <https://doi.org/10.5102/prismas.v5i1.569>. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/view/569>. Acesso em: 5 ago. 2022.

ROCHA, Arlindo Carvalho. *Accountability: três modelos teóricos, três abordagens*. In: ENCONTRO DA ANPAD, 34., 2010, Rio de Janeiro. [Anais]. [Maringá]: ANPAD, 2010. p. 1-15. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/apb857.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2022.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. *Teoria geral do processo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019.

ROSSETTO, Lucas de Franceschi. *Compliance tributário e seus reflexos na atividade empresarial*. In: LAMY, Eduardo de Avelar (org.). *Compliance: aspectos polêmicos e atuais*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2018. p. 157-172. (Coleção Ética e Integridade).

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. (Coleção Liebman).

_____. O direito processual de "não estar em juízo". In: AURELLI, Arlete Inês; SCHMITZ, Leonard Ziesemer; DELFINO, Lúcio; RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida; FERREIRA, William

Santos (coord.). *O direito de estar em juízo e a coisa julgada: estudos em homenagem a Thereza Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 245-258.

THEODORO, Marcelo Antonio; NASCIMENTO, Vanderson Rafael. Estado de direito, *accountability* e mecanismos de controle do Judiciário como formas de proteção de direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 35, n. 2, p. 173-192, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/213>. Acesso em: 5 ago. 2022.

WALDRON, Jeremy. The concept and the rule of law. *Georgia Law Review*, [s. l.], v. 43, n. 1, p. 1-61, 2008. Disponível em: https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1028&context=lectures_pre_arch_lectures_sibley. Acesso em: 5 ago. 2022.

Perspectivas para a reconstrução sistemática e constitucionalizada da indignidade e da deserdação

Críticas às hipóteses de incidência

JACQUELINE LOPES PEREIRA

MAICI BARBOZA DOS SANTOS COLOMBO

Resumo: Indignidade e deserdação são formas de exclusão de sucessores que cometem ato contrário aos interesses do autor da herança e, por restringirem direitos, são expressamente previstas em lei. O objetivo geral é apresentar leitura crítica às formas de exclusão sucessória com base no Direito Civil Constitucional. Os objetivos específicos são examinar a dogmática, julgados e projetos de lei sobre a temática. Quanto à metodologia, a pesquisa passou por revisão bibliográfica, consultou bancos de dados do STJ e de tribunais de justiça estaduais, bem como as bases de projetos de lei na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. Doutrina e tribunais adotam majoritariamente a visão restritiva; por outro lado, há posições defendendo a extensão da exclusão de sucessores por rompimento da solidariedade familiar, como em caso de violência sexual. Conclui-se que, para se admitir a extensão das hipóteses, é imprescindível refletir se a função da exclusão sucessória é sancionatória ou protetiva.

Palavras-chave: Direito Civil; sucessões; indignidade; deserdação.

Prospects for a systematic and constitutionalized reconstruction of debarment and disinheritance: a critique of the normative hypothesis

Abstract: Debarment and disinheritance are categories used to exclude successors that have practiced any act against the deceased person's interests. Since they restrict rights, they demand express legal provision. The general objective is to present a critical reading of forms of succession exclusion, with a civil constitutional Law perspective. The specific objectives are to examine legal text and to present a bibliographic review, as well as to put forward cases and draft bills. As methodology,

Recebido em 6/5/22
Aprovado em 19/9/22

this research has passed a bibliographic review phase, then, the researchers have consulted Courts of Justice's databases, just as data banks of draft bills at the House of Representatives and Brazilian Senate websites. Academy and Courts of Justice embrace a restrictive perspective, but there are points of view defending the extension of successor exclusion by familiar solidarity disruption, as cases of sexual violence. The study concludes that it is necessary to reconsider the function of succession exclusion as a sanctioning or as a protective legal institute.

Keywords: Private Law; succession Law; debarment; disinheritance.

1 Introdução

A exclusão de sucessores por meio da indignidade e da deserdação é classicamente retratada sob a função sancionatória a quem comete um ato socialmente reprovável e contrário aos interesses do autor da herança. E, exatamente por entender que seus efeitos restringem o direito fundamental à herança, previsto no art. 5º, XXX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, [2022a]), a doutrina majoritária posiciona-se pela taxatividade dos atos que justificam sua incidência.

No entanto, diante das implicações práticas dessa taxatividade, sobretudo pela impossibilidade de se preverem em abstrato todas as situações socialmente reprováveis a justificar o afastamento do sucessor, investiga-se a possibilidade de leitura extensiva das hipóteses legais sobre a matéria. Além disso, questiona-se como o Direito se preocupa com o juízo de merecimento de atos de liberalidade e se seria possível sustentar a função desses institutos como protetivos dos interesses do autor da herança.

Utilizando-se metodologia lógico-dedutiva baseada na revisão bibliográfica de obras especializadas, bem como na perspectiva civil-constitucional (PERLINGIERI, 2008), serão examinadas as previsões dogmáticas à luz dos direitos e princípios fundamentais previstos na CRFB, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o princípio da solidariedade (art. 3º, I) e o direito à herança (art. 5º, XXX). Além disso, a pesquisa abrange consulta a bancos de dados de tribunais brasileiros, para desenvolver o trabalho em quatro seções principais.

As duas primeiras seções versam sobre a estrutura legal disposta no Código Civil (CC) relativa à indignidade e à deserdação. Serão detalhadas as normas extraídas dos arts. 1.814, 1.961, 1.962 e 1.963 do CC a fim de

ingressar gradualmente na problematização funcional dos institutos jurídicos.

A seção 4 esmiúça a questão da taxatividade e, em dois subitens, expõe primeiramente as incoerências da previsão legal e, em segundo lugar, as inconsistências com relação aos métodos interpretativos e aplicação da lei. Destacam-se decisões judiciais obtidas de pesquisa qualitativa realizada junto ao banco de dados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Tribunais de Justiça estaduais publicadas entre o início da vigência do atual CC e o mês de abril de 2021 (finalização da pesquisa). Além disso, são apresentadas perspectivas doutrinárias críticas que embasam reflexão sobre a possibilidade de uma interpretação extensiva das hipóteses legais. A seção 5 indicará pontos de vista que respondem ao questionamento, com destaque para propostas legislativas sobre a matéria.

2 Indignidade: a exclusão do sucessor por qualquer interessado

A exclusão da sucessão é matéria dogmática da parte especial do CC e é examinada pela doutrina sob duas formas de incidência: a indignidade e a deserção. Nesta primeira seção, analisa-se a estrutura relativa à primeira hipótese.

A indignidade “configura um impedimento ou obstáculo a que herdeiro, legítimo ou testamentário, bem como o legatário receba a parte da herança que lhe caberia” (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2014, p. 595). A razão pela qual se impõe esse obstáculo é a prática de ato repudiável do sucessor que atentou contra a vida, a honra ou a liberdade testamentária do autor da herança ou, em alguns casos, de algum de seus familiares. Trata-se de um mecanismo legal para afastar o direito à herança daquele que, a princípio, é capaz e legitimado

a suceder, mas que, diante de suas condutas, se revela desmerecedor do benefício patrimonial do autor da herança.

Assim, não se confunde a legitimidade para suceder com a indignidade (MIRANDA, 2008, p. 171). A falta de legitimidade é prevista no art. 1.801 do CC, obstando que surja direito hereditário quando, na sucessão *causa mortis*, a pessoa estiver investida em alguma das posições jurídicas descritas (AMARAL, 2017, p. 332). Conforme o art. 1.802 do CC (BRASIL, [2022b]), eventual infringência à falta de legitimidade eiva a cláusula testamentária de nulidade absoluta, pois o contemplado carece do requisito necessário ao reconhecimento do direito hereditário. Essa sanção independe de qualquer avaliação subjetiva quanto à intenção concreta do contemplado, pois as razões que pautam a falta de legitimidade são objetivas (HIRONAKA, 2007, p. 148).

Por outro lado, a prática de atos de indignidade não prejudica a condição de sucessor no momento da abertura da sucessão, pois, de acordo com o art. 1.815 do CC (BRASIL, [2022b]), a exclusão depende de provimento jurisdicional a ser provocado pelas partes interessadas após a abertura da sucessão, ainda que a sentença tenha eficácia retroativa (MIRANDA, 2008, p. 185).

Desse modo, diferentemente da falta de legitimidade sucessória, a indignidade resulta de uma avaliação subjetiva, que leva em consideração o demérito do sucessor pela prática de ato prejudicial ao autor da herança ou a seu núcleo familiar, tendo como resultado a sua exclusão da condição de herdeiro (HIRONAKA, 2007, p. 149).

As hipóteses de indignidade estão relacionadas no art. 1.814 do CC e podem ser divididas conforme a prevalência do bem jurídico tutelado em cada inciso: a) atentados contra a vida, b) atentados contra a honra e c) atentados à liberdade testamentária.

No primeiro grupo, são excluídos da sucessão os que “houverem sido autores, [coautores] ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente” (BRASIL, [2022b]). Embora a sanção pelo homicídio doloso coexista no âmbito penal, não se exige prévia condenação do sucessor naquela instância para a exclusão por indignidade no juízo cível (HIRONAKA, 2007, p. 153). A independência de instâncias, entretanto, não é absoluta. Havendo absolvição por inexistência material do delito ou a comprovação de não participação na conduta criminosa, a ação cível ficará prejudicada.

Os suportes fáticos que amparam a indignidade por atentado à vida do autor da herança ou de membro de sua família guardam a peculiaridade de conferir legitimidade ao Ministério Público para promover a respectiva ação de exclusão,¹ com fundamento no art. 1.815, § 2º do CC (BRASIL, [2022b]), acrescentado pela Lei nº 13.532/2017. De acordo com a lei, portanto, a legitimidade do *parquet* para a propositura da ação restringe-se às hipóteses do art. 1.814, I, sem prejuízo para a participação do órgão ministerial na qualidade de fiscal da ordem jurídica nos termos da lei processual civil (conforme os arts. 176 a 181 do Código de Processo Civil (CPC) (BRASIL, [2022c])).

No segundo grupo de hipóteses, o foco recai sobre condutas que violam o direito à honra, excluindo os “que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro” (art. 1.814, II, do CC

(BRASIL, [2022b])). Embora a acusação caluniosa não exija a prévia condenação criminal para que se promova a ação de indignidade, o mesmo não ocorre com quem pratica “crime contra a honra”, tendo em vista a expressa referência à prática de crime. Isso porque, em homenagem ao princípio da presunção da inocência, somente comete crime quem assim é condenado com trânsito em julgado pelo juízo criminal (art. 5º, LVII, da CRFB (BRASIL, [2022a])).

No último grupo, encontram-se as hipóteses que sancionam a violação à liberdade testamentária, permitindo a exclusão dos sucessores “que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade” (art. 1.814, III, do CC (BRASIL, [2022b])). Ressalva-se a posterior manifestação válida do autor da herança, que consegue, pois, fazer valer a sua vontade, a despeito da interferência do sucessor. Nesses casos, “não se há falar em exclusão do herdeiro legítimo, nem sequer do testamentário contemplado por última vontade” (HIRONAKA, 2007, p. 156).

Com relação à legitimidade ativa para promover a ação de indignidade, salvo na hipótese já mencionada no art. 1.814, I, do CC, a lei não indica expressamente as pessoas legitimadas, lacuna colmatada com a regra geral de Direito Processual Civil, segundo a qual “a legitimidade de parte refere-se sempre a uma ligação de ordem jurídico-material entre o sujeito de direito e a relação em litígio” (HIRONAKA, 2007, p. 158). Assim, é parte legítima para figurar como autor da ação de indignidade o sucessor a quem aproveitará a exclusão e, no caso das hipóteses de atentado contra a vida, também o Ministério Público.

Mencione-se aqui o curioso caso julgado em 2018 pelo STJ em que se evidenciam as vicissitudes e entrecruzamentos do Direito de Família contemporâneo e a indignidade. No Recurso

¹O tema sempre foi objeto de acirrados debates. Veja-se o Enunciado 116 das Jornadas de Direito Civil, anterior à alteração legislativa: “O Ministério Público, por força do art. 1.815 do novo Código Civil, desde que presente o interesse público, tem legitimidade para promover ação visando à declaração da indignidade de herdeiro ou legatário” (JORNADAS..., 2012, p. 28).

Especial (REsp) nº 1.704.972/CE (BRASIL, 2018), a Corte deparou-se não apenas com a discussão sobre as formalidades da ação de exclusão, mas também enfrentou as temáticas da “adoção à brasileira”, da paternidade socioafetiva e da multiparentalidade.

Conforme o acórdão publicado em 15/10/2018, na origem o caso se tratava de ação declaratória de paternidade socioafetiva proposta por F. T. D. em desfavor do espólio de A. M. D. O. O autor narrou que o *de cujus* fora seu pai socioafetivo e, ainda que o registro da “adoção à brasileira” tivesse sido desconstituído por decisão judicial, a questão não se submetera ao trânsito em julgado, sendo possível o reconhecimento do vínculo de filiação *post mortem*. Houve procedência do feito em 1º grau de jurisdição, reconhecendo-se a multiparentalidade do filho F. T. D. com relação ao pai socioafetivo e ao pai biológico (BRASIL, 2018).

Após a sentença ser confirmada em sede de apelação, uma das filhas do réu interpôs REsp argumentando que o reconhecimento do vínculo de socioafetividade estaria obstado pela relação conturbada entre os sujeitos, estando inclusive em tramitação ação penal no qual o autor seria acusado de coautoria do crime de homicídio do próprio pai socioafetivo.

Ao apreciar a casuística, a 3ª Turma do STJ manteve o acórdão do Tribunal de Justiça do Ceará e ressaltou que, em que pese o relato da irmã ter pontuado que “os sentimentos de filiação deixaram de existir, pois o falecido, nos últimos meses de vida, demonstrava medo em relação ao filho socioafetivo” (BRASIL, 2018, p. 11), não se poderia negar que, por significativo lapso de tempo da infância à vida adulta, o autor foi tratado como se filho fosse, inclusive tendo sido adotado de forma irregular pelo réu.

O ministro relator Ricardo Villas Bôas Cueva salientou o cumprimento dos requisitos da posse de estado de filiação, mesmo ciente da possi-

bilidade de o filho ter cometido o parricídio. Por fim, no voto seguido por unanimidade da Corte, observou-se a necessidade de tramitação autônoma da ação de indignidade (BRASIL, 2018, p. 15).

Sublinhou, por fim, que há projetos de lei que intentam permitir a exclusão imediata da sucessão dos autores de crime contra a vida de quem viriam a suceder como consequência da pena aplicada, alterando-se a redação do art. 92 do Código Penal (Projeto de Lei (PL) nº 7.418/2002) (BRASIL, 2018, p. 16).

Veja-se que a Corte não “tomou atalhos” para afastar o filho do rol de herdeiros, o que poderia ter feito simplesmente sem reconhecer o vínculo socioafetivo. Tal opção, todavia, não equivaleria à construção da subjetividade desse sujeito e o despojaria da condição que o torna parte legítima para figurar no polo passivo de eventual ação de indignidade.

Segundo o art. 1.816 do CC (BRASIL, [2022b]), os efeitos da exclusão por indignidade são pessoais, de modo que, se o indigno for herdeiro legítimo (VELOSO, 2003, p. 310) e houver coerdeiros do mesmo grau, os seus descendentes serão chamados a suceder por representação, como se ele fosse morto ao tempo da abertura da sucessão. Se não houver coerdeiros, os descendentes do excluído poderão recolher a herança em nome próprio, pois inexistente a divergência de graus exigida para a aplicação do direito de representação (LEITE, 2009, p. 359).

A exclusão do sucessor por indignidade revela o componente moral que norteia as sucessões *causa mortis*: para ser sucessor e reter a herança é preciso *merecê-la* ou, pelo menos, não a *desmerecer*. Por essa razão, qualquer sucessor pode ser excluído por indignidade: herdeiros legítimos, testamentários, necessários, facultativos ou legatários. Para se sujeitar à competente ação, basta que o sucessor pratique algum dos atos previstos em lei e esteja vocacionado

a suceder. Nem sequer se exige que o ato de indignidade seja praticado antes da abertura da sucessão: mesmo aquele consumado após, se dentro do prazo legal decadencial de quatro anos a contar da abertura da sucessão (art. 1.815, § 1º do CC), poderá ensejar a exclusão do sucessor (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 173). Assim, haverá a condenação à devolução do que tenha eventualmente recebido e considerá-lo-á, nesse interregno, herdeiro aparente para a solução das situações jurídicas figuradas por ele enquanto não se reconheça a indignidade.

No entendimento de Gomes (2019, p. 27), as doações e demais negócios jurídicos gratuitos realizados em benefício de terceiros pelo herdeiro aparente são nulos, uma vez que este seria possuidor de má-fé “porque não pode ignorar o vício do seu título de aquisição, consistente em fato pessoal”. Por outro lado, no que diz respeito aos efeitos de negócios jurídicos onerosos praticados com terceiros antes da exclusão, assinala-se o entendimento de Miranda (2008, p. 183-184) de que devem incidir as disposições sobre a evicção, regulada pelos arts. 447 a 457 do CC.

A exclusão por indignidade é ato dos interessados na sucessão, nunca do próprio autor da herança que, no entanto, poderá reabilitar o sucessor por meio de cláusula testamentária expressa ou outro ato autêntico inequívoco, prejudicando, assim, a posterior ação dos legitimados ativos. Porém, se não houver reabilitação expressa – mas, ciente do ato potencialmente indigno, o autor da herança contempla o sucessor em testamento –, determina o parágrafo único do art. 1.818 do CC (BRASIL, [2022b]) que a ação de indignidade poderá ser promovida; e, caso precedente, o indigno poderá suceder no limite do que foi deixado pela sucessão testamentária.

Em síntese, a face estrutural e dogmática das hipóteses de exclusão por indignidade demonstra a unidade do sistema jurídico em possibilitar

aos legitimados que promovam ação judicial com o fito de afastar da condição de herdeiro quem cometer ato indigno.

3 Deserdação: a exclusão do herdeiro necessário com atuação do autor da herança

Diversamente da indignidade, a deserdação depende necessariamente de uma atuação do autor da herança que, insatisfeito com a conduta do sucessor, elabora testamento com cláusula deserdativa, apontando expressamente a razão do afastamento. Trata-se de ato de conteúdo complexo: sem o testamento e sem a invocação expressa de motivo, não se caracteriza a deserdação (MIRANDA, 2008, p. 396).

Além disso, a deserdação não serve para afastar qualquer tipo de sucessor, mas apenas para privar o herdeiro necessário de sua parte legítima. A razão disso é lógica: na ausência de herdeiros inafastáveis, basta que o autor da herança perfaça testamento sem contemplar os facultativos (no caso, os colaterais) para que impeça a sua vocação hereditária independentemente de qualquer motivo, nos termos do art. 1.850 do CC (BRASIL, [2022b]).

Embora a cláusula testamentária seja o traço distintivo do instituto e o ato nuclear para a privação da legítima (COLOMBO, 2021, p. 576), é também necessária a propositura de ação de conhecimento após a abertura da sucessão, a fim de se comprovarem os motivos aventados pelo testador para promover a deserdação (CARVALHO, 2019, p. 293). Isso se justifica pela inderrogabilidade do princípio da intangibilidade da legítima, o qual reconhece de pleno direito aos herdeiros necessários uma parte mínima na herança, de forma que o afastamento dessa espécie de sucessor deve ser considerada medida excepcional dependente de avaliação

judicial a respeito da existência de motivos graves para tanto (VELOSO, 2003, p. 312).

O princípio da intangibilidade da legítima é basilar e limita a liberdade de testar ao retirar o poder de disposição do autor da herança sobre a metade de seu patrimônio quando existentes herdeiros necessários. A deserdação funciona, portanto, como um recurso para a avaliação em concreto, pelo autor da herança, do desmerecimento do sucessor, quando houver a prática de ato grave imputável ao herdeiro necessário.

As hipóteses de cabimento da deserdação estão contempladas entre os arts. 1.961 e 1.963 do CC. Por expressa previsão, todas as hipóteses que autorizam os interessados a propor a ação de indignidade valem também para a deserdação. Logo, as considerações feitas no item anterior sobre o cabimento da indignidade são aplicáveis à deserdação.

Todavia, além daquelas hipóteses, o legislador previu casos específicos para a deserdação e separou-os em dois artigos: um dedicado às situações que autorizam a deserdação do descendente pelo ascendente (art. 1.962) e outro que descreve as de deserdação do ascendente pelo descendente (art. 1.963).

As hipóteses específicas em que o descendente pode ser deserddado são: a “ofensa física”, a prática de “injúria grave”, a manutenção de “relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto” e o “desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade” (BRASIL, [2022b]).

Nesse aspecto, o CC deixou de prever entre os incisos a “desonestidade da filha que vive na casa paterna”, presente no art. 1.744, III, do CC de 1916 (BRASIL, [2002b]), que certamente não se compatibilizava com o princípio da igualdade de gênero (art. 5º, *caput*, da CRFB) e, com as cautelas para não se recair em anacronismo, representava uma lógica de seu tempo cujo sentido não se pode admitir por violar a liberdade sexual da mulher.²

Por conseguinte, na legislação atual, as hipóteses específicas de deserdação do ascendente pelo descendente são “ofensa física”, “injúria grave”, “relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta” e “desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade” (BRASIL, [2022b]).

Observa-se que a injúria como causa específica de deserdação tanto no art. 1.962 quanto no art. 1.963 não exige a condenação criminal, por não haver expressa menção à prática de crime pelo herdeiro. Contudo, é necessário que seja *grave*. Logo, cabe ao juiz decidir se a injúria descrita pelo autor da herança é suficientemente grave para afastar o herdeiro.

² A respeito da figura da mulher no atual Direito de Família, ver Oliveira (2020).

A disciplina da deserdação no CC é sucinta e, em razão da similitude funcional, algumas lacunas são colmatadas pela disciplina da indignidade (VELOSO, 2003, p. 324). Entende-se que as consequências da deserdação não podem ultrapassar a pessoa do herdeiro deserddado, autorizando-se a sucessão por estirpe de seus descendentes, como se morto fosse. Ademais, os atos praticados pelo herdeiro necessário até a efetiva confirmação judicial da deserdação seguem as disposições do herdeiro aparente.

Exposta a dimensão estrutural das formas de exclusão do herdeiro, o próximo tópico avança sobre a problemática enunciada nesta pesquisa.

4 O problema da taxatividade das causas de indignidade e de deserdação

A opção legislativa para a disciplina das hipóteses de cabimento da indignidade e da deserdação consiste na descrição casuística dos fatos que abstratamente ensejam a incidência da norma. Essa técnica confere segurança e previsibilidade na aplicação da lei, pois “[a]s disposições definitórias, tais como as da casuística, conduzem o intérprete a uma subsunção quase automática do fato sob o paradigma abstrato” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 191).

A tradicional técnica da subsunção para a aplicação do Direito é construída por meio de um raciocínio silogístico: “a) a norma (geral) funciona como premissa maior; b) a descrição do caso conflitivo, como premissa menor; e c) a conclusão, como o ato decisório *stricto sensu*” (FERRAZ JUNIOR, 2016, p. 12). E mais: “a norma estabelece uma hipótese de incidência – a *facti species* – cuja ocorrência desencadeia uma consequência jurídica – por exemplo, uma sanção” (FERRAZ JUNIOR, 2016, p. 14).

Não deve ser desprezada a técnica legislativa regulamentar – ou seja, aquela em que a “hipótese

normativa é definida pela *fattispecie* abstrata” (PERLINGIERI, 2008, p. 240), como ocorre com a disciplina da indignidade e da deserdação. Ao contrário, em se tratando de institutos que preveem a perda de direitos como sanção, é conveniente a previsão da conduta abstrata a ensejar a consequência jurídica da perda do direito à herança.

Contudo, duas são as principais críticas aos institutos da indignidade e da deserdação no Direito das Sucessões. A primeira diz respeito às incoerências da previsão legal e a segunda aos métodos de interpretação e aplicação comumente adotados.

4.1 Incoerências da previsão legal

As hipóteses de incidência da indignidade e da deserdação estão previstas nos arts. 1.814, 1.961, 1.962 e 1.963 do CC. Com relação à indignidade, as condutas previstas variam em grau de gravidade, desde o homicídio ou sua tentativa até a violação da honra ou da liberdade testamentária. Todas têm, porém, a mesma sanção: a exclusão total do sucessor.

Por outro lado, condutas flagrantemente violadoras da solidariedade familiar, como o abandono afetivo e a lesão corporal, não são previstas na lei. Chega-se, portanto, à desproporcional possibilidade de que a agressão contra os pais não seja causa de exclusão do sucessor, mas a injúria contra o padrasto ou a madrasta, sim. Mais grave ainda é considerar a inexistência de previsão legal para o afastamento de sucessor que pratica violência sexual ou doméstica contra o autor da herança (DIAS, 2019, p. 419) e, também, dos ascendentes que perderam o poder familiar.

Essa lacuna legal gera situações de perplexidade, como no caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), em que a tese de afastamento por indignidade do pai que rejeitou o filho homossexual foi rechaçada por

ausência de previsão (SÃO PAULO, 2018b). Em outro caso, a genitora perdera a autoridade parental do filho falecido por não lhe dispensar em vida os cuidados inerentes aos deveres parentais, mas se apresentou como herdeira necessária para o recolhimento da herança. O filho, aliás, era pessoa com deficiência mental grave, o que lhe privava de capacidade testamentária para perfazer a deserdação (SÃO PAULO, 2018a).

Outra incoerência é vista no art. 1.814, III, do CC (BRASIL, [2022b]): somente os atos de inibir ou obstar o autor da herança de exercer sua liberdade testamentária ensejam a exclusão do sucessor, mas não aqueles que prejudiquem a execução do ato de última vontade, como a destruição ou ocultação de testamento ou codicilo.

Com relação às hipóteses previstas especificamente para a deserdação, também são constatáveis algumas incoerências.

A primeira crítica diz respeito à opção legislativa de prever separadamente os casos de deserdação do ascendente pelo descendente e os de descendente pelo ascendente. Além de dispensável, essa separação não contempla todas as classes de herdeiros necessários, pois o CC incluiu o cônjuge – e atualmente, por via interpretativa, entende-se majoritariamente que o companheiro também receberia essa qualidade.

Desde a Emenda à Constituição (EC) nº 66/2010, com a facilitação do divórcio a prática de ato grave pelo cônjuge pode ensejar a dissolução do vínculo matrimonial e, com isso, a perda da qualidade de herdeiro legítimo e necessário. Entretanto, várias razões poderiam tornar útil a deserdação do cônjuge ou do companheiro, a fim de fazer valer a inequívoca vontade do autor da herança de privá-lo da legítima, como o lapso temporal entre a decisão de se divorciar e o efetivo desfazimento do vínculo ou a dúvida quanto ao momento de dissolução, sobretudo nos casos de separação de fato ou dissolução de união estável.

A doutrina considera que a ausência de previsão impede a privação da legítima pelas causas específicas dos arts. 1.962 e 1.963, aplicando-se apenas a deserdação nos casos comuns de indignidade, uma vez que o art. 1.961 se refere genericamente a “herdeiros necessários” (CARVALHO, 2019, p. 878).

As inconsistências da lei vão além. Nos arts. 1.962, IV, e 1.963, faz-se referência ao desamparo como causa de deserdação. Contudo, como exigiu o legislador que não fosse qualquer desamparo, mas apenas aqueles em situações de grave enfermidade, deficiência ou alienação mental, a vulnerabilidade concreta do autor da herança pode tornar inexecutável a deserdação. Isso porque, conforme já exposto, a deserdação depende da elaboração de testamento para que seja deflagrada. Portanto, se o autor da herança, por conta de seu estado de saúde, não gozar de capacidade testamentária ativa, a deserdação fica inviabilizada. Não sendo essa uma causa

de indignidade, se considerado o texto legal, o herdeiro que desampara o autor da herança em situação de vulnerabilidade não pode ser excluído.

Inferidas as limitações e incoerências do texto legal, na próxima subseção exploram-se as restrições ligadas aos métodos interpretativos e subsunção do texto legal.

4.2 Incoerências com relação aos métodos de interpretação e aplicação da lei

A doutrina majoritária defende a interpretação restritiva e a aplicação subsuntiva das hipóteses que fundamentam a indignidade e a deserção (MIRANDA, 2008, p. 177).

Embora a subsunção se incline à previsibilidade das decisões judiciais, a observância da segurança jurídica por meio dessa técnica pode mostrar-se uma falácia. O excessivo formalismo na disciplina normativa de qualquer instituto jurídico e, especificamente, da indignidade e da deserção, reduz o campo de valoração do fato e a importância do perfil fenomenológico para a construção do Direito.

Não se pode olvidar que a pretensão de completude, totalidade, coerência e abstração do Direito decorre da estrutura de tradição *Civil Law* e de uma lógica moderna pautada no racionalismo a que o ordenamento jurídico brasileiro se filia (LARENZ, 1997, p. 13). Ocorre que a lógica racional tão cara à teoria geral do Direito recebe críticas e provocações que apontam ser extemporâneo manter tais pretensões de completude, sobretudo porque a realidade concreta reiteradamente é excluída pela cristalização do texto legal³.

Ilustrativamente, remete-se ao REsp nº 334.773/RJ (BRASIL, 2002c), julgado sob a égide do CC de 1916, em que os filhos do *de cuius* ajuizaram ação de exclusão de sucessão em face da esposa do genitor, o qual sofria de esclerose múltipla e que, mesmo sua condição de saúde exigindo cuidados especiais, foi tratado de forma desumana pela ré.

Como a conduta não era taxativamente prevista no diploma civil, o juízo de 1º grau julgou o feito improcedente: no entanto, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reformou a sentença para considerá-la indigna, pois a série de atitudes negligentes da esposa teriam como consequência previsível a morte do enfermo e, em demandas pretéritas, reconheceu-se a nulidade do casamento e a incapacidade absoluta do

³ A título exemplificativo, mencione-se a corrente filosófica do pós-fundacionismo, que busca a desconstrução de marcadores de certeza do Direito, dentre os quais a *ação política*, que tem por trás de si a noção de *sujeito de direito* atomizado e abstrato, vindo a questionar a insuficiência ontológica do projeto de completude e totalidade que o Direito se propõe. Para aprofundamento a respeito do pós-fundacionismo, ver Kelz (2016, p. 136-167).

de cuius para a prática de atos da vida civil. A 4ª Turma do STJ não conheceu do recurso, por violação à Súmula nº 7, destacando que “cabia a esta zelar pela proteção da saúde do marido doente; se em tal tempo ela descuidou desse dever, responde pelo resultado, isto é, a morte pela omissão” (BRASIL, 2002c, p. 6).

O presente artigo não tem por escopo enveredar pela discussão própria da Filosofia e Teoria Geral do Direito. Contudo, não se descarta dos relevantes marcadores que se posicionam frente à estrutura do Direito ocidental de tradição romano-germânica e que também revelam dificuldades para a leitura funcional da indignidade e da deserção descoladas da mera subsunção do fato à norma. Tampouco se descarta da importância de se adotar uma metodologia que garanta segurança jurídica frente a enunciados normativos deliberadamente indeterminados⁴.

Em revisão bibliográfica especializada, há quem defenda que as hipóteses de exclusão da sucessão não se limitam ao rol legal, ante sua incompletude em relação à função de que os institutos da indignidade e deserção se valem. Tal posicionamento não restringe a função da exclusão sucessória à lógica sancionatória negativa (BOBBIO, 2007), mas pode-se dizer que apresenta uma roupagem ligada à compensação pelo rompimento da solidariedade familiar.

Seguindo esse ponto de vista, Dias (2019, p. 418, grifo da autora) compreende que a indignidade tem “acentuado conteúdo ético, [e] não permite interpretação tão limitada. Ao elencar algumas hipóteses, a lei simplesmente consagra um princípio: quem age contra o autor da herança ou seus familiares não pode ser contemplado com sua herança”.

Madaleno (2020, p. 168) colhe lições da Espanha para pontuar que, no seu ordenamento jurídico, são ampliadas as hipóteses de deser-

ção para herdeiros que não cumprem com o dever de alimentos ao ascendente que, em situação de evidente e sabida vulnerabilidade, é negligenciado e cujo patrimônio é disputado entre eles após o seu passamento.

Por perspectiva que repensa a abertura hermenêutica das funções da indignidade e deserção, parte da doutrina compreende que suas hipóteses podem justificar a quebra do dever de solidariedade em relação aos alimentos. Pereira (2021, p. 300) sustenta a aplicação das hipóteses de indignidade para a exoneração do dever de pagar alimentos.

Tais pontos de vista doutrinários permitem que se visualizem as incoerências de uma interpretação extremamente restritiva das hipóteses de exclusão da sucessão e, a exemplo do caso de aplicação da indignidade para a liberação da obrigação do devedor de alimentos, demonstram a viabilidade de aplicação do instituto com base na função protetiva em caso de rompimento de solidariedade familiar.

Apresentado o estado da arte das indagações e posicionamentos doutrinários diversos, é necessário perquirir como a aplicação das formas de exclusão de herdeiro, seja por indignidade, seja por deserção, se vêm consolidando nos tribunais brasileiros.

Para isso, apresentam-se casos obtidos de pesquisa qualitativa realizada junto ao banco de dados do STJ e Tribunais de Justiça estaduais, com lapso temporal compreendido entre janeiro de 2003 e abril de 2021, nos quais se tenha discutido a possibilidade de interpretação extensiva do rol dos arts. 1.814, 1.962 e 1.963, excluindo-se todos os julgados monocráticos e os relativos à incidência do CC de 1916.

O primeiro caso mencionado é o REsp nº 1.102.360/RJ, do relator ministro Massami Uyeda, julgado em 9/2/2010 pela 3ª Turma do STJ (BRASIL, 2010). Embora não se tenha detido profundamente na taxatividade das hipóteses de

⁴A respeito do tema, ver Ramos (2021).

exclusão do sucessor, o voto do relator contém significativas passagens sobre a compreensão da Corte acerca do tema.

A situação fática referia-se ao suposto cometimento de agressões de uma das filhas contra o *de cuius*. As instâncias *a quo* entenderam que havia meros “desentendimentos naturais entre pais e filhos”, o que não se qualificaria como situação com gravidade suficiente para romper o vínculo de solidariedade entre sucedido e sucessor. Colhe-se do voto do relator a seguinte passagem, relevante para o exame neste estudo:

Assim, a indignidade tem consigo o condão de impedir que o sujeito que atente contra os princípios basilares de justiça e da moral venha receber determinado acervo patrimonial. Não se desconhece, entretanto, o viés punitivo da medida que, nos termos do artigo 1816, *caput*, do Código Civil, trata o indigno como se pré-morto fosse, [...]

Não se pode, portanto, admitir que o sobre-dito rol seja meramente exemplificativo para que se não deixe ao talante da subjetividade pura a verificação da exclusão da sucessão (BRASIL, 2010, p. 8-9).

Depreende-se da fundamentação do julgado que o posicionamento da 3ª Turma do STJ adotou a perspectiva de função punitiva da indignidade e, por consequência, compreendeu que a penalidade de restrição de direito deve amoldar-se de modo taxativo à previsão legal.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), por meio de sua 11ª Câmara Cível, partilha dessa interpretação restritiva, tendo consignado – no julgamento da Apelação Cível nº 0000666-86.2019.8.16.0107⁵ – que deveria ser mantida a sentença de indeferimento da petição inicial de “ação de exclusão da sucessão por au-

sência de laços afetivos” em virtude de sua não correspondência com o disposto nos arts. 1.814 e 1.961 do CC (PARANÁ, 2020).

O TJSP também segue o entendimento restritivo e, nos casos localizados por meio dos filtros desta pesquisa qualitativa, nota-se que a Corte paulista enfrentou na última década casos cujas teses pretendiam a ampliação das hipóteses de exclusão do sucessor. Os oito casos encontrados neste estudo revelam a uniformidade do Tribunal estadual em limitar-se ao rol estrito do CC; e destacam-se dois julgados emblemáticos em virtude da tese invocada nos pedidos iniciais.

No recurso de Apelação nº 1003841-44.2018.8.26.0005, julgado em 31/3/2021 pela 7ª Câmara de Direito Privado, o voto da relatora desembargadora Maria de Lourdes Lopez Gil foi acompanhado por unanimidade para manter a sentença de improcedência de uma ação de indignidade. O feito foi ajuizado pela mãe do *de cuius* em face do pai, uma vez que, embora tenha registrado o filho em comum, não se fez presente durante a vida do descendente. Assim, o fundamento invocado na petição inicial foi o de pretender a exclusão do ascendente em virtude do abandono material e afetivo com relação ao filho falecido. O Colegiado ponderou que a circunstância não é abrangida pelo art. 1.814 do CC, sendo inviável a ampliação do rol, ainda que evidentes o rompimento da solidariedade familiar e o descumprimento do dever de cuidado pelo genitor (SÃO PAULO, 2021b).

Outro caso também ancorado no rompimento da afetividade foi o examinado pela 5ª Câmara de Direito Privado do TJSP na Apelação Cível nº 1003099-91.2019.8.26.0584. O relator desembargador Erickson Gavazza Marques votou por negar provimento ao recurso interposto em face da sentença de improcedência de ação de indignidade ajuizada pela apelante em face do irmão, em decorrência do falecimento da genitora (SÃO PAULO, 2021a).

⁵ Saliente-se que o TJPR classificou o recurso como *segredo de Justiça*. Por isso, as autoras deste trabalho pautaram-se pelo conteúdo da ementa disponível para consulta nas plataformas de pesquisa (PARANÁ, 2020).

A autora narrou que a mãe, idosa com mais de 82 anos, sofreu física e psicologicamente pelo conturbado relacionamento com o filho, usuário de entorpecentes, o qual abusivamente contraíra expressivas dívidas em nome da genitora para sustentar o vício. A recorrente deduziu que a morte da idosa por AVC se teria concretizado após repercussão negativa dos episódios de desentendimentos familiares; porém, os órgãos julgadores não identificaram a existência de hipótese abarcada pelo art. 1.814 do CC. Tampouco constataram nexo de causalidade entre a conduta do réu e o resultado morte da mãe, merecendo destaque o seguinte excerto: “a agressividade e as dificuldades enfrentadas pela família são consequências do vício do apelado em entorpecentes, que afetam o discernimento, sendo que essa situação desestabiliza toda a família, mas não tem o condão de decretação de indignidade” (SÃO PAULO, 2021a, p. 7).

Evidencia-se na pesquisa qualitativa desses julgados que prepondera a interpretação restritiva, mesmo que em algumas das fundamentações haja a ressalva de entendimento doutrinário diverso. Eles também demonstram que tal interpretação advém da noção de que o instituto da exclusão do sucessor, seja por indignidade, seja por deserdação, apresenta função punitiva (sancionatória negativa) e, por não ser admitida a interpretação extensiva para restrição de direitos, entende-se que o rol legal é taxativo e não exemplificativo.

5 Perspectivas para a indignidade e a deserdação: quais as vias para a superação da taxatividade?

É perceptível que a doutrina majoritária, acompanhada do entendimento preponderante dos tribunais brasileiros, faz valer a função punitiva da indignidade e da deserdação, o que leva a não se admitir uma interpretação que supere a taxatividade legal. Assim, ao menos da análise do estado da arte contemporâneo, não se vê perspectiva de uma imediata virada doutrinária para admitir de pronto a superação das formas de exclusão do herdeiro como *numerus clausus* e passar a tomá-las como *numerus apertus*.

No entanto, como exposto nos itens anteriores, têm surgido pontos de vista embasados na unidade sistemática e leitura funcional de tais institutos como *protetivos* dos interesses do *de cuius* e como promotores do estímulo ao não rompimento da solidariedade familiar. Tanto é que alguns dos julgados descritos já trazem essa tese jurídica ao debate pelo Poder Judiciário.

De todo modo, mantida a compreensão exegética e restritiva, despontam projetos de lei sobre a matéria e que pretendem trazer novas

hipóteses e novas leituras sobre as formas de exclusão da sucessão.

Tartuce (2021, p. 138) cita o PL nº 6.960/2002, atualmente identificado como PL nº 699/2011, que propõe a redução para apenas dois anos do prazo decadencial para demandar a exclusão do herdeiro, alterando-se a redação do art. 1.815, § 1º do CC, justificada pelo primado da segurança jurídica e em consonância com as reduções de prazo prescricional e decadencial pelas quais o Direito Civil exige no contexto da sociedade digital contemporânea.

Outro projeto citado por Tartuce (2021, p. 130) é o PL nº 7.418/2002, cujo objetivo é incluir como efeito da condenação criminal a “exclusão da sucessão dos herdeiros ou legatários que houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso ou tentativa deste contra a pessoa a quem deveriam suceder ou seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente”.

Os dois projetos tratam de questões objetivas (prazo decadencial) e interdisciplinares (efeito da condenação criminal). Todavia, um terceiro projeto merece maior ênfase – o PL nº 3.145/2015, proposto pelo deputado Vicentinho Júnior (PSB-TO), atualmente aguardando apreciação e designação no Senado Federal –, que tem por finalidade acrescentar aos arts. 1.962 e 1.963 do CC um quinto inciso permitindo a deserdação em caso de “abandono em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres” (BRASIL, 2015, p. 1).

O projeto intenciona incluir a mesma regra tanto para a deserdação de ascendente por descendente quanto para o inverso; na justificativa legislativa, o parlamentar pontuou que a norma estaria em consonância com o art. 230 da CRFB e com o sistema protetivo da pessoa idosa, admitindo que, mesmo não sendo comum os pais abandonarem os filhos adultos, não se poderia descartar o caso e, por isso, revelar-se-ia

oportuno o acréscimo nos dois dispositivos (BRASIL, 2015). Se aprovado em votação nas Casas Legislativas e sancionado, o projeto parece vir a atender a pretensão de alguns dos casos judiciais mencionados na subseção 4.2, que objetivavam a exclusão da sucessão em caso de abandono afetivo, muito embora o projeto não preveja a hipótese em casos de indignidade, apenas de deserdação.

Outro projeto – a ser mencionado para exemplificar a relevância de levar ao Poder Legislativo a ampliação de hipóteses normativas para a exclusão da sucessão – é o PL nº 6.960, proposto em junho de 2002 pelo deputado Ricardo Fiúza (PPB-PE). Ainda que tenha sido arquivado, o projeto materializou, entre várias alterações no então recém-nascido CC, a proposta de criação do art. 1.963-A, que viria a prever a deserdação do cônjuge nestas hipóteses:

Art. 1.963-A. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação do cônjuge: I – prática de ato que importe grave violação dos deveres do casamento, ou que determine a perda do poder familiar; II – recusar-se, injustificadamente, a dar alimentos ao outro cônjuge ou aos filhos comuns; III – desamparado do outro cônjuge ou descendente comum com deficiência mental ou grave enfermidade (BRASIL, 2002a, p. 32).

Infere-se que o legislador ressalta a solidariedade familiar e a tutela do mínimo existencial do autor da herança que, em situações de desamparo material perpetrado pelo cônjuge, poderia utilizar-se do instituto da deserdação para afastar o direito sucessório do outro.

Há também o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 118/2010, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados como PL nº 867/2011, que apresenta significativa alteração na redação dos arts. 1.814 a 1.818 e 1.961 a 1.965 do CC. As modificações pretendidas acrescem pormenores aos dispositivos contemplados, propiciando a

interpretação extensiva, como se depreende da proposta de redação do art. 1.814, I e II, bem como do respectivo parágrafo único:

Art. 1.814. Fica impedido de suceder, direta ou indiretamente, por indignidade, aquele que: I – na condição de autor, coautor ou partícipe, tenha praticado ou tentado praticar, dolosamente, qualquer ato que importe em ofensa à vida ou à dignidade sexual do autor da herança ou de seu cônjuge, companheiro ou parente, por consanguinidade ou afinidade, até o segundo grau; II – na condição de autor, coautor ou partícipe, tenha praticado ou tentado praticar, dolosamente, qualquer ato que importe em ofensa à honra, à integridade física, à liberdade ou ao patrimônio do autor da herança; [...] Parágrafo único. Para efeito do disposto nos incisos I e II do *caput* deste artigo, incluem-se entre os atos suscetíveis de gerar declaração de indignidade quaisquer delitos dos quais tenham resultado a morte ou a restrição à liberdade do autor da herança ou de seu cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão (BRASIL, 2011, p. [1]).

No projeto de lei, o Poder Legislativo inclui como hipótese de indignidade o cometimento de crimes contra a dignidade sexual do autor da herança, seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo ou afim até o segundo grau. Além do mais, o parágrafo único apresenta uma cláusula aberta ao dispor que “*quaisquer delitos* dos quais tenham resultado a morte ou a restrição à liberdade do autor da herança ou de seu cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão” (BRASIL, 2011, p. [1], grifo nosso). Isto é, a “tipicidade” dependeria da previsão de crime no âmbito penal a ser pontuado como razão da exclusão por indignidade, desde que o bem jurídico ofendido diga respeito a direitos fundamentais do autor da herança e de familiares em grau previsto no CC.

As vias para a superação da taxatividade pendem para a modificação legislativa. É im-

prescindível que o Poder Legislativo discuta a temática com a atenção às modificações sociais e, sobretudo, à unidade sistemática, tão cara à perspectiva civil constitucional, especialmente porque, em última análise, a exclusão da sucessão tem por efeito a restrição do direito fundamental à herança (art. 5º, XXX da CRFB).

Por fim, o PLS nº 3.799/2019, proposto pela senadora Soraya Thronicke e fruto do anteprojeto elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, contém algumas modificações na disciplina da indignidade e da deserdação, com destaque para a inclusão do abandono afetivo e a ofensa à integridade psicológica como causas possíveis de deserdação, por meio de alterações nos arts. 1.962 e 1.963 (BRASIL, 2019). Mais uma vez, percebe-se a preocupação do legislador em ampliar as causas de exclusão – desta vez, do herdeiro necessário – em hipóteses que denotam o rompimento em concreto da solidariedade familiar. Esse projeto de lei está atualmente em tramitação no Senado Federal.

6 Conclusão

Feitas as considerações doutrinárias, a exposição de casos julgados e o destaque dos projetos de lei que tramitaram ou tramitam nas últimas duas décadas em torno do tema da exclusão da sucessão por indignidade ou por deserdação, retoma-se a pergunta que norteia a problemática desta pesquisa: é possível superar a taxatividade das hipóteses de exclusão da sucessão?

Do que se perquiriu até o momento, pode-se afirmar que superar a construção doutrinária e legislativa de rol exaustivo demanda repensar a própria função dos institutos que têm por efeito a exclusão do direito à herança, previsto constitucionalmente (art. 5º, XXX da CRFB). Se pensado pelo prisma de função eminentemente sancionatória – o que se depreende das

fundamentações nos mencionados acórdãos do STJ e tribunais estaduais –, a opção por uma interpretação restritiva é lógica e racionalmente voltada a uma forma de liberdade negativa.

Por outro lado, se pensada a função da exclusão do sucessor como instituto voltado a promover a *proteção* dos interesses do autor da herança contra atos que tenham atingido seus direitos fundamentais, como a vida, integridade física ou a dignidade sexual (PLS nº 118/2010), é viável adotar o prisma de rol exemplificativo. Tal relativização, porém, exige que se alinhe a tutela do *ser* por meio da restrição patrimonial e sucessória (*ter*) do ofensor.

Sobre as autoras

Jacqueline Lopes Pereira é doutoranda e mestra em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil; especialista em Direito de Família e Sucessões pela ABDConst, Curitiba, PR, Brasil; pesquisadora do Núcleo de estudos em Direito Civil Constitucional – Virada de Copérnico, UFPR, Curitiba, PR, Brasil; pesquisadora visitante do Instituto Max Planck para Direito Comparado e Internacional Privado, Hamburgo, Alemanha; servidora pública do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Curitiba, PR, Brasil.

E-mail: jacqueline.lopes10@gmail.com

Maici Barboza dos Santos Colombo é mestra em Direito Civil pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; especialista em Direito Civil-Constitucional pela UERJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; doutoranda em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; pesquisadora do Núcleo de estudos em Direito Civil Constitucional – Virada de Copérnico (Universidade Federal do Paraná), Curitiba, PR, Brasil; advogada.

E-mail: maicibs@hotmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

PEREIRA, Jacqueline Lopes; COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Perspectivas para a reconstrução sistemática e constitucionalizada da indignidade e da deserdação: críticas às hipóteses de incidência. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 59, n. 236, p. 167-185, out./dez. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/236/ril_v59_n236_p167

(APA)

Pereira, J. L., & Colombo, M. B. dos S. (2022). Perspectivas para a reconstrução sistemática e constitucionalizada da indignidade e da deserdação: críticas às hipóteses de incidência. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 59(236), 167-185. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/236/ril_v59_n236_p167

Referências

AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 9. ed. rev., modificada e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 867, de 2011*. Altera o Capítulo V do Título I e o Capítulo X do Título III, ambos do Livro V da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para dar novo tratamento aos institutos da exclusão da herança, relativamente à indignidade sucessória e à deserção. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=496851>. Acesso em: 20 set. 2022.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 3.145, de 2015*. Acrescenta inciso aos artigos 1.962 e 1.963 da Lei nº 10.406, de 2002, Código Civil, de modo a possibilitar a deserção nas hipóteses de abandono. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1805805>. Acesso em: 20 set. 2022.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 6.960, de 2002*. Dá nova redação aos artigos 2º, 11, 12, 43, 66, 151, 224, 243, 244, 246, 262, 273, 281, 283, 286, 294, 299, 300, 302, 306, 309, 328, 338, 369, 421, 422, 423, 425, 429, 450, 456, 471, 472, 473, 474, 475, 478, 479, 480, 482, 496, 502, 506, 533, 549, 557 [...]. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2002a. [Arquivado]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56549>. Acesso em: 20 set. 2022.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 set. 2022.

_____. *Lei nº 3.071, de 1ª de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2002b]. [Revogada]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em: 20 set. 2022.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 20 set. 2022.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 set. 2022.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 3.799, de 2019*. Altera o Livro V da Parte Especial da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e o Título III do Livro I da Parte Especial da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, para dispor sobre a sucessão em geral, a sucessão legítima, a sucessão testamentária, o inventário e a partilha. Brasília, DF: Senado Federal, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137498>. Acesso em: 20 set. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial nº 334.773/RJ*. Processual civil. Recurso especial. Reexame de prova. Não conhecimento. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. (Súmula nº 7/STJ). Recurso não conhecido. Recorrente: Alzira Garcia. Recorridos: José Esteves Leitão da Silva – Espólio; Valéria Garcia da Silva Maron. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha, 21 de maio de 2002c. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200100888744&dt_publicacao=26/08/2002. Acesso em: 20 set. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.102.360/RJ*. Recurso especial – Ação de exclusão de herança – Sentença – Arguição de nulidade – Decisão judicial proferida enquanto suspenso o trâmite processual – Circunstância não verificada, na espécie – Julgamento antecipado da lide – Indeferimento de produção de prova testemunhal [...]. Recorrente: Helena Rocha Westerlund. Recorridos: Yara Lúcia Nudelmann Gomes

e outro. Relator: Min. Massami Uyeda, 9 de fevereiro de 2010. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200900332164&dt_publicacao=01/07/2010. Acesso em: 20 set. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial nº 1.704.972/CE*. Recurso especial. Direito de família. Socioafetividade. Art. 1.593 do Código Civil. Paternidade. Multiparentalidade. Possibilidade. Súmula nº 7/STJ. Indignidade. Ação autônoma. Arts. 1.814 e 1.816 do Código Civil de 2002 [...]. Recorrente: A. M. D. O. – Espólio. Recorrido: F. T. D. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 9 de outubro de 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=20170272222&dt_publicacao=15/10/2018. Acesso em: 20 set. 2022.

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

COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. A deserção como instrumento de planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. t. 2, p. 567-584.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: sucessões*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. v. 7.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Argumentação jurídica*. 2. ed. Barueri: Manole, 2016.

GOMES, Orlando. *Successões*. Coordenação de Edvaldo Brito. 17. ed. rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito das sucessões: da sucessão em geral; da sucessão legítima: (artigos 1.784 a 1.856)*. Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20.

JORNADAS de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjff/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 20 set. 2022.

KELZ, Rosine. *The non-sovereign self, responsibility, and otherness*: Hannah Arendt, Judith Butler, and Stanley Cavell on moral philosophy and political agency. London: Palgrave Macmillan, 2016. (International Political Theory).

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões: (arts. 1.784 a 2.027)*. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. 5. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a Lei n. 11.441/2007. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 21.

MADALENO, Rolf. *Successão legítima*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial: direito das sucessões, sucessões em geral, sucessão legítima*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2008. t. 55.

OLIVEIRA, Ligia Ziggioiti de. *Olhares feministas sobre o direito das famílias contemporâneo: perspectivas críticas sobre o individual e o relacional em família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

PARANÁ. Tribunal de Justiça (11. Câmara Cível). *Apelação Cível nº 0000666-86.2019.8.16.0107*. Apelação cível. Direito das sucessões. Exclusão sucessória. Interesse processual. Ausência. Ilegitimidade passiva. Petição inicial. Indeferimento. Arts. 330, II e III e 321, parágrafo único do CPC. Recurso conhecido e não provido [...]. Relator: Des. Fabio Haick Dalla Vecchia, 6 de

julho de 2020. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/410000012222061/Acórdão-0000666-86.2019.8.16.0107#>. Acesso em: 20 set. 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das famílias*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*.

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

RAMOS, André Luiz Arnt. *Segurança jurídica e indeterminação normativa deliberada: elementos para uma teoria do direito (civil) contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2021.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça (6. Câmara de Direito Privado). *Apelação Cível nº 1000127-70.2014.8.26.0602*. Ação de indignidade – Deserdação de ascendente – Pedido de exclusão da sucessão da genitora do falecido – *De cujus* que era interditado, tendo como curador, seu irmão – Destituição do poder familiar da genitora averbada na certidão de nascimento [...]. Apelante: Cleuza Leite dos Santos. Apelados: Gilson Pedroso de Almeida (Espólio); Adison Pedroso de Almeida (Curador). Relatora: Des. Maria Salete Corrêa Dias, 12 de setembro de 2018a. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 20 set. 2022.

_____. Tribunal de Justiça (2. Câmara de Direito Privado). *Apelação Cível nº 1000250-68.2016.8.26.0547*. Direito das sucessões – Ação declaratória de indignidade – Autor que se alega ser companheiro do “de cujus” e que imputa ao réu abandono material e afetivo – Hipóteses que não se enquadram no rol do art. 1.815 do CC [...]. Apelante: Marcos William Vilas Boas. Apelado: José Carlos Machado. Relator: Des. Marcos Vinicius Rios Gonçalves, 6 de dezembro de 2018b. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 20 set. 2022.

_____. Tribunal de Justiça (5. Câmara de Direito Privado). *Apelação Cível nº 1003099-91.2019.8.26.0584*. Ação de indignidade – Ausência de prova do nexa causal entre a conduta do apelado e a causa da morte de sua genitora – Relacionamento familiar conturbado e existência de dívidas que, por si só, não constituem causas para a declaração da indignidade [...]. Apelante: Edna Regina de Oliveira Romano. Apelado: Reginaldo Romanini de Oliveira. Relator: Des. Erickson Gavazza Marques, 13 de abril de 2021a. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 20 set. 2022.

_____. Tribunal de Justiça (7. Câmara de Direito Privado). *Apelação Cível nº 1003841-44.2018.8.26.0005*. Sucessão. Ação de indignidade. Sentença de improcedência. Insurgência da autora. Alegação de que o réu teria abandonado, tanto material como afetivamente, o filho comum (falecido e autor da herança), não mantendo contato por mais de 25 anos, de modo que deveria ser excluído de sua sucessão [...]. Apelante: M. T. de S. Apelado: J. A. C. Relatora: Des. Maria de Lourdes Lopez Gil, 31 de março de 2021b. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 20 set. 2022.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das sucessões*. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 6. *E-book*.

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

VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito das sucessões: arts. 1.857 a 2.027*. Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21.

Posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o Direito dos Refugiados

É necessário reformar a Convenção de Genebra de 1951?

RICARDO STRAUCH AVELINE

AUGUSTO JAEGER JUNIOR

Resumo: O artigo pretende identificar em que pontos a Convenção de Genebra de 1951 e o seu Protocolo Adicional de 1967 precisariam passar por uma reforma, destacando duas questões centrais: o conceito de *refugiado* e o princípio do *non-refoulement*, os quais são analisados à luz da doutrina e da jurisprudência das Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. A pesquisa adota uma abordagem indutiva e utiliza a técnica de pesquisa bibliográfica e de análise de casos com objetivos exploratório e propositivo. O artigo demonstrará que a Convenção de Genebra de 1951 e o seu Protocolo Adicional de 1967 se tornaram insuficientes para garantir a proteção dos refugiados num contexto mundial de migrações massivas. A pesquisa demonstra não só a necessidade de neles ampliar o conceito jurídico de *refugiado* como também a importância de ambas as Cortes para a sua proteção.

Palavras-chave: Convenção de Genebra; Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos; crise humanitária; conceito de refugiado; princípio do *non-refoulement*.

Doctrinal and jurisprudential positions on Refugee Law: Is a reform of the 1951 Geneva Convention necessary?

Abstract: The article intends to identify at which points the 1951 Geneva Convention and its 1967 Protocol would need to be reformed, highlighting two central issues: the concept of refugee and the principle of *non-refoulement*, which are analyzed in the light of the doctrine and jurisprudence of the European and Inter-American Courts of Human Rights. The research adopts an inductive approach and uses the

Recebido em 29/2/22

Aprovado em 9/6/22

technique of bibliographic research and case analysis with exploratory and propositional objectives. The article will demonstrate that the 1951 Geneva Convention and its 1967 Additional Protocol have become insufficient to guarantee the protection of refugees in the current global context of massive migration. The research demonstrates the need for a reform in these international documents with the expansion of the legal concept of refugee and demonstrates the importance of the European and Inter-American Courts for protecting the rights of refugees.

Keywords: Geneva Convention; European and Inter-American Courts of Human Rights; humanitarian crisis; refugee concept; principle of *non-refoulement*.

1 Introdução

Ondas migratórias, refugiados e crise humanitária são temas recorrentes nos meios de comunicação e têm ocupado o centro dos debates políticos em países europeus e nos EUA, onde crescem o nacionalismo e a rejeição aos refugiados. A crise humanitária causada por inúmeros conflitos armados é agravada por uma crise migratória, caracterizada pela construção de muros e pela aprovação de normas que restringem o acesso dos refugiados ao reconhecimento do seu *status*. A situação preocupa a sociedade internacional, pois o número de pessoas deslocadas já alcança 82,4 milhões¹, número que supera o da população francesa.

Ao longo da história da humanidade, a migração tem-se configurado como uma ação coletiva que ocorre a partir de mudanças socioeconômicas e políticas que afetam comunidades e sociedades tanto nos países de origem quanto nos países de destino (HASS; CASTLES; MILLER, 2020, p. 42) – tais como, de um lado, desemprego², discriminação de gênero, conflitos armados, crise climática e pobreza e, de outro (nos países industrializados), oportunidades de emprego, melhores salá-

¹ Dos 82,4 milhões de pessoas deslocadas, 48 milhões compõem os chamados *deslocados internos*, 20,7 milhões são refugiados, 5,7 milhões são refugiados palestinos, 4,1 milhões são solicitantes de refúgio e 3,9 milhões são venezuelanos (FIGURES..., c2022; REFUGEE..., c2022). Os deslocados internos são os que, ao fugirem de situações semelhantes às vividas por refugiados ou de situações como desastres ambientais, violações de direitos humanos e pobreza, migram dentro dos seus próprios países para locais mais seguros (FERRIS; DONATO, 2020, p. 5).

² O desemprego tem assumido uma dimensão tão ampla que passou a ser reconhecido pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) como uma crise global de emprego (*global job crisis*) (KAPUR, 2016, p. 30).

rios, infraestrutura avançada –, intensificando as ondas migratórias (GOODWIN-GILL; MCADAM, 2021, p. 668).

O acolhimento de elevado número de refugiados representa um desafio de ordem econômica, jurídica e social. Acolher migrantes oriundos de países distantes tende, por exemplo, a tensionar o sistema de saúde e de educação e a alimentar o senso de rejeição em segmentos significativos da população dos países de acolhimento (CALDWELL, 2010, p. 11). A situação foi agravada pela pandemia da Covid-19, criadora de um contexto em que refugiados corriam risco de vida por não manterem o distanciamento social, pois geralmente vivem em pequenos espaços partilhados com várias pessoas. Além disso, refugiados e migrantes são os primeiros a serem demitidos em momentos de crise, o que se agrava em circunstâncias como o *lockdown*, que os impossibilita também de realizar vendas como ambulantes (BUHEJI; MAVRIĆ; BEKA; YEIN, 2020, p. 71). Num contexto mais amplo, enquanto os países industrializados impõem crescentes restrições à imigração, países em desenvolvimento não têm meios para acolher adequadamente um número significativo de refugiados, agravando a crise humanitária e migratória (GUILD, 2010, p. 310).

A ratificação da Convenção de Genebra de 1951³ e a ampliação da sua dimensão de alcance pelo Protocolo de 1967⁴ são requisitos para todos os países que aspiram a pertencer à União Europeia; de sua elaboração participaram os

³ Optou-se pela denominação *Convenção de Genebra de 1951*, utilizada pela doutrina estrangeira, em vez da empregada pela doutrina brasileira, *Convenção da ONU relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951*.

⁴ Enquanto a Convenção de Genebra de 1951 restringia o conceito de *refugiado* às pessoas que deixaram seus países e determinado período e local (refugiados da Segunda Guerra Mundial na Europa), o Protocolo de 1967 estendeu o conceito ao deixar de impor limites temporais e geográficos (GILBERT, 2010, p. 332).

membros fundadores do bloco (GUILD, 2010, p. 309). Ainda assim, a Convenção de Genebra foi criada em outro momento histórico e teve como objetivo garantir proteção aos refugiados europeus fugidos do nazismo ou do comunismo (GIBNEY, 2006, p. 144).⁵

O *status* de refugiado não é *concedido* pelo Estado, mas simplesmente *reconhecido* por ele. Nos termos da Convenção de Genebra de 1951, uma pessoa já é refugiada quando preenche os requisitos contidos na definição legal, o que ocorre antes mesmo da determinação do *status* de refugiado pelo Estado. O reconhecimento do *status* de refugiado, por isso, não *torna* alguém um refugiado, mas *declara-o* refugiado. Ele não se torna refugiado por causa do reconhecimento: é reconhecido justamente porque é um refugiado (UNITED NATIONS, 2019, p. 17).

Ainda assim, definir quem é *refugiado* representa um desafio interpretativo. Quando uma ameaça é grave o suficiente para tornar alguém um *refugiado*? O que significa ter “fundado receio de perseguição”? Milícias e terroristas podem ser autores da ameaça, ou somente o Estado? Se uma pessoa for reconhecida como refugiada por um Estado, isso se reflete em outros? Uma pessoa reconhecida como refugiada pode retornar ao país de origem para verificar como está a situação? Ou isso implicaria desistência do *status* de refugiado? E o que acontece quando o Estado anfitrião alega que a ameaça deixou de existir no país de origem do refugiado?

As questões acima foram objeto de análise teórica na segunda seção e de interpretação

⁵ Gibney (2006, p. 144) explica que os refugiados naquele período não apenas poderiam ser integrados de maneira relativamente fácil na Europa Ocidental, ávida por mão de obra semiqualficada, mas também o seu desejo de refúgio fornecia evidências ideológicas muito necessárias da superioridade da democracia liberal ocidental sobre o comunismo, num processo chamado *vote with your feet* (“votar com os seus pés”).

em dois casos levados a julgamento nas Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos, os quais serão tratados na terceira seção do trabalho.

Além dessas questões, busca-se verificar se a interpretação do conceito de *refugiado* e do direito de não ser enviado de volta (princípio do *non-refoulement*) são semelhantes em ambas as Cortes, demonstrando uma unidade interpretativa da Convenção de Genebra de 1951, e se o conceito de *refugiado* é suficientemente claro e abrangente para garantir a proteção das pessoas cuja vida está em risco em seus países de origem. Última questão: é indispensável uma reforma da Convenção de Genebra de 1951 e do seu Protocolo de 1967 diante das atuais crises humanitária e migratória?

2 Reconhecimento jurídico do status de refugiado e princípio do *non-refoulement*

Além do Direito Internacional de abrangência global, existe um Direito Internacional de abrangência específica, chamado Direito Internacional Regional, que abrange apenas parte dos sujeitos do Direito Internacional em determinada área geográfica (VITZTHUM; PROELß, 2013, p. 9).

Com efeito, existem convenções internacionais regionais para regular a proteção dos direitos humanos de sujeitos pertencentes a regiões distintas: a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos, a Carta Árabe de Direitos Humanos e a Convenção Europeia de Direitos Humanos (HERDEGEN, 2012, p. 370).

Nesta seção, analisam-se tanto os tratados internacionais de abrangência universal sobre a temática dos refugiados, destacando-se a Convenção de Genebra de 1951 e o Protocolo

de 1967, quanto os tratados de aplicação regional na Europa. A Convenção Americana será analisada na terceira seção.

2.1 Requisitos para o reconhecimento jurídico da condição de refugiado e a necessidade ou não de reforma do atual conceito legal de *refugiado* na Convenção de Genebra de 1951 e no Protocolo de 1967

Existem diferentes convenções internacionais que preveem proteção dos refugiados, e a principal delas é a Convenção de Genebra de 1951, que entrou em vigor em 1954 e teve o mérito de definir o conceito de *refugiado* e de estabelecer para ele um padrão mínimo de direitos (AUST, 2005, p. 188).

Aprovada no contexto do pós-guerra, ela considerou as especificidades dos refugiados como pessoas que estão fora dos seus países de origem e em risco de perseguição por motivo político, racial, religioso, de nacionalidade ou de pertencimento a determinado grupo social (NAÇÕES UNIDAS, [1951]). Essa perseguição relaciona-se a graves violações de direitos humanos, em especial ameaças à vida e à liberdade, tais como tortura, detenção arbitrária, sequestro e homicídio de familiares, atentados, perseguição arbitrária e outros sérios males (EDWARDS, 2018, p. 545).

Piovesan (2003, p. 121) explica que

refugiada é a pessoa que não só não é respeitada pelo Estado ao qual pertence como também é esse Estado quem a persegue, ou não pode protegê-la quando ela estiver sendo perseguida. Essa é a suposição dramática que dá origem ao refúgio, fazendo com que a posição do solicitante de refúgio seja absolutamente distinta da do estrangeiro normal.

A perseguição também justifica a concessão de refúgio, quando é praticada por grupos pa-

ramilitares, milícias ou grupos terroristas num contexto em que o Estado não consiga garantir ao indivíduo a devida proteção (AUST, 2005, p. 192).

A Declaração de Cartagena de 1984, aplicada apenas no âmbito da América Latina, ampliou o conceito de *refugiado* para alcançar quem tenha fugido de seu país porque sua vida, segurança ou liberdade foram ameaçadas pela violência generalizada e pela violação massiva dos direitos humanos (MURILLO GONZÁLEZ, 2010, p. 53).

O conceito legal de *refugiado* não é aplicado a pessoas contra as quais haja fundadas suspeitas de que tenham praticado crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio. Elas não têm direito à proteção concedida a refugiados (EDWARDS, 2018, p. 541).

O conceito de *refugiado* previsto na Convenção, entretanto, apresenta algumas restrições que precisam ser analisadas à luz da atual “crise dos refugiados” (LAVENEX, 2018, p. 1.195) ou “crise de solidariedade” (CHETAIL, 2016, p. 585).⁶ Em seu art. 1º afirma-se que refugiado “é aquele que se encontra fora do seu país de nacionalidade”, exigindo, assim, que o solicitante de refúgio ingresse no país onde pretende se refugiar. Isso tem acarretado graves riscos à vida, pois na maioria das vezes o refugiado não é autorizado a ingressar legalmente nos países de destino, que exigem vistos (EDWARDS, 2018, p. 539; NAÇÕES UNIDAS, [1951]) desde o embarque nos países de origem⁷, especialmente

⁶ Para Carlier, Crépeau e Purkey (2020, p. 68-69), a União Europeia teria condições territoriais e econômicas de integrar milhões de refugiados se escolhesse mobilizar-se em torno desse objetivo. Assim, segundo os autores, trata-se de uma crise de solidariedade, de vontade política, e não de capacidade de acolhimento. Eles entendem que a atual política migratória deveria ser alterada em prol de uma política de acolhimento de refugiados e migrantes, evitando que a União Europeia siga desperdiçando volumes elevados de recursos públicos com o objetivo de proteger-se deles.

⁷ Os Estados têm o direito de regular as entradas nos seus territórios por meio do regime de vistos, o que não é uma violação do Direito Internacional, mas reflete-se de forma prejudicial no princípio do *non-refoulement*, pois

de quem sai de países em crise, como a Síria, o Afeganistão, o Iraque e a Líbia (PEERS, 2017, p. 797).

A restrição prevista no art. 1º deve-se aos objetivos históricos do documento. Ele não foi concebido para aliviar o sofrimento de pessoas forçadas a deixar seus países de origem, mas para garantir *status* jurídico a um grupo específico de europeus que já se encontravam fora dos seus países de origem (após as perseguições do regime nazista) e que não estavam recebendo documentação e acesso aos direitos sociais de forma satisfatória nos países onde se encontravam. Além disso, o reconhecimento jurídico como refugiado foi previsto com caráter temporário, enquanto eles não obtivessem a naturalização nos países onde estavam e pretendiam permanecer (HATHAWAY; FOSTER, 2014, p. 17).

Passados mais de 70 anos, a Convenção de Genebra de 1951 ainda prevê essa restrição que supervaloriza o papel das fronteiras estatais ao definir quem pode ser reconhecido como refugiado (HAILBRONNER; THYM, 2016, p. 754). Tal restrição tem provocado incontáveis óbitos de pessoas que se veem forçadas a embarcar em botes superlotados no continente africano, viajando por longas horas para tentar chegar à costa da Itália ou da Grécia e poder solicitar o *status* de refugiado. Além disso, trata-se de uma restrição que estimula a criação e a manutenção de redes de crime organizado, em que *coiotes* realizam práticas como contrabando e tráfico de pessoas (KAPUR, 2016, p. 33).⁸

impede pessoas ameaçadas de conseguirem o reconhecimento do *status* de refugiado, mantendo-as no local onde sofrem perseguição. Por outro lado, é dificilmente acolhida a solicitação de visto no consulado de um Estado-membro da União Europeia sob a alegação de necessidade de refúgio (GILBERT, 2010, p. 340).

⁸ A migração clandestina leva à estigmatização dos migrantes, deixando-os ilegítimos e vulneráveis à exploração, ampliando o risco do tráfico de pessoas, principal indicativo de que a política de migração não está adequada (KAPUR, 2016, p. 33).

Enquanto essa restrição permanecer no conceito de *refugiado* e houver diferenças nas condições de vida entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, pessoas continuarão a pôr suas vidas em risco (BAUMAN, 2016, p. 7), como ocorre diariamente com refugiados e migrantes que se escondem nos chassis de caminhões na cidade francesa de Calais para tentar cruzar o Canal da Mancha e ingressar no Reino Unido em busca de refúgio e trabalho. Tal restrição cria também a discriminação de crianças e idosos, que têm dificuldade ainda maior para alcançar o local de refúgio.

Além disso, na Convenção o refugiado não encontra proteção para o período em que está em trânsito para o país de destino. A ele não é oferecido um visto humanitário de trânsito que garanta sua entrada no país onde solicitará o refúgio (HAILBRONNER; THYM, 2016, p. 754). Isso tem feito aumentar o número de solicitações de proteção aos refugiados em trânsito com base em outros tratados de direitos humanos, utilizados para preencher a omissão (EDWARDS, 2018, p. 543).

Ela também não protege os chamados *migrantes ambientais*, obrigados a deixar seus lares por problemas relativos ao meio ambiente, que afetam tanto pessoas que vivem em locais onde a água e os alimentos não são seguros para o consumo devido à poluição, quanto ilhas que estão desaparecendo devido ao degelo das camadas polares e territórios que têm sofrido com o fenômeno da desertificação (TÜRK; CORLISS; RIERA; LIPPMAN; HANSEN; EGZIABHER; FRANCK; DEKROUT; KUROIWA, 2015, p. 4).

Pessoas que sofrem discriminação e violência de gênero tampouco estão amparadas pelo restrito conceito de refugiado contido na Convenção de Genebra de 1951 (EDWARDS, 2018, p. 546). Isso faz com que, perseguidas por motivo de gênero, não encontrem um caminho administrativo para o reconhecimento do *status*

de refugiado (GILBERT; RÜSCH, 2018, p. 820), tornando-se necessário o recurso à via judicial.

A punição do adultério feminino, o casamento forçado de meninas, a vedação de acesso à educação e ao trabalho, a mutilação genital e a violência doméstica estão entre as violências de gênero não incluídas no atual conceito de *refugiado* (ARGENTA, 2020, p. 291). No caso *Shahanna Islam and Syeda Shah v. State for the Home Department* (1999), por exemplo, foi necessário um recurso à Câmara dos Lordes do Reino Unido para que fosse reconhecido o *status* de refugiadas a duas paquistanesas expulsas de casa após terem sofrido grave violência doméstica e falsas acusações de adultério (GILBERT; RÜSCH, 2018, p. 820).

Finalmente, enquanto persistir o abismo entre a qualidade de vida dos países desenvolvidos do norte e a dos países “em desenvolvimento” do sul, continuará a aumentar o número de migrantes (BAUMAN, 2016, p. 7).⁹ O caos vivido hoje na Venezuela, por exemplo, resulta em enorme violação de direitos humanos, mas tal situação por si só não confere o *status* de refugiado nos termos da Convenção de Genebra, o que tem gerado o ingresso clandestino de migrantes nos países de destino, onde passam a viver ilegalmente e tornam-se alvo do tráfico de pessoas.

Na Europa, no âmbito dos países do espaço Schengen¹⁰, destaca-se a necessidade de alteração das normas da Convenção de Dublin (Dublin I de

⁹De acordo com um recente relatório da Oxfam, 26 pessoas possuem hoje o equivalente à riqueza de metade da população mundial (CHOMSKY; POLYCHRONIOU, 2021, p. 212).

¹⁰O espaço Schengen teve início em 1985, quando cinco Estados-membros da União Europeia decidiram abolir os controles internos de fronteira. Hoje o espaço Schengen é constituído por 26 países europeus (dos quais 22 são Estados-membros da União Europeia). Os 26 países são: Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Eslováquia, Eslovênia, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Hungria, Itália, Islândia, Letônia, Liechtenstein, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Noruega, Polónia, Portugal, República Tcheca, Suécia e Suíça (EUROPEAN UNION, [2019?], p. 3-4).

1990, Dublin II de 2003¹¹ e Dublin III de 2013), que adotam o princípio do *One-State-Only* com o objetivo de impedir os denominados *Refugee in Orbit* e *Asylum-Shopping* (MÜLLER, 2010, p. 121). Em outras palavras, a Convenção exige ao solicitante de refúgio que apresente a solicitação no primeiro país do espaço Schengen a que chegar, ou seja, no país de ingresso, ficando vedadas posteriores solicitações de refúgio, de país em país (até que algum aceite) e a escolha do melhor país para solicitar refúgio (*Asylum-Shopping*) (HATHAWAY; FOSTER, 2014, p. 36).

Além disso, a Convenção de Dublin prevê que, se um Estado-membro indeferir o pedido de reconhecimento do *status* de refugiado, essa decisão terá validade e efeito em todos os seus Estados-membros (BYRNE; NOLL; VEDSTED-HANSEN, 2010, p. 367).¹² Se, por outro lado, um Estado-membro reconhecer o *status* de refugiado de uma pessoa, isso não conferirá a ela o direito de viver e trabalhar em outros Estados-membros, estando restrita ao Estado em que foi conferido o reconhecimento, o que representa uma exceção à regra de livre circulação de pessoas (GUILD, 2010, p. 315).¹³

Alterações na Convenção de Dublin tornaram-se particularmente necessárias a partir de 2015, com a entrada massiva de migrantes na Europa (PFLUCK, 2020, p. 184). A tensão

tornou-se tão elevada que forçou a adoção de regras emergenciais, pois havia uma concentração de solicitantes de refúgio na Itália e na Grécia (CHETAIL, 2016, p. 586),¹⁴ países de chegada de inúmeras embarcações com migrantes e refugiados provenientes do continente africano. Essas regras emergenciais tiveram como objetivo realocar inúmeros refugiados da Itália e da Grécia em outros países do bloco (PEERS, 2017, p. 809).

2.2 Deportação e expulsão de requerentes de refúgio frente ao princípio do *non-refoulement*

A jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos tem reconhecido o princípio do *non-refoulement* como a restrição mais importante sobre o direito dos Estados de retirar estrangeiros compulsoriamente dos seus territórios (HATHAWAY; FOSTER, 2014, p. 38). O princípio do *non-refoulement*, previsto no art. 33 (1) da Convenção de Genebra de 1951, proíbe o envio do refugiado, ou mesmo do solicitante de refúgio, de volta ao país de origem, onde sofreria ameaça à vida ou à liberdade, ou para um terceiro Estado, onde sofreria as mesmas ameaças (AUST, 2005, p. 193; NAÇÕES UNIDAS, [1951]).

O *non-refoulement* também é um costume e, como tal, protege qualquer pessoa cuja vida ou liberdade esteja ameaçada. Tradicionalmente, aquele artigo tem sido interpretado em conjunto com o art. 3º da Convenção da ONU sobre Tortura e com o art. 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (NAÇÕES UNIDAS, 1991; CONSELHO DA EUROPA, [2013]). Com isso, o envio de qualquer pessoa (refugiada ou não) para um local onde ela enfrentaria tortura, tratamento

¹¹ A primeira Convenção de Dublin foi substituída em 2003 pela Regulamentação 343/2002 do Conselho da União Europeia, conhecida como Dublin II, a qual prevê penas altas para as empresas aéreas e fluviais que transportarem pessoas sem documentos para Estados-membros da União Europeia (GILBERT, 2010, p. 339).

¹² Essas alterações previstas na Convenção de Dublin refletiram a ampliação de um fenômeno sub-regional (principalmente com base em acordos bilaterais) que entre 1990 e 1999 gradualmente disseminou políticas como a do “terceiro país seguro” ou *offshore processing* e os procedimentos para tratar de pedidos manifestamente infundados. No plano sub-regional, foram gradualmente acolhidos pela legislação da União Europeia (BYRNE; NOLL; VEDSTED-HANSEN, 2010, p. 367).

¹³ Sobre a livre circulação de pessoas no Mercosul e na União Europeia, ver: Jaeger Junior (2000).

¹⁴ A Convenção de Dublin atribui a responsabilidade por receber o pedido de refúgio e por providenciar acolhimento durante o processo como uma punição ao país que permitir a chegada e a entrada dos refugiados no seu território (GUILD, 2010, p. 316).

desumano ou degradante representa uma violação do Direito Internacional (GILBERT, 2010, p. 334).

Em 2012, a Corte Europeia de Direitos Humanos aplicou o princípio do *non-refoulement* ao julgar o caso *Hirsi (e outros) contra a Itália*, movido por 11 nacionais da Somália e 13 da Eritreia. A Corte entendeu que a prática italiana de *push back* (rejeitar) a embarcação em que estavam os solicitantes de refúgio violou a legislação e o princípio do *non-refoulement* (EDWARDS, 2018, p. 547).

Ainda assim, a vedação ao *refoulement* não se aplica quando houver fundadas razões para acreditar que determinado refugiado represente risco à segurança do Estado ou que, tendo sido antes condenado por crime particularmente sério, constitua um perigo para a comunidade daquele Estado nos termos do art. 33 (2) da Convenção de Genebra de 1951 (NAÇÕES UNIDAS, [1951]). Essas são as hipóteses que autorizariam a expulsão de um refugiado, em exceção ao princípio do *non-refoulement*, desde que seja observado o devido processo legal, conforme estabelece o art. 32 (AUST, 2005, p. 194). O art. 33 (2) utiliza o termo *expulsão*, que difere de *deportação*: a expulsão implica a retirada compulsória de quem tenha sido condenado pelo cometimento de crime¹⁵; na deportação, a retirada compulsória é dirigida ao estrangeiro em situação irregular, ou seja, a quem tenha ingressado clandestinamente no território de um país (sem se apresentar no setor de migração), a quem tenha excedido o prazo de estada autorizado pelas autoridades migratórias ou a quem tenha realizado atividade para a qual não estava autorizado, tal como trabalhar estando na condição de turista.

¹⁵ Com base no princípio do *non-refoulement*, a expulsão precisa respeitar o devido processo legal, assegurando-se também ao requerente de refúgio tempo para solicitar admissão em outro Estado (AUST, 2005, p. 194).

Excetuadas as circunstâncias em que o refugiado tiver cometido crime, o mecanismo adequado para sua retirada compulsória do país onde solicitou refúgio não será a expulsão, mas a deportação. Dessa forma, supondo que um solicitante de refúgio, ao final do processo, não obtenha o reconhecimento do *status* de refugiado, entende-se que o mecanismo adequado para sua retirada seja a deportação; ainda assim, em decorrência do princípio do *non-refoulement*, ela deve ocorrer para um terceiro Estado sempre que o solicitante corra risco de vida no retorno ao país de origem.

3 Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos e suas posições em *key cases* envolvendo reconhecimento do *status* de refugiado e alegação de violação do princípio do *non-refoulement*

Os temas tratados na seção anterior serão aqui retomados. Uma metodologia comparativa será utilizada com base em julgados de casos em que houve alegação de violação do princípio do *non-refoulement* perante a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Com fundamento no estudo, buscar-se-á identificar semelhanças e diferenças na aplicação do conceito legal de *refugiado* e do princípio do *non-refoulement* e se eles se mostram suficientemente amplos para garantir proteção aos refugiados.

Para a realização do estudo comparativo foram selecionados dois julgados publicados pelas próprias Cortes. O primeiro a ser analisado será o caso *J. K. e outros contra o Reino da Suécia* (inscrição nº 59166/12), julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em 23/8/2016 (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2016). E o segundo será o caso *Família Pacheco*

Tineo contra o Estado Plurinacional da Bolívia (caso 12.474 – série C nº 272), julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 25/11/2013 (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2013).¹⁶ Os comentários aos casos serão apresentados nas notas de rodapé e o estudo comparativo será realizado no subitem 3.3.

3.1 O caso *J. K. e outros contra o Reino da Suécia*

Para garantir o cumprimento da Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1951, os Estados-partes do Conselho da Europa criaram em 1959 a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). Ela decide sobre as queixas individuais e estatais em caso de violação dos direitos humanos reconhecidos na Convenção. Os acórdãos da Corte são vinculativos para os Estados em causa e devem ser respeitados e executados (LAMBERT, 2010, p. 384).¹⁷

De acordo com o art. 34 da Convenção, pessoas de quaisquer países – inclusive as oriundas de Estados que não a tenham assinado – podem levar seus casos perante tribunais internacionais se um signatário da Convenção violar seus direitos humanos (GILIBERTI, 2012, p. 150; CONSELHO DA EUROPA, [2013]).

Utilizando-se da prerrogativa daquele artigo, o senhor J. K. (nascido em 1964), sua esposa (nascida em 1965) e seu filho (nascido em 2000), todos iraquianos, apresentaram suas queixas à Corte Europeia de Direitos Humanos contra o Reino da Suécia para impedir a deportação da família, após a negativa de reconhecimento do *status* de refugiado aos solicitantes (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2016).

O caso iniciou-se em 25/8/2011, quando o primeiro requerente, J. K., seguido pela esposa e pelo filho, solicitaram o reconhecimento de refúgio perante a *Migrationsverket*, a agência de migração sueca. Os requerentes fundamentaram seus pedidos de refúgio com base em perseguição de ordem política pelo fato de J. K., entre a década de 1990 e o ano de 2008, ter administrado suas empresas de construção e de transporte, prestando serviços exclusivamente para os norte-americanos da base *Victoria Camp*, localizada em Bagdá (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2016).

¹⁶ A abordagem dos casos terá por fundamento as informações obtidas em julgados publicados pela Corte Europeia e pela Corte Interamericana, de modo que excertos de julgados de ambas as Cortes transcritos em dado parágrafo não se repitam nos demais. Sempre que utilizados, os comentários de autores serão devidamente citados.

¹⁷ No âmbito europeu já é tradicional o chamado *diálogo judicial tridimensional* (*three dimensional judicial dialogue*), caracterizado pela utilização recíproca de jurisprudência, que ocorre entre juízes nacionais e juízes europeus (do Tribunal de Justiça da União Europeia e da Corte Europeia de Direitos Humanos); entre juízes europeus do Tribunal de Justiça da União Europeia e da Corte Europeia de Direitos Humanos; e entre juízes dos diferentes Estados-membros (LAMBERT, 2010, p. 384).

Nos pedidos alegaram que, em decorrência dos serviços prestados, J. K. e seus funcionários teriam sido ameaçados por membros da rede al-Qaeda.¹⁸ Posteriormente, as ameaças transformaram-se em ferimentos graves do primeiro solicitante após tentativa de homicídio em 2004, sequestro de um irmão em 2005, preparação de atentado a bomba contra a casa dos solicitantes em 2006 e disparos contra o veículo da família em 2008, com a morte de uma filha do primeiro solicitante (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2016).

Os três solicitantes foram ouvidos pela agência de migração sueca em 26/9/2011. Em 22/11/2011, ela rejeitou os pedidos de refúgio e determinou a deportação dos três sob os argumentos de que J. K. já não prestava mais serviços ao exército norte-americano desde 2008 e de que a situação do Iraque se alterara: a polícia iraquiana tomara uma série de medidas para combater as conexões com as milícias e com os grupos terroristas, não havendo fundamentos suficientes para demonstrar a existência de ameaça à vida dos solicitantes que justificasse a concessão de refúgio (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2016).¹⁹

A agência alegou que informações atualizadas sobre o Iraque comprovavam que se tornara mais difícil para a al-Qaeda operar livremente no país e que havia ocorrido um declínio acentuado na violência sectária. Sustentou também que a segunda solicitante e o terceiro solicitante viveram no Iraque até setembro de 2011, o que demonstraria que o retorno ao Iraque não representava ameaça à vida da família. Com base nesses argumentos, em 22/11/2011 determinou a deportação dos três solicitantes de refúgio (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2016).²⁰

¹⁸ A maioria dos Estados segue o entendimento do Alto Comissariado das Nações Unidas de que, dependendo das circunstâncias, a perseguição praticada por agentes não estatais também justifica a concessão de refúgio, principalmente se as autoridades policiais não querem ou não conseguem conter os atos de grupos paramilitares ou terroristas (AUST, 2005, p. 192).

¹⁹ No presente caso, os requerentes sofreram atentados por motivo político, o que não foi contestado pela agência de migração; além disso, encontravam-se fora do país de sua nacionalidade (Iraque) e as autoridades locais não tinham condições de lhes garantir proteção, o que fica claro pelo número de atentados à vida sofridos pelos requerentes. Ainda assim, a agência alegou que a situação no Iraque mudara e que a família obteria proteção das autoridades policiais. O caso envolve a interpretação do art. 1º da Convenção de Genebra de 1951, segundo a qual refugiado é quem, temendo perseguição “por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele” (NAÇÕES UNIDAS, [1951], p. 2).

²⁰ A alegação de que a família estaria segura no Iraque teria sido obtida com base em meros contatos da agência de migração com as autoridades policiais iraquianas, sem o cuidado de verificar detalhadamente os relatórios sobre a situação do Iraque, o que foi realizado pela Corte Europeia de Direitos Humanos (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2016). O descaso com o direito à vida das autoridades migratórias pode ter relação com um fenômeno explicado por Müller (2010, p. 12-13). A autora explica que houve uma mudança na política de acolhimento de refugiados nas últimas décadas nos Estados-membros da

Eles, então, apelaram à *Migrationsdomstolen*, a Corte de Migração sueca, insurgindo-se contra o julgamento da agência de migração com o argumento (novo)²¹ de que, conforme o testemunho escrito de um vizinho, em 10/9/2011 um grupo de homens armados e encapuzados teria ido à casa dos solicitantes e perguntado à vizinhança onde eles se encontravam. Dois dias mais tarde, o grupo teria atado fogo e destruído a casa dos solicitantes (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2016).

Em 23/4/2012, a Corte de Migração negou provimento ao recurso, mantendo a decisão da agência de migração sob o argumento de que a situação do Iraque não era tão grave que suscitasse a concessão automática do refúgio, de forma que os solicitantes deveriam comprovar a existência de perseguição com ameaça às suas vidas. A Corte entendeu que os eventos de ameaça à vida tinham ocorrido num passado distante e que seria difícil entender que ainda houvesse fundamentos para perseguição, visto que desde 2008 o primeiro solicitante já não mais prestava serviços aos militares do exército dos EUA (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2016).²² Além disso, a Corte de Migração sustentou que, se ocorresse algum incidente, seria muito provável que os solicitantes obtivessem assistência das autoridades policiais iraquianas.²³ Sobre o fato novo apresentado pelos solicitantes – o de que homens armados e encapuzados teriam atado fogo e destruído a sua casa –, a Corte de Migração negou-se a acolher o argumento, sustentando não ser possível introduzir fatos novos em fase recursal e que o fato deveria ter sido alegado desde o início do processo (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2016).²⁴

Diante do desprovimento do recurso, os requerentes viram-se forçados a encaminhar o caso à Corte Europeia de Direitos Humanos ainda

União Europeia e que tal mudança se reflete sobre a forma como as agências de migração interpretam a Convenção de Genebra de 1951, assumindo uma posição mais restritiva e menos concessiva de reconhecimentos do *status* de refugiado.

²¹ Gilbert (2010, p. 346) explica que, devido ao trauma pessoal dos solicitantes, causado pela perseguição sofrida e pela fuga, é comum que eles transmitam novas informações de forma gradual ao longo do processo, na medida em que aumente a sua confiança nos agentes ou a necessidade de detalhes.

²² O argumento da Corte vai ao encontro do disposto no art. 1º, C. 5), da Convenção de Genebra de 1951: “C. Esta Convenção cessará, nos casos abaixo, de ser aplicável a qualquer pessoa compreendida nos termos da seção A, acima: [...] 5) se, por terem deixado de existir as circunstâncias em consequência das quais foi reconhecida como refugiada, ela não pode mais continuar a recusar valer-se da proteção do país de que é nacional” (NAÇÕES UNIDAS, [1951]). Porém, a doutrina explica que a mudança nas circunstâncias do Estado de origem tem que ser expressiva para justificar a não aplicação da Convenção e que tal alteração precisa estar demonstrada em relatórios confiáveis (HATHAWAY; FOSTER, 2014, p. 119).

²³ Lambert (2010, p. 401) explica que a Corte de Migração sueca tem sido criticada por ser muito rígida e politizada nas suas decisões, não devendo ocorrer deportação para o país de origem quando houver dúvidas sobre a sua segurança.

²⁴ Sobre a credibilidade dos fatos novos, a doutrina entende que, se há no processo provas iniciais de que o solicitante sofreu graves ameaças à vida e à liberdade no país de origem, deve-se considerar que há motivos para acreditar que o solicitante tenha fundado receio ou real risco de sofrer sérios danos (GILBERT, 2010, p. 347).

em 2012, com o objetivo de suspender a deportação ordenada pela agência de migração. Perante ela, os solicitantes argumentaram que a deportação representaria uma violação do princípio do *non-refoulement*, o qual consagra que ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2016).²⁵

Segundo os solicitantes, o retorno ao Iraque implicaria a violação daquele art. 3º na medida em que as autoridades policiais iraquianas não teriam condições de garantir-lhes proteção frente ao grupo terrorista al-Qaeda. Alegaram que, de acordo com o art. 4º da Diretiva 2004/83/CE²⁶ do Conselho da União Europeia, o fato de o primeiro solicitante já ter sido perseguido é sério indício de fundado receio: o de que será perseguido novamente e de que há risco real de sofrer ofensa grave, a menos que haja motivos suficientes para considerar que essa perseguição ou ofensa grave não se repetirá (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2016; UNIÃO EUROPEIA, 2004).²⁷

O Reino da Suécia, por sua vez, sustentou que seria difícil compreender por que ainda haveria ameaça se o primeiro requerente não demonstrou que sua vida continuava em risco no Iraque, ônus que lhe incumbia segundo o art. 4º (1) da Diretiva 2004/83/CE:

Artigo 4º Apreciação dos factos e circunstâncias 1. Os Estados-Membros podem considerar que incumbe ao requerente apresentar o mais rapidamente possível todos os elementos necessários para justificar o pedido de

²⁵ O princípio do *non-refoulement*, previsto no art. 33 (1), proíbe que o Estado signatário retire compulsoriamente do seu território pessoas que terão sua vida ou liberdade ameaçadas no local para onde serão levadas. Assim, o envio pela Suécia dos solicitantes de volta para o Iraque representaria uma violação daquele dispositivo, exceto se a ameaça à vida ou à liberdade não mais existissem, o que deve ser analisado com o máximo cuidado pelas autoridades suecas; e, se houver dúvidas, as autoridades devem optar pela garantia da vida dos solicitantes, assegurando-lhes o refúgio. “Art. 33 – Proibição de expulsão ou de rechaço. 1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas” (NAÇÕES UNIDAS, [1951], p. 15-16).

²⁶ A Diretiva 2004/83/CE fornece interpretação do conceito de *refugiado* para sua aplicação no âmbito da União Europeia (GUILD, 2010, p. 321).

²⁷ Essa diretiva orienta a interpretação das autoridades a não assumir riscos com a vida de solicitantes de refúgio. Caso os requerentes já tenham tido suas vidas gravemente ameaçadas (como ocorreu no caso) somente podem ser enviados de volta ao país de origem se houver “motivos sérios para considerar que essa perseguição ou ofensa grave não se repetirá”. No presente caso, essa certeza não se pode obter mediante simples contato com as autoridades policiais iraquianas, mas por meio de relatórios de instituições com credibilidade sobre a situação no Iraque, conforme faz a Corte Europeia de Direitos Humanos. Na Diretiva 2004/83/CE, dispõe-se: “Artigo 4º [...] (4). O facto de o requerente já ter sido perseguido ou directamente ameaçado de perseguição, ou ter sofrido ou sido directamente ameaçado de ofensa grave, constitui um indício sério do receio fundado do requerente de ser perseguido ou do risco real de sofrer ofensa grave, a menos que haja motivos sérios para considerar que essa perseguição ou ofensa grave não se repetirá” (UNIÃO EUROPEIA, 2004, p. 15).

proteção internacional. Incumbe ao Estado-Membro apreciar, em cooperação com o requerente, os elementos pertinentes do pedido (UNIÃO EUROPEIA, 2004, p. 15).

De fato, o artigo dispõe que o ônus da prova (*burden of proof*) é do solicitante; porém, ao final, acrescenta que “incumbe ao Estado-Membro apreciar, em cooperação com o requerente, os elementos pertinentes do pedido”. Essa cooperação implica o dever do Estado-membro de indicar ao solicitante o que ainda precisa ser provado para que se aceite a solicitação (HATHAWAY; FOSTER, 2014, p. 119).²⁸ Por fim, a ré sustentou que o primeiro solicitante tinha uma filha casada que vivia no Iraque, que nem todas as regiões do Iraque eram inseguras e que as autoridades policiais iraquianas estavam dispostas a oferecer a proteção necessária.

Em 23/8/2016, a Grande Câmara da Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu que a família de J. K. correria grave risco de vida ao retornar ao Iraque, como ficara evidente na análise de relatórios de inteligência da ONU, dos EUA e do Reino Unido – relatórios extensos que integraram o julgado –, os quais demonstraram de forma inequívoca que a situação do Iraque continuava perigosa para pessoas com o perfil dos solicitantes e que a confiabilidade da polícia iraquiana era baixa em função da corrupção (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2016).

Quanto ao argumento do Reino da Suécia – o de que caberia aos solicitantes o ônus da prova de ameaça à vida e à liberdade –, a Corte ressaltou que o art. 4º (1) da Diretiva dispõe que incumbe ao Estado-membro atuar em cooperação com os solicitantes. Nesse sentido, as autoridades suecas deviam ter indicado que provas julgavam ainda necessárias para a concessão de refúgio, em vez de apenas alegar a inexistência de provas suficientes de que os solicitantes continuavam a correr aquele risco (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2016).

Por dez votos a sete, a Grande Câmara sustentou que, se concretizada a ordem de deportação dos requerentes para o Iraque, o ato representaria uma violação do art. 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos e considerou, por quinze votos a dois, que a conclusão da Corte a respeito do art. 3º era por si só suficiente e justa para qualquer dano imaterial sofrido pelos requerentes, não sendo cabível indenização por danos morais. A Corte, entretanto, condenou o Reino da Suécia a indenizar a família no montante de dez mil euros para cobrir os custos processuais (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2016).

²⁸ A cooperação justifica-se, pois na maioria das vezes os solicitantes encaminham o pedido sem assistência de advogados, sem proficiência da língua, sem conhecimento jurídico para apreciar quais fatos são relevantes para demonstrar fundado receio de perseguição e do risco à vida e à liberdade, ao passo que os agentes de migração têm mais condições para indicar as provas necessárias (HATHAWAY; FOSTER, 2014, p. 119).

O caso *J. K. (e outros) contra o Reino da Suécia* será retomado com novos comentários na seção 3.3 do trabalho, em que será analisado de forma comparativa com o julgado da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3.2 O caso *Família Pacheco Tineo contra o Estado Plurinacional da Bolívia*

No âmbito do continente americano, aplica-se a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, a qual previu a criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (BOLFER, 2011, p. 625). Diferentemente da Corte Europeia de Direitos Humanos, ela não recebe queixas individuais: somente os Estados e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos são sujeitos processuais com direito de submeter casos de violação à sua jurisdição (SEITENFUS, 2005, p. 267).

Quem quer fazer seu caso chegar à Corte Interamericana deve encaminhá-lo primeiramente à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que o analisará e poderá submetê-lo à Corte nos termos do art. 51 da Convenção Americana de Direitos Humanos (PIOVESAN, 2008, p. 244; ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, [1969]). Foi o que aconteceu no caso *Pacheco Tineo contra o Estado Plurinacional da Bolívia* (caso 12.474 – série C nº 272) (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2013).

O senhor Rumaldo Pacheco e sua esposa Fredesvina Tineo foram processados e detidos no Peru no início da década de 1990, por suspeita de cometimento do crime de terrorismo. Nesse período, o Peru estava sob o governo ditatorial de Alberto Fujimori. Após a absolvição em primeira instância e a liberação do casal em 1995, ambos fugiram com as duas filhas para a Bolívia, onde obtiveram da Comissão Nacional dos Refugiados (Conare) o reconhecimento do *status* de refugiados.

Em 1998, o casal e as filhas mudaram-se para o Chile, onde também foram reconhecidos como refugiados e tiveram mais um filho. Permaneceram no Chile até fevereiro de 2001, quando retornaram ao Peru (onde já se encerrara o regime de Fujimori) para verificar a possibilidade jurídica de retornar definitivamente sem sofrer perseguições e verificar as condições do mercado de trabalho (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2013).

No Peru, foram comunicados por seu advogado de que havia um mandado de prisão contra eles, decorrente de reforma da sentença que os havia absolvido. Temendo serem presos pela alfândega caso retornassem diretamente para o Chile por via aérea, a família optou por ingressar na Bolívia por via terrestre e sem passar pelo controle de fronteira – ou seja, de forma

irregular –, o que ocorreu em 19/2/2001 (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2013).

No dia seguinte, apresentaram-se às autoridades migratórias bolivianas do Servicio Nacional de Migración (Senamig) em La Paz, onde afirmaram sua condição de refugiados já reconhecida pelo Estado chileno, solicitando auxílio para o seu traslado para o Chile. Todavia, não apenas não obtiveram o auxílio solicitado como ainda foram considerados transgressores das normas migratórias, o que serviu como justificativa para a detenção da senhora Fredesvina Tineo (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2013).²⁹

A detenção foi revertida por *habeas corpus* no dia seguinte, mas em 23/2/2001 o promotor do distrito de La Paz emitiu um requerimento ao diretor do Senamig, solicitando a expulsão da família Pacheco Tineo, que foi imediatamente acolhido por meio da *Resolución n° 136/2001*, sob o argumento de que haviam transgredido normas migratórias (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2013).³⁰

O cumprimento da expulsão deu-se com a entrega do casal de refugiados às autoridades peruanas de forma sumária com o posterior cumprimento do mandado de prisão no Peru.³¹ Tais atos implicaram o afastamento das crianças dos seus pais, causando desespero na família. Somente em agosto de 2001, o casal pôde regressar ao Chile, e em 25/4/2002 o caso foi apresentado perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de onde seguiu em 21/2/2012 (quase uma década mais tarde) para a Corte (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2013).

Ao encaminhar o caso à Corte, a Comissão requereu que fosse declarada a responsabilidade internacional do Estado da Bolívia pela violação do devido processo legal, do direito de apresentar solicitação de refúgio e do princípio do *non-refoulement*, reconhecidos nos arts. 8º, 22.7 e 22.8 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

²⁹ O fato de o casal não ter sido adequadamente ouvido em relação ao seu pedido de auxílio é uma violação da Convenção de Genebra de 1951, que garante o direito dos solicitantes de serem ouvidos e de terem assegurado o devido processo legal, proibindo-se sua expulsão sumária (AUST, 2005, p. 190).

³⁰ Nos termos da Convenção de Genebra de 1951, a entrada irregular não pode servir como justificativa para o não reconhecimento do *status* de refugiado ou para o envio compulsório do refugiado para o país onde sofre ameaças. A entrada irregular é, na maioria das vezes, a única forma de ingressar no país onde se pretende solicitar refúgio (GUILD, 2010, p. 316).

³¹ Aust (2005, p. 192) explica que, quando nega o reconhecimento de refúgio, o Estado não deve impedir que os solicitantes apresentem o pedido perante outro Estado, de forma a evitar a violação do princípio do *non-refoulement*. No caso em estudo, o casal inclusive já tinha o reconhecimento do *status* de refugiados conferido pelas autoridades chilenas, o qual foi confirmado pelo Consulado do Chile em La Paz. Ainda assim, as autoridades bolivianas decidiram entregar o casal às autoridades peruanas, em manifesta violação ao princípio do *non-refoulement*.

Conforme dispõe o art. 1º da Convenção,

[t]oda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, [1969]).

A Comissão entendeu que o processo de expulsão ocorrera de forma sumária, negando-se ao casal o direito de ser ouvido por um juiz, o que infringia o princípio do devido processo legal. O art. 22.7 da Convenção Americana, também mencionado pela Comissão, prevê que: “[t]oda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos”. E o art. 22.8 prevê o princípio do *non-refoulement* ao dispor que

[e]m nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, [1969]).³²

A Comissão Interamericana alegou também a violação do direito à proteção judicial e do direito à integridade física, mental e moral, proteção da família, reconhecidos nos arts. 25 e 5.1 da Convenção, bem como a violação da obrigação de proteção especial de crianças e adolescentes, reconhecida no art. 19. Além disso, a

³² O Estado da Bolívia violou o art. 22.8 da Convenção Americana de Direitos Humanos ao entregar o casal Pacheco Tineo a autoridades peruanas para o cumprimento de decisão de segundo grau decorrente de perseguição política relacionada ao período ditatorial do Peru, ignorando que já tinham sido reconhecidos pelo Chile como refugiados.

Comissão solicitou à Corte Interamericana que ordenasse à Bolívia a determinação de medidas de reparação constantes de seu Relatório (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2013).

A Bolívia defendeu-se argumentando que não houve violação do direito de acesso à justiça ou ao devido processo legal, pois a família chegou a impetrar um *habeas corpus*. Além disso, o Estado argumentou que havia razões suficientes para aplicar a cláusula de exclusão da Convenção de Genebra de 1951, pois o casal estava sendo processado por terrorismo³³ e que o mandado de prisão contra eles no Peru por si só não implicaria considerar que estivessem sofrendo perseguição (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2013).

Finalmente, alegaram que o princípio do *non-refoulement* não era aplicável, pois eles não tinham mais o *status* de refugiados no Chile e que tinham abdicado do *status* de refugiados no momento em que voluntariamente regressaram ao Peru.³⁴

³³ A exclusão alegada pela Bolívia encontra-se na seção F. c) do art. 1º da Convenção de Genebra, segundo a qual “[a]s disposições desta Convenção não serão aplicáveis às pessoas a respeito das quais houver razões sérias para pensar que: [...] c) elas se tornaram culpadas de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas” (NAÇÕES UNIDAS, [1951], p. 4). Entretanto, os solicitantes estavam sendo acusados de terrorismo durante o regime ditatorial de Alberto Fujimori, sabendo-se que essa é a denominação utilizada para opositores políticos, o que veio a ser confirmado pela sentença de primeiro grau que absolveu o casal daquele crime. Segundo Aust (2005, p. 193), questões envolvendo alegação de terrorismo precisam ser cuidadosamente investigadas pelo país que recebe o pedido de refúgio, o que claramente não ocorreu no caso.

³⁴ De fato, a Convenção de Genebra no seu art. 1º, C. 4) dispõe: “C. Esta Convenção cessará, nos casos abaixo, de ser aplicável a qualquer pessoa compreendida nos termos da seção A, acima: [...] 4) se se estabeleceu de novo, voluntariamente, no país que abandonou ou fora do qual permaneceu por medo de ser perseguido” (NAÇÕES UNIDAS, [1951], p. 3). Entretanto, esse dispositivo não devia ter sido aplicado ao caso, pois, conforme explica a doutrina, se a pessoa retornar ao país de origem para uma estada meramente temporária, sem se restabelecer e, depois, retornar ao país onde foi reconhecida como refugiada, isto não deve implicar a perda desse *status* (HATHAWAY; FOSTER, 2014, p. 474).

A Corte Interamericana, entretanto, condenou a Bolívia fundamentando que o reconhecimento da condição de refugiado por um Estado (Chile) vale para a proteção das pessoas reconhecidas fora das fronteiras desse Estado e que a Bolívia não garantiu o devido processo legal aos solicitantes de refúgio, que não foram ouvidos sobre as razões por que sofriam perseguição, sendo expulsos de forma sumária. Assim, a expulsão do casal pela Bolívia violara o princípio do *non-refoulement* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2013).

O Estado Plurinacional da Bolívia foi condenado a realizar publicações da sentença da Corte Interamericana sobre o caso em jornais de circulação nacional, a implementar programas de capacitação permanente dirigidos a funcionários da Direção Nacional de Migração e da Comissão Nacional para Refugiados, a indenizar cada uma das pessoas da família a título de dano material e imaterial, totalizando o valor de 35 mil dólares americanos (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2013). O Estado também foi condenado a apresentar à Corte Interamericana no prazo de um ano, contado a partir da notificação da sentença, um relatório sobre as medidas adotadas para o seu cumprimento.

3.3 Análise comparativa dos julgados das Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos

No âmbito do Direito Internacional dos Refugiados, o diálogo judicial transnacional tem sido fomentado pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (Acnur). Com apoio dos seus técnicos e de prestigiados pesquisadores da área, o Acnur tem auxiliado julgadores a garantir a unidade interpretativa da Convenção de Genebra de 1951. Desse modo, a cooperação entre a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos

tem sido especialmente prolífica (HATHAWAY; FOSTER, 2014, p. 4).

Uma questão crucial relativa à interpretação da Convenção de Genebra de 1951 é que ela seja realizada de boa-fé, do que decorrem dois aspectos: o intérprete deve buscar a efetivação da Convenção e, quando a Convenção possibilitar duas interpretações, deve-se utilizar a que viabilize sua efetivação diante da realidade social e do contexto legal contemporâneo (HATHAWAY; FOSTER, 2014, p. 6).

Nos julgados analisados, ainda que o conceito de *refugiado* na Convenção de Genebra de 1951 se componha de expressões bastante subjetivas, tais como “temor fundado de perseguição”, percebe-se que há esforço e seriedade dos julgadores de ambas as Cortes para garantir a efetivação da Convenção, seguindo uma interpretação que reconhece o *status* de refugiado dos solicitantes e aplica o princípio do *non-refoulement*.

Respeitadas as diferenças entre os casos estudados, quanto à fundamentação jurídica constata-se que a Corte Europeia de Direitos Humanos se utilizou de inúmeros relatórios para concluir que os solicitantes de refúgio correriam graves riscos se retornassem ao país de origem; em contrapartida, a Corte Interamericana de Direitos Humanos centrou seus argumentos no risco representado pelo não provimento do devido processo legal pelas autoridades migratórias, consubstanciado na expulsão sumária sem a oitiva dos solicitantes.

Em relação à análise probatória, enquanto a Corte Europeia enfatizou a importância da cooperação na produção das provas, a Corte Interamericana sustentou que o reconhecimento do *status* de refugiado por um Estado (o Chile) seria suficiente para obrigar outro Estado (a Bolívia) a não proceder à expulsão dos solicitantes para o país de origem.

Relativamente às condenações, a Corte Interamericana de Direitos Humanos incluiu na sentença obrigações de fazer, tais como a do

Estado da Bolívia de publicar a sentença em jornais do país e de fornecer formação em direitos humanos e direitos dos refugiados aos funcionários do setor de migração e do Conselho Nacional para os Refugiados, ao passo que a Corte Europeia não impôs tais obrigações ao Reino da Suécia.

Além disso, enquanto a Corte Interamericana condenou a Bolívia ao pagamento de uma indenização por danos imateriais, a Corte Europeia negou-se a indenizar os danos imateriais, sustentando que a condenação do Reino da Suécia por si só serviria como indenização por danos imateriais.

O fato é que, nas últimas décadas, numerosas medidas têm restringido o acesso aos direitos protetivos dos refugiados nos Estados-membros da União Europeia (MÜLLER, 2010, p. 12), o que ocorre paralelamente ao aumento do ingresso de refugiados (GILBERT, 2010, p. 332). Fatores que tendem a influenciar tanto nas decisões administrativas das autoridades suecas quanto na própria Corte Europeia de Direitos Humanos, cujo julgado não apenas não condenou à indenização por dano imaterial, nem a obrigações de fazer, como também não foi unânime; pelo contrário, o resultado de dez votos a sete indica alto grau de divergência entre os julgadores.

Assim, ambas as Cortes compuseram um entendimento semelhante ao interpretarem o conceito de refugiado e ao aplicarem o princípio do *non-refoulement*, mas destoam quanto ao contexto político, pois o fluxo migratório na Europa tem gerado normas e julgados internos cada vez mais restritivos em relação ao reconhecimento do *status* de refugiado.

4 Conclusão

O conceito de *refugiado*, previsto na Convenção de Genebra de 1951 e no Protocolo de 1967, não é mais suficiente na conjuntura

internacional: precisa ser ampliado para contemplar os refugiados ambientais, os que sofrem discriminação de gênero e os que vivem em países onde são generalizadas as violações de direitos humanos. Por outro lado, nos casos analisados, as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos demonstram interpretar o conceito de *refugiado* e o princípio do *non-refoulement* em conformidade com a boa-fé, buscando garantir a efetivação da Convenção e suprir parcialmente a defasagem conceitual.

A alteração do conceito de *refugiado*, entretanto, é necessária para garantir aos solicitantes a possibilidade de realizar o pedido de refúgio nos seus países de origem, evitando o inerente risco à vida representado pelo transporte clandestino. A alteração também garantiria melhor distribuição das solicitações entre os Estados-membros da União Europeia, sobretudo se fosse adotada uma gestão centralizada responsável pela distribuição dos pedidos de refúgio.

Tanto a agência de migração quanto o tribunal de migração suecos demonstraram descaso com o direito à vida dos solicitantes de refúgio, ao autorizarem sua deportação com fundamento na mera probabilidade de que as autoridades policiais iraquianas garantiriam proteção.

Ao decidirem dessa forma, em total contradição com os relatórios sobre a situação do Iraque, as autoridades suecas não demonstram preocupação com a efetivação da Convenção de Genebra de 1951, fato que vai ao encontro do que Guild (2010, p. 309) identificou sobre o tema ao mencionar que, a julgar pelo número de casos levados à Corte Europeia de Direitos Humanos envolvendo violação do princípio do *non-refoulement*, os Estados-membros da União Europeia não estão agindo de forma consistente em relação aos direitos humanos.

No caso da família Pacheco Tineo contra a Bolívia, percebe-se que, além da indiferença das autoridades bolivianas ao direito à vida e à liber-

dade dos solicitantes de refúgio, houve o problema do desconhecimento técnico da agência de migração em relação ao conceito de *refugiado*, ao princípio do *non-refoulement* e à importância do devido processo legal.

Considerados todos esses aspectos na atual conjuntura, agravada pela epidemia da Covid-19, evidencia-se que é necessário reformar a Convenção de Genebra de 1951 e que, acima de tudo, urge criar um sistema internacional de acolhimento para garantir a vida e a liberdade de milhões de refugiados.

Sobre os autores

Ricardo Strauch Aveline é doutor em Ciências Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), São Leopoldo, RS, Brasil; mestre em Direito pela Unisinos, São Leopoldo, RS, Brasil; professor de Direito do Centro Universitário Metodista-IPA, Porto Alegre, RS, Brasil.

E-mail: ricardo.aveline@ipa.metodista.br

Augusto Jaeger Junior é doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, RS, Brasil; mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil; professor permanente do programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito da UFRGS, Porto Alegre, RS, Brasil; bolsista de produtividade do CNPq.

E-mail: augusto.jaeger@ufrgs.br

Como citar este artigo

(ABNT)

AVELINE, Ricardo Strauch; JAEGER JUNIOR, Augusto. Posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o Direito dos Refugiados: é necessário reformar a Convenção de Genebra de 1951? *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 59, n. 236, p. 187-208, out./dez. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/236/ril_v59_n236_p187

(APA)

Aveline, R. S., & Jaeger, A., Jr. (2022). Posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o Direito dos Refugiados: é necessário reformar a Convenção de Genebra de 1951? *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 59(236), 187-208. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/236/ril_v59_n236_p187

Referências

ARGENTA, Fiona. Towards contextual intersectionality: an analysis of the common European asylum system. *Trinity College Law Review*, Dublin, v. 23, p. 284-311, 2020.

AUST, Anthony. *Handbook of international law*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. *Strangers at our door*. Malden, MA: Polity, 2016.

BOLFER, Sabrina Ribas. Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia (coord.). *Derechos humanos*. Curitiba: Juruá, 2011. v. 1, p. 621-642.

BUHEJI, Mohamed; MAVRIĆ, Bartola; BEKA, Godfred; YEIN, Tulika Chetia. Alleviation of refugees Covid-19 pandemic risks: a framework for uncertainty mitigation. *International Business Research*, [Richmond Hill, ON], v. 13, n. 7, p. 69-79, July 2020. DOI: <https://doi.org/10.5539/ibr.v13n7p69>. Disponível em: <https://ccsenet.org/journal/index.php/ibr/article/view/0/43066>. Acesso em: 2 ago. 2022.

BYRNE, Rosemary; NOLL, Gregor; VEDSTED-HANSEN, Jens. Understanding refugee law in an enlarged European Union. In: LAMBERT, Hélène (ed.). *International refugee law*. Farnham, UK: Ashgate, 2010. p. 357-382. (The Library of Essays in International Law).

CALDWELL, Christopher. *Reflections on the revolution in Europe: immigration, Islam, and the West*. New York: Anchor, 2010.

CARLIER, Jean-Yves; CRÉPEAU, François; PURKEY, Anna. From the 2015 European “migration crisis” to the 2018 Global Compact for Migration: a political transition short on legal standards. *McGill Journal of Sustainable Development Law*, Montréal, v. 16, n. 1, p. 34-81, 2020.

CHETAIL, Vincent. Looking beyond the rhetoric of the refugee crisis: the failed reform of the common European asylum system. *European Journal of Human Rights*, Brussels, n. 5, p. 584-602, 2016.

CHOMSKY, Noam; POLYCHRONIOU, C. J. *The precipice: neoliberalism, the pandemic and the urgent need for social change*. Chicago: Haymarket Books, 2021.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Estrasburgo: Conselho da Europa, [2013]. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 2 ago. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. El caso trata sobre la expulsión de Bolivia de la Familia Pacheco Tineo, quienes años antes habían renunciado a su condición de refugiados. La expulsión se debió al ingreso como migrantes irregulares, además de tener em orden de captura em su contra por parte del Estado peruano. Víctimas: Rumaldo Juan Pacheco Osco y otros. Estado demandado: Bolivia. 25 de noviembre de 2013. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/pachecotineo.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2022.

EDWARDS, Alice. International refugee law. In: MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN, Sandesh (ed.). *International human rights law*. Consultant editor David Harris. 3rd ed. Oxford, UK: Oxford University Press, 2018. p. 539-552.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (Grand Chamber). *Case of J.K. and others v. Sweden*: (application no. 59166/12). Applicants: Mr. J.K. and his wife and son. Judges: Guido Raimondi, President, *et al.*, 23 August 2016. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-165442"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 2 ago. 2022.

EUROPEAN UNION. European Commission. *The Schengen Area*. [S. l.]: European Commission, [2019?]. Disponível em: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/docs/schengen_brochure/schengen_brochure_dr3111126_en.pdf. Acesso em: 2 ago. 2022.

FERRIS, Elizabeth G.; DONATO, Katharine M. *Refugees, migration and global governance: negotiating the global compacts*. London: Routledge, 2020.

FIGURES at a glance. [S. l.]: UNHCR, c2022. Disponível em: <https://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html>. Acesso em: 2 ago. 2022.

GIBNEY, Matthew J. A thousand little Guantánamos: Western States and measures to prevent the arrival of refugees. In: TUNSTALL, Kate E. (ed.). *Displacement, asylum, migration: the Oxford Amnesty lectures 2004*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2006. p. 139-169.

GILBERT, Geoff. Is Europe living up to its obligations to refugees? In: LAMBERT, Hélène (ed.). *International refugee law*. Farnham, UK: Ashgate, 2010. p. 331-356. (The Library of Essays in International Law).

GILBERT, Geoff; RÜSCH, Anna Magdalena. International refugee and migration law. In: EVANS, Malcolm D. (ed.). *International law*. 5th ed. Oxford, UK: Oxford University Press, 2018. p. 811-838.

GILBERTI, Giuseppe. *Introduzione storica ai diritti umani*. Torino: Giappichelli, 2012.

GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane. *The refugee in international law*. 4th ed. New York: Oxford University Press, 2021.

GUILD, Elspeth. The Europeanisation of Europe's asylum policy. In: LAMBERT, Hélène (ed.). *International refugee law*. Farnham, UK: Ashgate, 2010. p. 309-330. (The Library of Essays in International Law).

HAAS, Hein de; CASTLES, Stephen; MILLER, Mark J. *The age of migration: international population movements in the modern world*. 6th ed. New York: Guilford Press, 2020.

HAILBRONNER, Kay; THYM, Daniel. Grenzenloses Asylrecht? Die Flüchtlingskrise als Problem europäischer Rechtsintegration. *JuristenZeitung*, Tübingen, v. 71, n. 15/16, p. 753-763, Aug. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.1628/002268816X14647877863790>.

HATHAWAY, James C.; FOSTER, Michelle. *The law of refugee status*. 2nd ed. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2014.

HERDEGEN, Matthias. *Völkerrecht*. 11. überarb. und erw. Aufl. München: C. H. Beck, 2012. (Grundrisse des Rechts).

JAEGER JUNIOR, Augusto. *Mercosul e a livre circulação de pessoas*. São Paulo: LTr, 2000.

KAPUR, Ratna. *Makeshift migrants and law: gender, belonging, and postcolonial anxieties*. New Delhi: Routledge, 2016.

LAMBERT, Hélène. Transnational judicial dialogue, harmonization and the common European asylum system. In: _____ (ed.). *International refugee law*. Farnham, UK: Ashgate, 2010. p. 383-409. (The Library of Essays in International Law).

LAVENEX, Sandra. 'Failing forward' towards which Europe?: organized hypocrisy in the common European asylum system. *Journal of Common Market Studies*, New Jersey, NJ, v. 56, n. 5, p. 1.195-1.212, July 2018. DOI: <https://doi.org/10.1111/jcms.12739>.

MÜLLER, Doreen. *Fluch und Asyl in europäischen Migrationsregimen: Metamorphosen einer umkämpften Kategorie am Beispiel der EU, Deutschlands und Polens*. Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2010.

MURILLO GONZÁLEZ, Juan Carlos. A importância da lei brasileira de refúgio e suas contribuições regionais. In: BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (org.). *Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas*. Brasília, DF: ACNUR: Ministério da Justiça, 2010. p. 50-58. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Refúgio-no-Brasil_A-proteção-brasileira-aos-refugiados-e-seu-impacto-nas-Américas-2010.pdf. Acesso em: 2 ago. 2022.

NAÇÕES UNIDAS. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. *Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados*. [S. l.: s. n., 1951]. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 2 ago. 2022.

_____. Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. In: BRASIL. *Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991*. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0040.htm. Acesso em: 2 ago. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. [S. l.]: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, [1969]. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 2 ago. 2022.

PEERS, Steve. Immigration and asylum. In: BARNARD, Catherine; PEERS, Steve (ed.). *European Union law*. 2nd ed. Oxford, UK: Oxford University Press, 2017. p. 791-813.

PFLUCK, Mariah Feijó. Proteção aos refugiados no século XXI: uma análise das consequências da globalização frente aos direitos humanos do acordo UE-Turquia para refugiados. In: DUTRA, Cristiane Feldmann; PEREIRA, Gustavo de Lima (org.). *Direitos humanos e migrações forçadas: migrações, xenofobia e transnacionalidade*. Porto Alegre: Ed. Fi, 2020. p. 184-212. (Série Ciências Jurídicas & Sociais, 89). Disponível em: <https://www.editorafi.org/31direitoshumanos>. Acesso em: 2 ago. 2022.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003.

REFUGEE data finder. [S. l.]: UNHCR, c2022. Disponível em: <https://www.unhcr.org/refugee-statistics/>. Acesso em: 2 ago. 2022.

SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. *Manual das organizações internacionais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TÜRK, Volker; CORLISS, Steven; RIERA, José; LIPPMAN, Betsy; HANSEN, Ellen; EGZIABHER, Amare Gebre; FRANCK, Marine; DEKROUT, Andrea; KUROIWA, Yoko (ed.). *UNHCR, the environment and climate change*. Geneva: UNHCR, 2015. Disponível em: <https://www.unhcr.org/540854f49.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho Europeu. Directiva 2004/83/CE do Conselho, de 29 de abril de 2004. Que estabelece normas mínimas relativas às condições a preencher por nacionais de países terceiros ou apátridas para poderem beneficiar do Estatuto de Refugiado [...]. *Jornal Oficial da União Europeia*, [Bruxelas], L304, p. 12-23, 30 set. 2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0083&from=RO>. Acesso em: 2 ago. 2022.

UNITED NATIONS. United Nations High Commissioner for Refugees. *Handbook on procedures and criteria for determining refugee status and guidelines on international protection: under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the status of refugees*. Geneva: UNHCR, 2019. Disponível em: <https://www.unhcr.org/publications/legal/5ddfcdc47/handbook-procedures-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention.html>. Acesso em: 2 ago. 2022.

VITZTHUM, Wolfgang Graf; PROELß, Alexander (hrsg.). *Völkerrecht*. 6. umfassend neu bearb. Aufl. Berlin: De Gruyter, 2013.

O *bitcoin* é um valor mobiliário ou um ativo financeiro?

JOÃO MANOEL DE LIMA JUNIOR

Resumo: Analisa-se se o *bitcoin* pode ser juridicamente definido no Brasil como um valor mobiliário. Com base em pesquisa bibliográfica e método dedutivo, parte-se da constatação de que a definição do regime jurídico aplicável ao *bitcoin* permitirá a futura identificação do regime jurídico aplicável aos demais criptoativos e à sua distribuição pública (as *Initial Coin Offerings* (ICOs)). O presente trabalho está dividido em três partes além da introdução, da conclusão e das referências bibliográficas: 1. *O que é o bitcoin?*, 2. *O bitcoin é um valor mobiliário?* e 3. *O bitcoin é um ativo financeiro?*. O texto conclui que o *bitcoin* não é um valor mobiliário nem um ativo financeiro e, portanto, está fora do perímetro regulatório do órgão regulador do mercado de capitais brasileiro.

Palavras-chave: *bitcoin*; natureza jurídica; valor mobiliário.

Is *bitcoin* a security or a financial asset?

Abstract: This article analyzes whether *bitcoin* could be considered a security or a financial asset in Brazil. Based on bibliographical research and on the deductive method, the article draw conclusions considering that the definition of the legal and regulatory regime applicable to *bitcoin* will enable the future identification of the legal regime applicable to other crypto-assets and to their Initial Coin Offerings (ICOs). The present article is divided into three parts besides the introduction, the conclusion and the bibliographical references: 1. *What is bitcoin?*, 2. *Is bitcoin a security?* and 3. *Is bitcoin a financial asset?*. The article concludes that *bitcoin* is neither a security nor a financial asset and, therefore, is outside the regulatory space of the Brazilian Securities and Exchange Commission.

Keywords: *bitcoin*; legal nature; security.

Recebido em 14/2/22

Aprovado em 29/5/22

1 Introdução

O objetivo do presente trabalho é analisar se o *bitcoin* é um valor mobiliário ou um ativo financeiro para fins atribuição da competência regulatória da Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Esse é o primeiro passo para a definição do arcabouço jurídico e regulatório aplicável a essa desafiadora inovação financeira e tecnológica, pois, a depender da natureza jurídica do *bitcoin*, poderão ser realizados novos estudos e avanços regulatórios necessários para identificar se o *bitcoin* (e, consequentemente, outras criptomoedas ou criptoativos) deve ser caracterizado como valor mobiliário, ativo financeiro ou outras formas de captação de recursos de terceiros disponíveis em mercados com maior ou menor nível de organização e institucionalização de práticas de governança e de proteção à poupança popular.

A natureza jurídica do *bitcoin* pode ser investigada com base nas potenciais funções econômicas desse produto financeiro. Por exemplo, é possível considerar se o *bitcoin* é uma moeda, uma quase moeda ou um meio de pagamento. A análise do *bitcoin* com relação à política econômica e às normas produzidas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) ou pelo Banco Central do Brasil (BCB) será empreendida em outro trabalho; com essa separação, espera-se conferir maior clareza à introdução e à análise do objeto do artigo, que se divide em três partes além desta breve introdução, da conclusão e das referências bibliográficas.

2 O que é o *bitcoin*?

Criado pelo engenheiro japonês Satoshi Nakamoto, o *bitcoin* foi desenvolvido como um sistema de pagamentos que funciona com base numa rede ponto a ponto (*peer-to-peer electronic cash system*). O *bitcoin* surgiu em janeiro de 2009 quando Nakamoto lançou a primeira versão do programa de computador do *Bitcoin* e *minerou* a primeira “moeda” (*electronic coin*) de *bitcoin*.

Segundo Nakamoto ([2009]), o propósito da criação do *bitcoin* era fornecer um sistema alternativo para viabilizar negociações eletrônicas que dispensasse uma instituição financeira para garantir a confiabilidade e a segurança das negociações realizadas. Segundo ele, esse modelo centralizado de intermediação e processamento de pagamentos por via eletrônica teria como desvantagens: i) a impossibilidade de realização de negociações completamente irreversíveis; ii) o alto custo de monitoração e de transação; iii) maior necessidade de confiança entre as partes contratantes; e iv) consequente aumento do valor mínimo das transações

realizadas. Isso inviabilizaria a adoção generalizada de um modelo de pagamentos eletrônicos baseado em plataformas centralizadas como meio universal de pagamentos.

A solução para os problemas identificados seria criar um sistema para monitorar e garantir a autenticidade da realização de pagamentos que não dependesse exclusivamente da ação de instituições financeiras ou de quaisquer terceiros intermediários que tivessem deveres fiduciários sobre a movimentação e custódia desses recursos – o que tornaria obsoleta a ação de instituições financeiras centralizadoras de informações sobre a vida financeira e o patrimônio das pessoas. A solução proposta por Nakamoto ([2009]) foi criar um registro eletrônico distribuído (*distributed ledger technology*) em que todas as movimentações de recursos seriam monitoradas e acessíveis a todos os membros da rede.

Em linhas gerais, a rede do *Bitcoin*, que opera por meio da internet, funciona assim: cada ponto da rede e cada conjunto de informações financeiras sobre determinado usuário (as carteiras de *bitcoin*, *bitcoin wallets*) recebem um *hash* único que a identifica, e cada transação realizada com recursos guardados nessa carteira também recebe um *hash* próprio. As informações sobre o conjunto de operações realizadas com os *bitcoins* são reunidas em blocos também identificados de forma única por meio de *hashes* específicos.

As informações sobre cada operação e o histórico de movimentação de cada *bitcoin* estão disponíveis a todos os pontos/usuários da rede e somente são homologadas se a maioria dos processadores em operação na rede confirmar a autenticidade das informações. Assim, em vez de depender das informações guardadas e fornecidas por um único agente (por meio de um extrato bancário, por exemplo), a autenticidade de uma informação ou de movimentação finan-

ceira depende da capacidade de processamento descentralizada da maioria dos nós da rede.

Na plataforma de negociação desenvolvida por Nakamoto ([2009]), vinculadas à capacidade de processamento disponível na rede estão a segurança das negociações e a certeza de que uma mesma negociação – ou seja, uma mesma transferência de *bitcoins* de uma pessoa A para a uma pessoa B – não foi realizada em duplicidade. Segundo ele, quanto mais computadores estivessem realizando operações legítimas com *bitcoins*, mais difícil seria para um eventual *hacker* inserir informações sobre operações fraudulentas na rede, como criar *bitcoins* sem que tivessem sido devidamente *minerados* na rede (por analogia, seria o equivalente à criação e distribuição de notas falsas de real) ou utilizar os dados de um pagamento feito em determinado momento para obter a quitação de outras dívidas, realizando pagamentos em duplicidade (por analogia, seria como se estelionatários tentassem utilizar um mesmo número de autenticação bancária de pagamento para fraudulentamente comprovar o pagamento de outros boletos).

Para que pudesse corromper ou alterar o protocolo da rede do *Bitcoin* (algo que, pelas informações públicas sobre o funcionamento dessa rede ainda não foi feito), alguém deveria deter controle sobre os processadores ligados na rede que tivessem a maioria da capacidade de processamento de toda ela para conseguir homologar as transações e informações falsas por ela inseridas na rede. Desse modo, o *hacker* poderia inserir informações sobre *bitcoins* não devidamente *minerados* e atestar a veracidade de movimentações não realizadas de fato. Caso conseguisse sozinho reunir a maioria da capacidade de processamento da rede, poderia criar nela um *fork* – isto é, criar uma ramificação de informações além da que vinha sendo transmitida antes de sua ação. Desse modo,

ele promoveria uma mudança no protocolo da rede do *Bitcoin* que alteraria as regras de formação de consenso entre os pontos (*nós*) da rede e conseguiria desaprovar as operações e informações verdadeiras e aprovar as operações e informações falsas por ele inseridas na rede.

Em resumo, por meio desse mecanismo de funcionamento, a rede descentralizada de blocos de informações – a cadeia de blocos ou *blockchain* por onde os *bitcoins* circulam eletronicamente do patrimônio (*bitcoin wallet*) de uma pessoa para outra – oferece tanto um sistema de emissão de *moeda* que independe de autoridades monetárias quanto um sistema de pagamentos que independe da ação de intermediários financeiros.

Acredita-se que o protocolo do *bitcoin* permitirá a criação (ou *mineração*) de até 21 milhões de *bitcoins*, dos quais 18,85 milhões já foram *minerados* e estão em circulação e o restante seria *minerado* e posto em circulação até 2140. Estima-se que até 30% do total de *bitcoins* emitidos serão perdidos em decorrência de perdas de processadores ou de senhas de acesso às carteiras de *bitcoins*. Como o preço do *bitcoin* varia conforme as expectativas dos agentes de mercado de *bitcoin* sobre o seu valor – e até o momento deste estudo a cotação do *bitcoin* estava em aproximadamente 230 mil reais –, é possível realizar transações de valor baixo utilizando frações de *bitcoins* (da mesma forma como se realizam compras de produtos com os centavos das moedas tradicionais). Contudo, os *bitcoins* podem ser fracionados em até cem milhões de unidades menores e a menor fração de *bitcoin* disponível para negociação é o *satoshi*, que equivale a 0,00000001 *bitcoin* (BTC).

Em escala profissional, os *bitcoins* são *minerados* em grandes instalações (*criptocurrency farms, mining centers*) voltadas exclusivamente para essa atividade econômica organizada e com profissionais especializados em informática tra-

balhando na manutenção e operacionalização da instalação. O processo de *mineração* pode ser explicado como uma corrida para resolver um cálculo na internet e quem acerta o cálculo recebe *bitcoins* como prêmio. A capacidade de *mineração* muda de acordo com a capacidade de processamento instalada e com a dificuldade para resolver o algoritmo para gerar novos *bitcoins*.

O *bitcoin* com *b* minúsculo distingue-se do *Bitcoin* com *B* maiúsculo. O primeiro se refere aos *tokens* eletrônicos *minerados* na rede do *Bitcoin* e que podem vir a ser utilizados como unidades de dinheiro (*cash*) ou como moeda (*currency*). Em contrapartida, o segundo designa o protocolo da rede eletrônica descentralizada (*peer-to-peer*) baseada na tecnologia de escrituração eletrônica distribuída (*distributed ledger technology*), desenvolvido por Nakamoto, onde acontecem tanto a *mineração* dos *bitcoins*, quanto a realização de pagamentos criptografados eletronicamente. Essa distinção é relevante porque os termos denominam objetos bastante diferentes entre si e geram confusão prática. Outras criptomoedas superam essa fonte adicional de confusão terminológica adotando nomes diferentes para designar o sistema de negociação e *mineração* e para o *token* eletrônico *minerado*. Por exemplo, na rede *Ethereum* pode-se *minerar* a criptomoeda *Ether*.

É possível afirmar com alguma segurança que o *bitcoin* é, a um só tempo, inovação financeira e tecnológica capaz de exercer ou reunir no mesmo ambiente virtual algumas funções jurídicas e econômicas que, até o desenvolvimento dessa tecnologia de pagamentos criptografados, somente poderia ser exercida por instrumentos, convenções e instituições sociais, econômicas e jurídicas diferentes. Assim, o *bitcoin* tem características que ora o aproximam, ora o afastam de uma série de outros institutos, instrumentos ou instituições tradicionais. Por exemplo, o *bitcoin*

pode funcionar como reserva de valor (como o ouro-ativo financeiro), meio de extinção de obrigações (como a moeda de curso forçado) ou opção de investimento (como os instrumentos financeiros e valores mobiliários emitidos e negociados no sistema financeiro tradicional).

3 O *bitcoin* é um valor mobiliário?

Depois dessas linhas gerais sobre o que é e como funciona o *bitcoin*, proceder-se-á a uma breve introdução sobre (i) a utilidade de se considerar determinado produto financeiro como valor mobiliário; e (ii) a origem e evolução do conceito *valor mobiliário* no Direito brasileiro, para se verificar a eventual natureza jurídica de valor mobiliário dos *bitcoins* e a potencial atribuição de competência do órgão regulador do mercado de capitais brasileiro para regulá-los.

De início, destaque-se que a definição de *valor mobiliário* tem função meramente instrumental: dizer que determinado ativo financeiro ou produto financeiro é um *valor mobiliário* significa tão somente dizer que os emissores, os intermediários, os investidores e os mercados (organizados ou não) em que esses ativos financeiros ou produtos financeiros são negociados de forma primária ou secundária estão sob a competência do órgão regulador do mercado de capitais – no Brasil a CVM, nos termos da Lei nº 6.385/1976. Mattos Filho (2015, p. 26-27) informa que a função do conceito *valor mobiliário* é delimitar o perímetro regulatório dos órgãos reguladores do mercado de capitais.

Historicamente, e em resumo, a proteção do Estado visa dar condições de avaliação do investimento aos poupadores que possam ser alvo de ofertas de compra ou de venda de valores mobiliários feitas de forma pública. Vê-se, portanto, que a preocupação se volta à necessidade de reger o acesso à chamada economia popular,

na medida em que o grande objetivo é proteger os potenciais compradores ou vendedores alvos da oferta de investimento representado pela oferta pública de compra ou de venda de valores mobiliários (MATTOS FILHO, 2015, p. 27).

O conceito *valor mobiliário* apresenta um desenvolvimento peculiar no Direito brasileiro: desde a sua inclusão no texto original do art. 2º da Lei nº 6.385, de 7/12/1976 (BRASIL, [2022b]), o seu conteúdo e, especialmente, a forma de definir esse conteúdo mudaram substancialmente ao longo do tempo.

No texto inicial do art. 2º, considerava-se *valor mobiliário* o documento ou título representativo de direito de crédito existente ou eventual definido por lei como *valor mobiliário*. A lei que criou a CVM no quadro institucional da Administração Pública – e introduziu a disciplina jurídica dos valores mobiliários e de seu mercado de negociação – tinha uma lista taxativa de títulos e documentos de crédito abrangidos na competência regulatória da CVM.

Contudo, após a década de 1970, os mercados financeiros e de capitais foram alvo de inúmeras inovações tecnológicas e financeiras que expuseram os limites da adoção de um rol taxativo para a atribuição da natureza jurídica de *valor mobiliário* para determinado instrumento financeiro e para a atração da competência regulatória da CVM. Assim, o rol previsto no art. 2º da Lei nº 6.385/1976 foi “aditado” por instrumentos legais e infralegais específicos (especialmente Resoluções expedidas pelo CMN) para incluir outros instrumentos e produtos financeiros como *valor mobiliário*. Veja-se, por exemplo, a inclusão: i) dos índices representativos de carteiras de ações e das opções de compra e venda de valores mobiliários (art. 3º do Decreto-lei nº 2.286/1986 (BRASIL, 1986)); ii) das notas promissórias objeto de oferta pública (art. 1º da Resolução CMN nº 1.723/1990 (CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL,

[2021]); iii) certificados de investimentos audiovisuais (art. 1º da Lei nº 8.685/1993 (BRASIL, [2020a])) e certificados de recebíveis imobiliários (art. 6º da Lei nº 9.514/1997 (BRASIL, [2022d])); e iv) certificados representativos de contratos mercantis de compra e venda a termo de energia elétrica.

Assim, a forma de definição de *valor mobiliário* no Brasil – que, segundo Eizirik, Gaal, Parente e Henriques (2008, p. 28) era inspirada no modelo francês de definição taxativa e restrita dos valores mobiliários – mostrou-se ineficiente: i) sob o ponto de vista de racionalidade legal e regulatória, pois a cada novo instrumento financeiro era necessária a elaboração de um ato normativo que definisse a sua caracterização como *valor mobiliário*; e (ii) sob o ponto de vista de política pública, pois havia a insegurança sobre o tratamento jurídico do instrumento financeiro durante o período compreendido entre o surgimento do novo instrumento financeiro e a entrada em vigor de um ato normativo que lhe atribuísse a natureza jurídica de *valor mobiliário*. Tal insegurança relacionava-se, por exemplo, à definição do regime jurídico aplicável (i) às informações a serem prestadas sobre a emissão e negociação primária e secundária desse novo instrumento financeiro; (ii) à prestação de contas dos agentes participantes do mercado do novo instrumento financeiro em questão; e (iii) à proteção dos interesses legítimos dos investidores do mercado de valores mobiliários. Todavia, o público investidor do mercado de valores mobiliários não se confunde necessariamente com o público investidor em geral para fins de aplicação da legislação sobre a captação de poupança popular por meio da oferta de bens, serviços, promoções, brindes ou participações em empreendimentos hoteleiros ou condomínios. Essa distinção é importante porque marca a diferença entre as áreas de competência regulatória da Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia

e Loteria (Sefel) do Ministério da Fazenda (MF) como regulador de último recurso (*regulator of last resort*) das formas de captação de poupança de popular (art. 7º da Lei nº 5.768/1971 (BRASIL, [2022a])) e da CVM como reguladora do mercado de valores mobiliários (arts. 1º e 2º da Lei nº 6.385/1976 (BRASIL, [2022b])).

Em 2001, no intuito de superar os limites do modelo francês do rol taxativo e restrito para a definição de valor mobiliário – e em resposta aos escândalos envolvendo a venda de oportunidades de investimento em bois e avestruzes –, o art. 2º da Lei nº 6.385/1976 (BRASIL, [2022b]) foi alterado com a inclusão do inciso IX com uma definição abrangente de contrato de investimento coletivo. Após a alteração, que resultou no texto atual do art. 2º, o Direito brasileiro passou a admitir a atribuição de natureza jurídica de contrato de investimento coletivo (um valor mobiliário, portanto) para qualquer título ou contrato que i) for ofertado publicamente; ii) represente um investimento coletivo; iii) gere direito de participação, de parceria ou de remuneração (inclusive resultante de prestação de serviços); e iv) tenha potenciais rendimentos advindos do esforço de um empreendedor ou de terceiros. Assim, o Direito brasileiro aproximou-se do modelo jurídico norte-americano para a definição do conteúdo do conceito *valor mobiliário (security)* e para a decorrente atribuição da competência regulatória do órgão regulador do mercado de capitais – a CVM no Brasil e a *Securities and Exchange Commission (SEC)* nos EUA.

Dado que são subjetivos os elementos do conceito jurídico de valor mobiliário incluídos no inciso IX do art. 2º da Lei nº 6.385/1976, a tentativa de adoção de um conceito abrangente de *valor mobiliário*, inspirado na definição de *security* do Direito norte-americano (estabelecido no *Securities Act* de 1933 e aprimorado por testes desenvolvidos pela jurisprudência,

especialmente o *Howey Test* e o *Reves Test*), acabou por resultar na importação de parte dos problemas de interpretação enfrentados pelo Poder Judiciário e pelo órgão regulador do mercado de capitais norte-americano, a SEC. A análise detalhada desses problemas de interpretação e integração normativa foge ao escopo deste trabalho¹; porém, um problema em especial será tratado a seguir, pois é significativo para o processo de tomada de decisão regulatória, de política pública e jurídica sobre atribuir (ou não) a natureza jurídica de valor mobiliário aos *bitcoins*.

O problema de interpretação relevante para a discussão sobre a natureza jurídica de valor mobiliário do *bitcoin* é a definição do órgão integrante da Administração Pública federal competente para o exercício da capacidade normativa de conjuntura relacionado às captações de recursos potencialmente danosas à poupança popular. Isso porque aquela alteração no texto da Lei nº 6.385/1976 e as decisões da CVM que se lhe seguiram parecem ter incorporado na regulação financeira a concepção de que a CVM (órgão regulador do mercado de capitais) deve regular a oferta, os intermediários e os produtos financeiros sempre que tais ativos forem objeto de oferta pública e, sobretudo, não estiverem sujeitos à competência regulatória específica de outro órgão da Administração Pública federal.

Por conseguinte, é possível considerar que a inclusão do inciso IX no art. 2º da Lei nº 6.385/1976 de fato teria tornado a CVM uma espécie de órgão administrativo regulador de último recurso da captação de poupança popular. Tamanha reorientação no escopo de atuação e limites da competência de um órgão da Administração sem a devida previsão legal, por um lado, extrapola os limites estritos da competência da CVM definidos no art. 8º da Lei nº 6.385/1976; por outro, implica possível superposição ou usurpação de competência regulatória entre a CVM (Administração Pública indireta) e a Sefel/MF (Administração Pública direta). De fato, ao que tudo indica, a Sefel (resultante do desdobramento ocorrido em 2017 da antiga Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae)) é a repartição do MF competente para realizar os procedimentos administrativos necessários para a proteção da poupança popular, nos termos do art. 7º² da Lei nº 5.768, de 20/12/1971 (BRASIL, [2022a]),

¹ Para maiores informações sobre os critérios para definir *valor mobiliário* e sobre os problemas decorrentes da adoção da cláusula geral para a sua definição no Brasil, ver: Alves e Lima Junior (2017).

² Em 5/2/2009 entrou em vigor a Lei nº 11.795/2008, que revogou o inciso V do art. 7º da Lei nº 5.768/1971, o qual atribuía à Seae competência regulatória sobre qualquer forma de captação de poupança pública mediante promessa de contraprestação em bens: “V – qualquer outra modalidade de captação antecipada de poupança popular, mediante promessa de contraprestação em bens, direitos ou serviços de qualquer natureza” (BRASIL, [2022a]). Com fundamento nesse dispositivo, que vigorou durante quase quarenta anos, era desnecessário atribuir natureza jurídica de valor mobiliário a certo produto financeiro (bem imaterial) cuja oferta pudesse atingir a poupança popular para que a oferta pública, o emissor e os ofertantes estivessem sujeitos à regulação imposta por algum órgão público

da Portaria nº 386, expedida pelo Ministério da Fazenda em 14/7/2009 (BRASIL, 2009), do inciso I do art. 43 do Decreto nº 9.003, de 13/3/2017 (BRASIL, [2019]). Nesse sentido, os incisos I do art. 30 e I do art. 39 do Regimento Interno da Sefel/MF, aprovado pela Portaria nº 283, expedida pelo MF em 14/7/2018, determinam:

Art. 30. À Subsecretaria de Governança Fiscal e Regulação de Loteria (SUFIL) compete:

I – atuar na regulação, na autorização, na normatização e na fiscalização dos segmentos de distribuição gratuita de prêmios a título de propaganda, *captação antecipada de poupança popular* e loterias, inclusive *sweepstakes* e outras modalidades de loterias realizadas por entidades promotoras de corridas de cavalos; [...]

Art. 39. À Coordenação-Geral de Governança de Prêmios e Sorteios (COGPS) compete:

I – desincumbir-se das atividades de competência da Secretaria inerentes à autorização, fiscalização, normatização e regulação da distribuição gratuita de prêmios, a título de propaganda, mediante sorteio, vale-brinde, concurso, ou operação assemelhada, e de *captação antecipada de poupança popular*, nos termos da *Lei nº 5.768, de 20 de dezembro de 1971* (BRASIL, 2018, grifos nossos).

Por conseguinte, ao atribuir maior peso relativo ao processo de distribuição pública e ao potencial alcance da poupança popular do que aos demais elementos necessários para a definição de um instrumento ou produto financeiro como valor mobiliários, a CVM (assim como a SEC), passa a atuar como órgão regulador de último recurso administrativo na proteção da poupança popular com base num dos elementos subjetivos do conceito *valor mobiliário* adotado na legislação, doutrina e jurisprudência norte-americanas desde 1933 e recentemente importado pelo Brasil. Foi estabelecido no caso *Reves v. Ernst Young*, julgado pela Suprema Corte dos EUA em 1990 (494 U.S. 56), o critério para a definição da natureza jurídica de *valor mobiliário* e da consequente atração de competência regulatória da SEC para atuar como órgão regulador de último recurso

e a um regime regulatório específicos com o intuito de proteger a poupança popular. Uma análise detalhada dos impactos da revogação desse inciso para a legalidade da atuação da Administração Pública extrapola o escopo do trabalho; contudo, ressalte-se que após a revogação passou a ser possível questionar a legalidade: (i) das tentativas de regulação pela CVM de ofertas vendas de produtos financeiros que estejam fora dos limites do conceito de valor mobiliário, pois a decisão discricionária da autarquia sobre o que é ou deixa de ser valor mobiliário poderia implicar alteração ilegal dos limites da competência da autarquia; e (ii) da atuação da Sefel na regulação de processos de captação de poupança popular mediante promessa de contraprestação em bens, direitos ou serviços de qualquer natureza, dado que a previsão dessa competência regulatória exclusivamente na Portaria MF nº 386/2009 poderia resultar, por hipótese, na criação de restrições na liberdade e no patrimônio de particulares sem o devido fundamento legal.

administrativo (*last resort*) na proteção da poupança popular. Nesse caso, a Suprema Corte buscou elucidar se as notas comerciais emitidas pela Cooperativa de Fazendeiros de Arkansas e Oklahoma (Co-Op) eram valores mobiliários e decidiu:

(b) Aplicando a abordagem da semelhança de família, as notas comerciais em questão são “valores mobiliários”. Elas não se parecem com nenhuma das categorias enumeradas de ativos que não são valores mobiliários. Tampouco o exame dos quatro fatores relevantes sugere que elas não devam ser tratadas como valores mobiliários: (1) a Co-Op [Emissora] os vendeu para levantar capital, e os investidores as compraram para obter lucro na forma de juros, de modo que eles são mais naturalmente concebidos como investimentos em uma oportunidade de negócios; (2) houve “oferta pública” das notas comerciais, que foram oferecidas e vendidas para um amplo segmento do público; (3) o público razoavelmente percebeu pelos anúncios das notas comerciais que elas eram produtos de investimento, e não houve nenhum fator em sentido contrário que pudesse levar uma pessoa razoável a questionar essa caracterização; e (4) *não havia nenhum fator de redução de risco que tornasse desnecessária a aplicação da legislação do mercado de capitais [Securities Act e Securities Exchange Act], uma vez que as notas comerciais foram emitidas sem lastro ou seguro e escapariam inteiramente à regulação federal se a legislação do mercado de capitais fosse considerada inaplicável* (UNITED STATES, 1990, grifo nosso, tradução nossa).

Ou seja, nos termos da decisão, a SEC utiliza-se do conceito aberto de *security* e da interpretação jurisprudencial que definiu os elementos desse conceito, para funcionar como uma espécie de órgão regulador de último recurso (*last resort*) na esfera administrativa para a proteção da poupança popular. Em sentido contrário, o órgão integrante da Administração Pública federal que a rigor exerce a função de defensor de último recurso da captação de poupança popular é o Ministério da Fazenda, por meio da Sefel.

Constata-se, pois, que desde a promulgação da Lei nº 6.385/1976 existe um duplo sistema regulatório: um específico para os valores mobiliários, seu mercado e suas ofertas (Lei nº 6.385, de 1976 (CVM)) e outro para qualquer forma de captação da poupança popular (Lei nº 5.768, de 1971 (Sefel)). Se a poupança popular vier a ser afetada pela oferta de um instrumento ou produto financeiro incluído no rol de valores mobiliários do art. 2º da Lei nº 6.385/1976, será regulado pela CVM; caso contrário, sê-lo-á pela Sefel. Logo, a CVM detém competência regulatória específica sobre os valores mobiliários e a Sefel, competência residual sobre qualquer forma de captação de poupança popular.

Como base nessa síntese sobre a razão de se atribuir a natureza jurídica de valor mobiliário a determinado produto financeiro e sobre qual o órgão

responsável pela proteção da poupança popular no Brasil, é possível tentar responder à primeira parte da pergunta-título do trabalho: o *bitcoin* é um valor mobiliário? A resposta é negativa, pelos motivos detalhados a seguir.

Depois da adoção no Direito brasileiro de um conceito aberto para definir *valor mobiliário*, nos termos do inciso IX do art. 2º da Lei nº 6.385/1976 passou a ser possível considerar *valor mobiliário* qualquer título ou contrato de investimento coletivo que: i) seja objeto de oferta pública; ii) gere direito de participação, parceria ou remuneração (inclusive resultante da prestação de serviços); e iii) dê direito ao recebimento de rendimentos advindos do esforço do empreendedor ou de terceiros:

Art. 2º São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei:

[...]

IX – quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros (BRASIL, [2022b]).

Na experiência da CVM com a aplicação desse inciso, especialmente a partir do item 2.11 do voto proferido pelo diretor Marcos Pinto no julgamento do Processo Administrativo CVM nº RJ2007/11.593, em 22/1/2008 (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2008), o conceito aberto de *valor mobiliário* parece ter sido subdividido numa espécie de *checklist* burocrático no qual o produto, título ou ativo financeiro passa a ser considerado um valor mobiliário para fins de atração da competência regulatória da CVM se todas as perguntas forem respondidas com *sim*. O *checklist* é composto por estas perguntas: i) há um investimento?; ii) o investimento é formalizado por um título ou por um contrato?; iii) o investimento é coletivo?; iv) o investimento dá direito a alguma forma de remuneração?; v) a remuneração tem origem nos esforços do empreendedor ou de terceiros que não o investidor?; e vi) os títulos ou contratos são objeto de oferta pública? Em que pese a dificuldade exegética para delimitar um conceito jurídico indeterminado composto por elementos também indeterminados³, para se tentar identificar se o *bitcoin* é ou não

³Qualquer tentativa de definir *valor mobiliário* com base no inciso IX teria que ser capaz de responder, por exemplo, a algumas questões. Quando uma transferência de recursos configura um investimento? Quais são os títulos que podem originar valores mobiliários? Os títulos precisam ser cartulares ou podem ser escriturais? Qualquer contrato que atenda aos requisitos do art. 104 do Código Civil (CC) (BRASIL, [2022e]) pode vir a ser um valor mobiliário? Quantas pessoas são necessárias para que um investimento seja coletivo? Remuneração é igual a lucro (receita operacional menos despesa operacional) ou igual a dividendo? O que diferencia uma oferta pública de uma oferta privada?

um valor mobiliário, pelo que se depreende da experiência brasileira recente no mercado de valores mobiliários bastaria submetê-lo àquelas seis perguntas. Dessa maneira, seria possível obter o resultado exposto a seguir.

Há um investimento? Sim, tanto em sentido comum ou econômico do termo quanto sob o sentido jurídico. O conceito de *investimento* está ligado à realização de uma transferência de parcela do patrimônio do investidor para o patrimônio de outrem motivada pela intenção do investidor em auferir futuro aumento no seu patrimônio, seja em decorrência da valorização do bem recebido em troca da parcela do patrimônio aplicada (ganho de capital), seja dos frutos gerados pela aplicação (rendas, rendimentos, lucros ou dividendos, por exemplo). Desse modo, poder-se-ia afirmar que o conceito jurídico de *investimento* contém três elementos: um objetivo (a transferência de parcela do patrimônio), um subjetivo (a intenção de aumentar o próprio patrimônio) e um temporal (o potencial aumento patrimonial futuro). Martins (2003, p. 17) define *investimento* como “[g]asto ativado em função de sua vida útil ou de benefícios atribuíveis a futuro(s) período(s)” e define *gasto* como a “[c]ompra de produto ou serviço qualquer, que gera sacrifício financeiro para a entidade [contábil] (desembolso), sacrifício esse representado por entrega ou promessa de entrega de ativos (normalmente dinheiro)”. Por outro lado, Sandroni (2001, p. 248) define *investimento* como

[a]plicação de recursos (dinheiro ou títulos) em empreendimentos que renderão juros ou lucros, em geral a longo prazo. Num sentido amplo, o termo aplica-se tanto à compra de máquinas, equipamentos e imóveis para a instalação de unidades produtivas, quanto à compra de títulos financeiros (letras de câmbio, ações, etc.). Nesses termos, investimento é toda a aplicação de dinheiro com expectativa de lucro. Em sentido estrito, em economia, investimento significa a aplicação de capital em meios que levam ao crescimento da capacidade produtiva (instalações, máquinas, meios de transporte), ou seja, em bens de capital.

Inexiste definição legal de *investimento*, mas é possível encontrar na legislação algumas referências ao seu conceito. Por exemplo, o § 4º do art. 12 da Lei nº 4.320/1964 determina os critérios para a classificação de gastos públicos como investimentos:

§ 4º Classificam-se como investimentos as dotações para o planejamento e a execução de obras, inclusive as destinadas à aquisição de imóveis considerados necessários à realização destas últimas, bem como para os programas especiais de trabalho, aquisição de instalações, equipamentos e material permanente e constituição ou aumento do capital de empresas que não sejam de caráter comercial ou financeiro (BRASIL, [1982]).

Outro exemplo: a alínea “b” do § 5º do art. 176, o inciso II do § 1º do art. 178, o inciso III do art. 179, os incisos III e IV do *caput* e a alínea “c” do § 1º do art. 183 da Lei nº 6.404/1976 (BRASIL, [2022c]) definem o tratamento contábil aplicado aos investimentos feitos por sociedades anônimas no capital de outras sociedades e em outros ativos. No âmbito da regulação, é possível identificar os desdobramentos do conceito de *investimento*, por exemplo, nos Pronunciamentos Técnicos nºs 18 (*Investimento em Coligada, em Controlada e em Empreendimento Controlado em Conjunto*) e 39 (*Instrumentos Financeiros: Apresentação*) do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC), incluídos, por referência, na regulação do mercado de capitais por meio das Deliberações CVM nºs 696/2012 e 604/2009, respectivamente (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, [2022a], [2022b]).

Destaque-se que na discussão norte-americana o conceito de *security*, utilizado como base para a definição aberta de *contrato de investimento coletivo* adotada no Brasil, é a eventual possibilidade de um investimento ser realizado por meio de uma permuta; é obrigatória a utilização de dinheiro (moeda de curso forçado) pelo investidor para que determinada mutação patrimonial seja caracterizada como investimento. Numa leitura estrita, uma operação financeira somente se caracterizaria como investimento se o investidor se utilizasse de moeda corrente nacional para adquirir o ativo objeto do investimento, pois o *Howey Test* determina a realização de um investimento em dinheiro (*investment of money*).

Por outro lado, numa leitura mais abrangente, verifica-se a discussão nos EUA sobre a possibilidade de se aceitar a realização de um investimento mesmo quando não há desembolso de dinheiro pelo investidor dos valores mobiliários (*securities*) em questão, conforme

se decidiu no caso *International Brotherhood of Teamster v. Daniel* em 1979 (439 U.S. 551) (UNITED STATES, 1979)⁴. Nesse caso, a Corte Federal Americana de Apelações para o 7º Circuito considerou que foi realizado um investimento num plano de previdência privada (*security*), ainda que o adquirente não tivesse desembolsado recursos. Contudo, o posicionamento dessa Corte foi suplantado pela Suprema Corte com base no argumento de que realidade econômica da operação (adesão obrigatória num plano de previdência suplementar privada) era diferente da relação de investimento num valor mobiliário.

Em razão disso, é possível responder positivamente à primeira pergunta necessária para atribuir ao *bitcoin* a natureza jurídica de valor mobiliário, pois, ao adquirir esse produto financeiro, o adquirente (investidor) pode estar interessado na utilização da parcela do seu patrimônio representada em moeda corrente nacional para obter pelo menos um de dois objetivos: i) auferir futuro resultado financeiro positivo com a venda dos *bitcoins* adquiridos para um terceiro (uma decisão de investimento, portanto); ou ii) utilizar os *bitcoins* como meios de viabilizar futuras trocas econômicas.

Apesar de a compra de *bitcoins* com a segunda finalidade atender a uma função econômica diferente da necessária para configurar um investimento, nos termos mencionados seria pouco prático ou razoável analisar a motivação ou causa subjetiva do adquirente dos *bitcoins* na contratação. Contudo, salientem-se duas questões, uma de ordem jurídica e outra de ordem econômica. Primeira: a motivação do comprador dos *bitcoins* somente precisaria ser analisada juridicamente em caso de i) nulidade do negócio jurídico (inciso III do art. 166 do

⁴ Para maiores informações sobre o caso, ver: Roddy (1980).

CC) ou ii) dano em decorrência da contratação (art. 186 do CC (BRASIL, [2022e])). Segunda: atualmente, apenas 15.174 estabelecimentos físicos no mundo (SHEPHERD, 2020) aceitam *bitcoins* como meio de pagamento, o que parece indicar que esse produto financeiro ainda não tem a liquidez necessária e suficiente para justificar a sua aquisição exclusivamente como meio de troca.

O investimento foi analisado considerando-se a opção mais comum de aquisição de *bitcoins* pelo público investidor: a aquisição numa corretora especializada na intermediação de criptoativos. Contudo, também é possível realizar um investimento em *bitcoins* por meio da aquisição e instalação dos equipamentos de informática necessários para a *mineração* de *bitcoins* diretamente na rede do *Bitcoin* (os *mining rigs*). Nessa modalidade, o investimento em *bitcoins* afasta-se da economia financeira e aproxima-se da economia real, pois implica a mobilização de fatores de produção (capital, trabalho, *know how*, tempo, dinheiro etc.) escassos e organização da atividade econômica para a geração de riqueza.

O investimento é formalizado por um título ou por um contrato? A resposta à pergunta, aparentemente formal e simples, apresenta alguma complexidade na medida em que é preciso estabelecer: i) a diferença entre um acordo de vontades (contrato) e o seu meio de suporte físico ou eletrônico (instrumento); ii) a diferença entre um contrato e um título; e iii) as diferenças juridicamente relevantes na formalização de um título ou contrato em suporte físico (papel) ou eletrônico.

Destaque-se inicialmente que um contrato é juridicamente válido no Brasil se atende aos requisitos do art. 104 do CC (BRASIL, [2022e]). Para isso, os contratos precisam: i) ter “objeto lícito, possível, determinado ou determinável”; ii) ser firmados por agentes capazes; e iii) seguir

a forma prescrita ou não vedada em lei. Por outro lado, título *de crédito* é um documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo nele contido e que somente produz efeitos como título de crédito quando preenchidos os requisitos previstos em lei (art. 887 do CC). Porém, apesar de os títulos *de crédito* comporem a principal espécie do gênero *título*, o inciso IX do art. 2º da Lei nº 6.385/1976 não pode ser lido restritivamente de modo a excluir do âmbito de aplicação da regra quaisquer outros documentos que consubstanciem direitos de crédito potencial ou efetivo de seu titular contra o devedor do título. Logo, como não cabe ao intérprete restringir o que o legislador não restringiu, à palavra *título* expressa no inciso deve ser atribuído o significado mais amplo possível a fim de abranger qualquer documento suficiente para configurar ou representar os direitos (de remuneração, parceria ou participação) conferidos ao beneficiário do título.

Em relação à primeira distinção: o investimento em *bitcoins* realizado sem a intermediação de uma *exchange* não se perfaz com a assinatura de um instrumento que materializa um contrato ou na criação de um título. Não é contrato porque não há um acordo de vontades entre o investidor, de um lado, e, de outro, Satoshi Nakamoto ou qualquer outra pessoa que participe da rede do *Bitcoin* para viabilizar o investimento decorrente da *mineração* dos *bitcoins*⁵. Não é um *título* ou *título de crédito* porque não existe suporte físico ou eletrônico

⁵O investimento em *bitcoin* pode não ser materializado num contrato, mas podem existir contratos de prestação de serviços de armazenagem, acesso, disponibilização e operacionalização técnica de plataformas eletrônicas para a realização de operações de compra e venda de *bitcoins* necessários para viabilizar o investimento da maior parte dos investidores de *bitcoins*, que não detêm conhecimentos técnicos de informática para acessar diretamente a rede do *Bitcoin*. Vejam-se, por exemplo, os termos de uso de uma plataforma eletrônica brasileira de venda de criptomoeças (TERMOS..., 2021).

único que represente os direitos dos titulares do *bitcoin*. Todas as informações necessárias para assegurar a propriedade ou as características dos *bitcoins* adquiridos pelo investidor, bem como o seu histórico de negociações decorre não de um regime jurídico próprio, de normas sociais ou dos costumes comerciais⁶ (como acontece com os títulos de crédito), mas sim de um determinado protocolo da rede de informática onde os *bitcoins* são *minerados* e transferidos entre os participantes da rede do *Bitcoin*.

Um acordo de vontades depende de um mínimo de confiança entre as partes, ao passo que a criação de uma rede com tecnologia descentralizada de blocos de informações (*blockchain*) utilizada pela rede do *Bitcoin* busca exatamente eliminar a necessidade de confiança das partes entre si ou entre as partes e um terceiro agente fiduciário (uma instituição financeira intermediária, um depositário central ou uma *clearing house*) para o cumprimento das obrigações de pagamento ou de entrega necessárias para a conclusão das operações contratadas. Assim, a rede do *Bitcoin* funcionaria como uma forma de regulação pela arquitetura (*regulation by architecture*), na qual a própria infraestrutura descentralizada de informática em que os dados são mantidos é responsável por impedir comportamentos indesejáveis dos participantes da rede. Com infraestrutura descentralizada, a rede do *Bitcoin* é tão mais segura quanto maior for o seu número de participantes. Em tese, essa maior segurança não resultaria na criação de centros de poder econômico e “regulatório” privado, tal como ocorre nos casos tradicionais de regulação pela arquitetura, em que apenas um

grupo privado detém o controle as informações inseridas, retiradas ou transacionadas na plataforma eletrônica (*Google, Amazon, Youtube, Facebook* etc.).

Uma vez considerado que o investimento em *bitcoins* realizado sem a intermediação de uma *exchange* não se trata de um contrato, é preciso verificar se se trata de um título. A resposta a essa questão também é negativa, visto que a propriedade de *bitcoins* não implica a formalização de um título escritural ou cartular. É possível afirmar isso porque: i) a regularidade de um título eletrônico depende da possibilidade de cumprimento de todos os requisitos exigidos para o título em papel; e ii) um mercado organizado e de larga escala de títulos eletrônicos no Brasil ainda pressupõe a atuação de instituições intermediárias com deveres fiduciários e reguladas pelo Banco Central e pela CVM.

Em relação à primeira objeção, é preciso destacar que o principal requisito a ser cumprido na formalização cartular ou escritural (eletrônica ou em papel) de um título é assinatura do próprio emissor ou do escriturador. Assim, para que possa ser emitido de forma eletrônica e juridicamente válida no Brasil, é necessário que o título tenha sido assinado com base em assinatura eletrônica nos termos da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), estabelecida pela Medida Provisória (MP) nº 2.200-2, de 24/8/2001 – o que não acontece cada vez que um investimento em *bitcoins* é realizado ou cada vez que um *bitcoin* é *minerado*. Desse modo, conquanto o § 2º do art. 10 da MP nº 2.200-2 (BRASIL, [2020b]) reconheça a possibilidade de utilização de outros meios eletrônicos para a comprovação de autoria e integridade de documentos eletrônicos, a necessidade de aceitação do modo de assinatura eletrônica (adotado pelas partes ou por qualquer terceiro a quem o documento eletrônico possa vir a ser oposto)

⁶Todavia, o fato de o *bitcoin* ser uma inovação muito recente parece tornar prematura qualquer avaliação sobre a capacidade de um eventual consenso – entre os participantes da rede do *Bitcoin* no momento da execução das alterações introduzidas no protocolo da rede necessárias à realização de operações com *bitcoins* – ser suficiente para configurar algum tipo de costume ou norma social juridicamente relevante.

inviabiliza a sua ampla circulação e retira-o imediatamente do regime dos títulos de crédito. A assinatura válida do devedor é o principal requisito para que um título passe a ter existência jurídica (teoria da criação) e porque, independentemente do meio de suporte do título (eletrônico ou físico), ele somente poderá ser juridicamente considerado como tal se atender aos requisitos mínimos para a sua emissão.

No caso do investimento em *bitcoins*, realizado com ou sem a intermediação de uma *exchange*, há na verdade um conjunto de informações armazenadas de forma descentralizada por toda uma rede. Essas informações, uma vez acessíveis por meio de senhas e chaves de criptografia específicos, passam a compor uma unidade (o *bitcoin* ou a carteira de *bitcoins*), frugal e momentânea, à qual tem sido atribuído um subjetivo valor econômico. Uma vez que recebam – e somente enquanto continuem recebendo – algum valor econômico, os *bitcoins* passam a ter relevância jurídica e a ser reconhecidos pelo Direito como bens patrimoniais imateriais, nos termos dos arts. 82 e 83 do CC (BRASIL, [2022e]). O reconhecimento do *bitcoin* como bem imaterial, contudo, não depende necessariamente de seu reconhecimento como título, tampouco é suficiente para transformar esse conjunto de informações disperso na rede em título dotado de unidade e coerência interna. Em virtude disso, a propriedade eletrônica (titularidade) de um *bitcoin* mais se assemelha à propriedade de um bem imaterial (*commodity*) do que a um título (ativo financeiro) ou título de crédito.

A situação é diversa se se considera o investimento em *bitcoins* realizado por intermédio das *exchanges*, pois nesses casos há um contrato entre o investidor e a sociedade empresária que lhe vendeu os *bitcoins*. Configura-se uma relação consumerista entre as corretoras de títulos e valores mobiliários tradicionais e os seus clientes. Esse contrato tem como objeto a prestação de serviços de acesso à rede do *Bitcoin*, a guarda de informações (armazenamento on-line ou off-line de criptomoedas) e a consolidação de posições financeiras e em *bitcoins* do cliente, a prestação de serviços de segurança de acesso à rede de informática e, naturalmente, da venda de *bitcoins* (caso a própria *exchange* realize operações financeiras tendo os seus clientes como contrapartes⁷) ou de intermediação

⁷ Quanto à realização de operações entre a própria *exchange* e os clientes, trata-se de uma significativa disparidade no tratamento jurídico aplicável à atuação de intermediários em relação ao regime jurídico aplicável aos demais intermediários financeiros (tais como as DTVMs, CTVMs e AAls) e os administradores de carteiras de valores mobiliários, pois estes têm obrigações específicas de prestação de informações, mitigação de conflitos de interesse, cadastro de clientes, análise do perfil do investidor, prevenção da lavagem de dinheiro e combate ao financiamento do terrorismo que precisam ser observadas tanto na intermediação de operações quanto nas operações entre a sua mesa própria de tesouraria e os seus clientes. Veja-se, por exemplo, o disposto no art. 17 da Instrução CVM nº 558, de 26/3/2015 (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, [2021], p. 19): “Art. 17. É vedado

da compra e venda de *bitcoins* (caso a *exchange* figure apenas como intermediária nas transações de compra e venda de *bitcoins* entre os seus próprios clientes ou entre os seus clientes e terceiros participantes da rede do *Bitcoin*). Como a contratação da *exchange* pelo investidor acontece de forma quase exclusivamente eletrônica, caracteriza-se um contrato eletrônico nos moldes dos contratos cuja validade já tem sido reconhecida pelo Poder Judiciário. Por todos, veja-se esta decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a validade de contratos eletrônicos:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. 1. DEFICIÊNCIA NO TRASLADO: CARIMBO DO PROTOCOLO ILEGÍVEL. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DEVER DE VIGILÂNCIA DO AGRAVANTE. 2. VALIDADE DO CONTRATO ELETRÔNICO CELEBRADO POR E-MAIL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (BRASIL, 2011, p. 19, grifo nosso).

Os contratos firmados eletronicamente são válidos com base na regra do art. 104 do CC (BRASIL, [2022e]); os contratos para os quais a lei não defina forma específica serão válidos na forma acordada entre as partes. Existem, então, três caminhos possíveis para um investidor receber *bitcoins*. No primeiro não há contrato: recebe-os por meio da *mineração* direta na rede do *Bitcoin*. No segundo e no terceiro há contrato de intermediação e pode haver contratos de compra e venda de *bitcoins* ou de permuta de outros bens por *bitcoins* – naquele o investidor adquire os *bitcoins* por meio de uma *exchange* e neste recebe os *bitcoins* como contrapartida à entrega de outro bem.

Apesar de o *bitcoin* ter sido criado com o fim de exercer a função econômica de moeda para a realização de pagamentos (NAKAMOTO, [2009]), a troca de qualquer bem por *bitcoins* tem no Brasil a natureza jurídica de permuta (art. 533 do CC) e não de compra e venda (art. 481 do CC (BRASIL, [2022e])), haja vista que a compra e venda se caracteriza pela troca de bens (coisa certa) por preço certo em dinheiro e pela troca de bens pela moeda de curso forçado ou de curso legal – que no País é o real, conforme o art. 1º da Lei nº 9.069/1995 (BRASIL, [2021]).

ao administrador de carteiras de valores mobiliários: I – atuar como contraparte, direta ou indiretamente, em negócios com carteiras que administre, exceto nos seguintes casos: a) quando se tratar de administração de carteiras administradas de valores mobiliários e houver autorização, prévia e por escrito, do cliente; ou b) quando, embora formalmente contratado, não detenha, comprovadamente, poder discricionário sobre a carteira e não tenha conhecimento prévio da operação”.

O investimento é coletivo? Uma vez superadas essas duas questões fundamentais, o *bitcoin* poderá ser submetido às perguntas seguintes do teste com o propósito de verificar sua eventual natureza jurídica como valor mobiliário. Em relação ao caráter *coletivo* do investimento em *bitcoins*, a resposta é negativa, visto que essa expressão nova no Direito brasileiro (VERÇOSA, 1997, p. 98) demanda algum tipo de vínculo que confira unidade a todos os investimentos individual e separadamente realizados por investidores sem relação direta entre si; todos os investimentos devem estar destinados a uma só atividade ou finalidade comum que lhes confira coincidência de propósito (tal como viabilizar um projeto de expansão empresarial), riscos e possibilidades de retorno, geradas por um só empreendedor ou pelo vendedor da oportunidade de investimento.

Para que o investimento em *bitcoins* pudesse vir a ser considerado *coletivo*, seria necessário considerar que toda a rede do *Bitcoin*, ou toda *mineração* ou prova de trabalho realizada na rede do *Bitcoin* pelos *mineradores* configura uma espécie de empreendimento único global a que todos os investidores estariam ligados. O que não parece ser uma leitura razoável do critério *coletividade* do investimento, dado que não existe relação alguma entre todos os *mineradores* participantes da rede do *Bitcoin* ou entre esses *mineradores* e os demais usuários.

Ela funciona como um protocolo aberto (*open source*) de modo que a possibilidade de livre ingresso e saída e de crescimento do número de usuários (nós e pontos) da rede ponto a ponto contraria a estrutura subjacente à ideia de *empreendimento*: a de uma atividade delimitada no escopo, no tempo e no espaço. Em vista disso, somente seria *coletivo* o investimento realizado por investidores individuais – que não precisam ter qualquer intenção de partilha de riscos entre si, por que aqui não se exige o critério da *affectio*

societatis entre os investidores⁸. Assim, parece possível fazer uma analogia com a empreitada do Direito Civil, caracterizada pelo “resultado a se obter pela atividade ou pelo trabalho” e pela relação jurídica na qual “uma das partes obriga-se a executar, por si só, ou com o auxílio de outros, determinada obra” (GOMES, 1966, p. 290). Contudo, diferentemente da empreitada, no contrato de investimento coletivo, o *auxílio* de outros provém da captação dos recursos necessários à realização do projeto específico e a *obra* consiste na exploração de uma atividade econômica organizada pelo emissor ou pelo vendedor dos títulos ou contratos de investimento coletivo. Sobre o conceito de *investimento coletivo*, Verçosa (1997, p. 98) afirma

tratar-se de um negócio no qual o comprador busca auferir lucro, estando presente, de forma implícita, o elemento risco. [...] [F]ornecimento de capital de risco por investidores de um empreendimento. Tal investimento, de acordo com a definição da lei brasileira em apreço não é individual, e sim coletivo ou que a atividade desenvolvida pelo empresário vendedor de tais títulos ou contratos é feita mediante a participação coletiva de investidores, cujos recursos são aplicados em algum tipo de bem, entre os quais estão expressamente incluídos os serviços.

No investimento em *bitcoins* ocorre uma atuação meramente individual dos diversos usuários da rede do *Bitcoin* ou, no máximo, uma relação jurídica bilateral entre o investidor e a *exchange* que lhe franqueia o acesso à rede. Pode-se, então, perceber que é incorreto considerar toda a rede do *Bitcoin* ou parte dela como empreendimento único somente para atender à necessidade de determinar a existência jurídica de um investimento *coletivo* e,

⁸ Esse é um dos critérios de distinção entre uma relação jurídica de investimento e uma relação jurídica de sociedade.

consequentemente, atrair a competência regulatória do órgão regulador do mercado de capitais. Como o investimento em *bitcoin* tem caráter individual, embora valha de modo mais ou menos idêntico para todos os usuários da rede do *Bitcoin*, é possível considerar que se trata de uma relação jurídica transindividual homogênea, mas não necessariamente coletiva.

Na experiência jurídica norte-americana o conceito de *investimento coletivo* também foi objeto de controvérsias. Por exemplo, conforme Lima Junior (2016), no julgamento do caso *Procter & Gamble v. Bankers Trust*, a justiça federal estadunidense afastou o argumento de que um contrato de derivativo de balcão era um contrato de investimento coletivo porque todos os contratantes individuais do banco *Bankers Trust* formariam uma *coletividade* que investira seus recursos no banco acreditando na capacidade do banco de gerenciar sua carteira de investimentos em contratos derivativos. Ficou decidido que um conjunto de contratos de uma das partes (no caso o banco *Bankers Trust*) era insuficiente para conferir unidade de propósito a um grupo e, assim, transformar uma série de relações jurídicas bilaterais e de caráter individual (o contrato de cada cliente com o banco) numa relação jurídica de investimento coletivo.

O investimento dá direito a alguma forma de remuneração? A resposta é relativamente mais simples que as anteriores, já que depende de uma avaliação objetiva pelo investidor sobre os frutos gerados pelo ativo objeto do investimento. Um exemplo: no caso de um valor mobiliário tradicional (tal como uma ação ou uma debênture), a titularidade do valor mobiliário garante ao investidor algumas formas de remuneração⁹ decorrentes da posição de titular do valor mobiliário.

No caso do investimento em ações emitidas por sociedades anônimas de capital aberto, o titular (acionista) tem o direito essencial ao recebimento de dividendos (inciso I do art. 109 da Lei nº 6.404/1976) e, no caso da debênture, o titular (debenturista) tem o direito ao recebimento dos juros pagos pela companhia emissora (inciso VII do art. 59 da Lei nº 6.404/1976 (BRASIL, [2022c])). Em razão disso, para que um instrumento ou produto financeiro seja considerado valor mobiliário, é necessário que contenha

⁹O quinto subitem do teste estruturado no item 2.11 do voto proferido pelo diretor Marcos Pinto no julgamento do Processo Administrativo CVM nº RJ2007/11.593, em 22/1/2008, alude exclusivamente ao direito de obter *remuneração* (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2008), ainda que o inciso IX do art. 2º da Lei nº 6.385/1976 também se refira aos direitos de parceria e participação (BRASIL, [2022b]). Uma abordagem mais profunda desses conceitos foge ao escopo do presente trabalho; em todo caso, há uma interessante discussão sobre o conteúdo dos conceitos de *parceria* e *participação* no artigo apresentado em 2011 (e ainda não publicado) por Ana Carolina Barbuio, Camilla Ribeiro Martes, George André Willrich Sales e Lucas Petri Bernardes, como requisito parcial para a aprovação na disciplina Regulação do Mercado de Capitais, ministrada pelos professores José Alexandre Tavares Guerreiro e Francisco Satiro no programa de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

uma curva de rendimentos (*yield curve*) atrelada à (ou decorrente da) própria titularidade do investimento.

No caso dos *bitcoins*, entretanto, é evidente que sua titularidade não garante ao investidor direito algum ao recebimento de frutos (dividendos ou juros). Considerando-se que, ao menos em tese, se trata de uma moeda, os eventuais ganhos do investidor em *bitcoins* aconteceriam exclusivamente na valorização da cotação dos *bitcoins* conforme a flutuação livre de mercado. Assim, a única possibilidade de auferir retorno financeiro decorrente do montante investido na compra dos *bitcoins* é com a venda dos *bitcoins* por um preço maior do que o que foi pago pelo investidor. Naturalmente, um investidor experiente poderia auferir lucros ao adotar outras estratégias de investimento em *bitcoins* muito além da espera do aumento do valor da cotação (*long only*). Tais estratégias de investimento poderiam incluir, por exemplo, a negociação de *bitcoins* em diferentes *exchanges* para viabilizar ao investidor a arbitragem de valores de compra ou venda de *bitcoins* em diferentes *exchanges* ou países. No entanto, a possibilidade de ganho com a adoção de estratégias ativas pelo investidor é insuficiente para caracterizar uma curva de rendimentos própria do *bitcoin*.

A remuneração tem origem nos esforços do empreendedor ou de terceiros que não o investidor? A pergunta diz respeito a um dos critérios mais importantes para definir um *valor mobiliário*: o fato de o potencial retorno do investimento depender do potencial sucesso do empreendimento, atividade ou negócio desenvolvido pelo emissor do ativo financeiro. Aqui se constata uma linha divisória entre a postura passiva do investidor (mero rentista do empreendimento) e a postura ativa das partes ofertantes da oportunidade de investimento por meio dos valores mobiliários distribuídos. No caso do investimento em *bitcoins*, os eventuais retornos positivos

para o investidor necessariamente dependerão da postura ativa do investidor na análise do mercado e nos processos de tomada de decisão de investimento ou desinvestimento visando obter os retornos pretendidos. Considerando que o investimento em *bitcoins* não oferece uma curva de rendimentos ao seu titular, essa pergunta fica prejudicada no presente caso e sua resposta necessariamente é negativa.

Os títulos ou contratos são objeto de oferta pública? A última pergunta relativa à atribuição da natureza jurídica de valor mobiliário a determinado produto ou instrumento financeiro diz respeito ao seu potencial de apelo à economia popular – em outros termos, à capacidade que a oferta em questão tem de atingir um número indeterminado de investidores sem relação prévia com os emissores ou com os intermediários da oferta.

No ordenamento jurídico brasileiro existem três formas possíveis de distribuição de valores mobiliários: i) a oferta privada, sem necessidade de registro do emissor e da oferta na CVM; ii) a oferta pública com esforços restritos, sem necessidade de registro da oferta na CVM, regida pela Instrução CVM nº 476/2009; e iii) a oferta pública com necessidade de registro da oferta e do emissor na CVM, regida pela Instrução CVM nº 400/2003. Em linhas gerais, é pública a oferta capaz de atingir um número indeterminável de investidores, sendo por isso realizada em lojas, agências e com a utilização de materiais de divulgação da oferta; e privada a oferta que atinge um grupo pequeno de pessoas previamente conhecidas pelo emissor ou pelo intermediário (geralmente os investidores alcançados por essas ofertas são familiares, amigos ou pessoas físicas e jurídicas com relacionamento comercial prévio com as instituições participantes da oferta). Naturalmente, como acontecem unicamente pela internet, as ofertas de investimento em *bitcoins* têm condições de atingir um número

indeterminável de investidores potenciais e efetivos. Por isso, a resposta àquela pergunta é necessariamente positiva.

Ressalte-se que são dificilmente aplicáveis ao investimento em *bitcoins* os critérios para aferir se determinada oferta foi realizada no Brasil para fins de atração da competência regulatória do órgão regulador do mercado de capitais. Primeiro, porque os critérios de definição de competência regulatória territorial (local da sede, residência ou domicílio do emissor ou dos intermediários) costumam ser inaplicáveis na análise do investimento em *bitcoins*: absolutamente tudo é realizado de forma eletrônica e descentralizada pela internet. Segundo, porque a rigor não existem períodos de ofertas de *bitcoins* (com marcos específicos de início e fim, tais como a publicação de anúncios e avisos), uma vez que a oportunidade de investimento em *bitcoins* está sempre disponível. Terceiro, porque as páginas na internet das *exchanges* sediadas fora do Brasil podem ser facilmente acessadas (e, se for o caso, traduzidas) por investidores potenciais ou efetivos localizados, residentes ou domiciliados no Brasil.

Caso os *bitcoins* fossem valores mobiliários (o que não é o caso, dado que nem todas as respostas do teste foram respondidas positivamente), a sua oferta pela internet estaria regulada pelos Pareceres de Orientação nºs 32 e 33, ambos expedidos pela CVM em 30/9/2005 (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2005a, 2005b). Conforme esses pareceres, uma oferta de valores mobiliários emitidos em outras jurisdições seria considerada como realizada no Brasil para fins de necessidade de registro aqui se os meios utilizados para a divulgação da oferta no exterior fossem utilizados para atrair investidores brasileiros. Sobre a utilização da internet para a realização de ofertas de valores mobiliários, a CVM destaca que a oferta será considerada pública a menos que o patrocinador

da página da internet (*information provider*) tenha tomado algumas medidas preventivas para evitar a participação do público em geral na referida oferta, tais como:

b. inexistência de divulgação da página ao público pelo patrocinador da página da internet por meio de correio eletrônico não solicitado, em mecanismos de busca, salas de discussão, por propaganda em páginas na Internet ou revistas, etc.; e

c. existência de indicação direta ou indireta, mas suficientemente clara, de que a página não foi criada para o público em geral (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2005a, p. 2).

Como a rede do *Bitcoin* é descentralizada, inexistente um servidor que funcione como o ponto central da rede e que, portanto, poderia ser utilizado para definir o local da sede do emissor – e vale lembrar que o local de residência de Nakamoto é desconhecido. Caso um investidor acesse diretamente a rede do *Bitcoin* para investir, acontecerá uma aplicação de recursos num produto financeiro eletrônico e completamente desterritorializado para fins de definição da jurisdição originária da oferta. Caso a oferta ou o investimento aconteçam por meio de uma *exchange*, será possível adotar, como ficção legal, que a oferta estaria sendo realizada no país da sede da *exchange* ofertante. Dessa forma, poder-se-ia ao menos identificar um regime jurídico aplicável e um potencial responsável por uma suposta captação de poupança popular no Brasil sem a observância dos requisitos regulatórios aplicáveis.

Em resumo, o investimento em *bitcoins* falha no teste adotado pela CVM para a definição de um valor mobiliário na modalidade de contrato de investimento coletivo. A falha acontece pois: i) apenas uma das perguntas (*Há um investimento?*) pode ser categoricamente

respondida de forma positiva; ii) as perguntas *O investimento é formalizado por um título ou por um contrato?* e *Os títulos ou contratos são objeto de oferta pública?* podem ser respondidas de forma positiva apenas quando e se o investimento em *bitcoins* tiver sido realizado por meio de uma *exchange*; iii) as perguntas *O investimento é coletivo?* e *O investimento dá direito a alguma forma de remuneração?* são respondidas negativamente; e iv) a pergunta *A remuneração tem origem nos esforços do empreendedor ou de terceiros que não o investidor?* é prejudicada pela resposta negativa à pergunta a respeito do direito a remuneração. Logo, o investimento em *bitcoins* não é um investimento em valores mobiliários: a emissão, a *mineração*, a oferta e o investimento em *bitcoins* estão fora do perímetro regulatório da CVM e não podem ou devem ser regulados por essa autarquia. Porém, dizer que a CVM carece de competência regulatória sobre o mercado de *bitcoins* é diferente de dizer que esse mercado, seus participantes, ofertas ou investidores não devem ser regulados por algum outro órgão estatal. Talvez os processos de captação de poupança popular por meio de *bitcoins* precisem sim ser objeto de regulação e controle estatal. Contudo, no debate institucional, jurídico e administrativo brasileiro¹⁰ ainda está em aberto a questão sobre a que órgão da Administração Pública federal compete regular o mercado de *bitcoins* no País.

4 O *bitcoin* é um ativo financeiro?

Uma vez identificado que o *bitcoin* não é um valor mobiliário – porque não consta no rol taxativo previsto nos incisos I a VIII do art. 2º da Lei nº 6.385/1976, nem atende aos requisi-

¹⁰ Especialmente depois da revogação do inciso V do art. 7º da Lei nº 5.768/1971 (vide nota 2).

tos de um contrato de investimento coletivo, nos termos do inciso IX do mesmo artigo –, é possível responder à segunda parte da pergunta do título deste trabalho para identificar se o *bitcoin* pode ser juridicamente definido como *ativo financeiro*.

Inicialmente, deve-se esclarecer que este estudo se preocupa com o conceito *jurídico* de instrumento financeiro e que o conteúdo desse conceito jurídico não se confunde – necessariamente – com os conteúdos dos conceitos *econômico* ou *contábil* de ativo financeiro ou de instrumento financeiro. Tal esclarecimento é necessário porque no panorama atual do estudo e da regulação dos mercados financeiro e de capitais brasileiros observa-se a tendência de importar conceitos de outras realidades jurídicas (como o conceito norte-americano de *securities*) ou de outras ciências sociais (especialmente economia, administração e contabilidade) sem o cuidado de adaptá-los devidamente às finalidades e particularidades do Direito brasileiro.

Foge ao propósito deste trabalho analisar possíveis semelhanças e diferenças entre aqueles conceitos e os conceitos jurídicos de instrumento financeiro ou de ativo financeiro conforme teorias de administração financeira ou contabilidade. Porém, no Brasil ainda falta estabelecer precisamente o conteúdo do conceito jurídico de *instrumento* (ou *ativo*) *financeiro* para fins propriamente jurídicos – haja vista que, no estudo e regulação do mercado de capitais brasileiro, ainda se emprega *valor mobiliário* como principal conceito para a regulação do mercado, apesar de apresentar limitações quando aplicado às inovações financeiras cada vez mais complexas e tecnológicas (por exemplo, o *bitcoin* e as demais criptomoedas). Mesmo inexplorado na doutrina jurídica brasileira, o conceito de *instrumento* (ou *ativo*) *financeiro* tem sido analisado há algum tempo por comercialistas europeus como conceito-chave para a regulação

dos mercados financeiro e de capitais. De acordo com Antunes (2017, p. 11, grifos do autor):

II. Os instrumentos financeiros constituem o novo conceito-chave do Direito do Mercado de Capitais do séc. XXI, tanto em Portugal, como no estrangeiro. [...] [São os] seus principais tipos ou espécies, a saber: os *instrumentos mobiliários* (v.g., ações, obrigações, unidades de participação, “warrants” autônomos, direitos destacáveis, certificados, etc.), os *instrumentos derivados* (v.g. futuros, opções, “swaps”, derivativos de crédito, contratos diferenciais, “forwards”, “caps”, “floors”, “collars”, etc.) e os *instrumentos monetários* (instrumentos interbancários, certificados de aforro, certificados de depósito, bilhetes de tesouro, papel comercial, etc.).

O conceito de *instrumento financeiro* tornou-se um conceito *guarda-chuva*, de síntese ou de cúpula para a regulação jurídica dos mercados financeiros e de capitais na medida em que a experiência prática do mercado financeiro demonstrou que o conceito de *valor mobiliário* é incapaz de abranger a ampla variedade de *produtos* financeiros e de investimento disponíveis e negociáveis atualmente naqueles mercados.

O poder explicativo do conceito de *valor mobiliário* entrou em declínio com as inovações tecnológicas e financeiras posteriores à década de 1970, com o surgimento de produtos financeiros bem diversos tanto entre si quanto dos demais produtos financeiros e de investimento integrantes do núcleo do conceito de *valor mobiliário*. Esses novos produtos financeiros apresentam características específicas e de difícil padronização: i) o hibridismo entre as características de (i.a) instrumento de capital ou de dívida e (i.b) remuneração de renda fixa e variável; ii) a combinação de características de diferentes valores mobiliários existentes; (iii) a emissão privada; e (iv) a negociação exclusiva em mercado de balcão não organizado. Em contrapartida, os valores mobiliários tradicionais são instrumentos financeiros de massa, padronizados, negociados em mercado de bolsa de valores ou de balcão organizado de valores mobiliários e, conforme Ascenção (2001, p. 15), funcionam direta ou indiretamente como fontes de financiamento. Vejam-se, por exemplo, as ações e as debêntures.

Desse modo, apesar da ausência de discussão na doutrina jurídica nacional sobre o conceito de instrumento financeiro ou de ativo financeiro, a importância prática desses conceitos não pode ser negligenciada. O conceito de *ativo financeiro* – ainda que não previsto na Lei nº 6.385/1976, que define a competência da CVM – também tem sido utilizado pela CVM como uma ferramenta para a autarquia decidir sobre os limites da sua própria competência regulatória. Por exemplo, os incisos V e VI do art. 2º da Instrução CVM nº 555/2014 (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, [2020]), regra geral aplicável aos fundos de investimento,

atraem direta ou indiretamente para o perímetro regulatório da CVM produtos financeiros e de investimento não definidos como *valores mobiliários* nos incisos I a VIII do art. 2º ou que não necessariamente atendem aos requisitos descritos no inciso IX do mesmo artigo da Lei nº 6.385/1976¹¹.

É possível afirmar, então, que o *bitcoin* pode ser considerado ativo financeiro para fins econômicos ou contábeis, mas não para fins especificamente jurídicos e regulatórios do mercado de capitais, dado que o conteúdo do conceito de ativo financeiro é definido de modo taxativo pela CVM numa lista de ativos apresentada nos incisos V e VI do art. 2º da Instrução CVM nº 555/2014. Assim, a CVM precisaria alterar a Instrução – cujo objeto é regular a constituição e funcionamento dos fundos de investimento – para que no Brasil o *bitcoin* passasse a ser considerado ativo financeiro para fins de aplicação da regulação expedida por essa autarquia. Mesmo que o expediente fosse implantado, sua legalidade ainda seria questionável, pois se trataria de uma tentativa de inovação na ordem jurídica realizada por regulamento expedido pela Administração Pública federal sem a devida previsão em lei. Todavia, até o momento, a CVM manifestou posição contrária à aplicação *direta* em *bitcoins* (e outras criptomoedas) dos recursos de fundos de investimento regulados por aquela Instrução e permite a aplicação *indireta* em criptoativos por meio de fundos de investimento que investem no exterior (Ofícios Circulares CVM/SIN nºs 1 e 11 de 2018).

5 Conclusão

Trata-se mais de uma decisão de política pública do que de lógica e hermenêutica jurídica a decisão estatal sobre caracterizar ou não o

¹¹ “Art. 2º Para os efeitos desta Instrução, entende-se por: [...] V – ativos financeiros: a) títulos da dívida pública; b) contratos derivativos; c) desde que a emissão ou negociação tenha sido objeto de registro ou de autorização pela CVM, ações, debêntures, bônus de subscrição, cupons, direitos, recibos de subscrição e certificados de desdobramentos, certificados de depósito de valores mobiliários, cédulas de debêntures, cotas de fundos de investimento, notas promissórias, e quaisquer outros valores mobiliários, que não os referidos na alínea ‘d’; d) títulos ou contratos de investimento coletivo, registrados na CVM e ofertados publicamente, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros; e) certificados ou recibos de depósitos emitidos no exterior com lastro em valores mobiliários de emissão de companhia aberta brasileira; f) o ouro, ativo financeiro, desde que negociado em padrão internacionalmente aceito; g) quaisquer títulos, contratos e modalidades operacionais de obrigação ou coobrigação de instituição financeira; e h) *warrants*, contratos mercantis de compra e venda de produtos, mercadorias ou serviços para entrega ou prestação futura, títulos ou certificados representativos desses contratos e quaisquer outros créditos, títulos, contratos e modalidades operacionais desde que expressamente previstos no regulamento; VI – ativos financeiros no exterior: ativos financeiros negociados no exterior que tenham a mesma natureza econômica dos ativos financeiros no Brasil” (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, [2020], p. 3-4).

bitcoin como um valor mobiliário. Desse modo, se se considerar que os investidores, o mercado e as ofertas de *bitcoin* (ou, conforme o caso, das demais criptomoedas) precisam ser regulados pelo Estado, atraindo-se ou não a competência regulatória da CVM, esse objetivo de política pública pode vir a ser jurídica e legitimamente buscado mediante: i) a adoção do conceito de *ativo financeiro* como novo conceito-chave para a regulação do mercado de capitais e para a proteção da poupança popular; e ii) a definição do *bitcoin* como um ativo financeiro (o que somente seria viável após a análise pela CVM das possíveis repercussões da adoção do conceito de ativo financeiro); ou, alternativamente, iii) a criação de um conceito jurídico aplicável ao *bitcoin*, pois ele não se enquadra nos conceitos jurídicos de *valor mobiliário* ou de *ativo financeiro*.

Sobre o autor

João Manoel de Lima Junior é doutor em Direito de Empresa e Atividades Econômicas pela Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; mestre em Direito Econômico e Financeiro pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; bacharel em Direito pelo Ibmec, Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor do programa de graduação em Direito da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
E-mail: joao.junior@fgv.br

Como citar este artigo

(ABNT)

LIMA JUNIOR, João Manoel de. O *bitcoin* é um valor mobiliário ou um ativo financeiro? *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 59, n. 236, p. 209-235, out./dez. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/236/ril_v59_n236_p209

(APA)

Lima, J. M. de, Jr. (2022). O *bitcoin* é um valor mobiliário ou um ativo financeiro? *Revista de Informação Legislativa*: RIL, 59(236), 209-235. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/236/ril_v59_n236_p209

Referências

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; LIMA JUNIOR, João Manoel de. A incidência das normas emanadas da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) nas companhias fechadas

e outros tipos societários. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 26., 2017, Brasília, DF. [Anais]. Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 5-24. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/1v8707b4/K5y2C7uG35uD7G6L.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2022.

ANTUNES, José Engrácia. *Os instrumentos financeiros*. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2017.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. O actual conceito de valor mobiliário. *Revista da Ordem dos Advogados*, [Lisboa], ano 61, v. 1, p. 5-32, jan. 2001. Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2001/ano-61-vol-i-jan-2001/doutrinal/>. Acesso em: 3 ago. 2022.

BRASIL. *Decreto-lei nº 2.286, de 23 de julho de 1986*. Dispõe sobre cobrança de imposto nas operações a termos de bolsas de mercadorias e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del2286.htm. Acesso em: 3 ago. 2022.

_____. *Decreto nº 9.003, de 13 de março de 2017*. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Fazenda, remaneja cargos em comissão e funções de confiança e substitui cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS por Funções Comissionadas do Poder Executivo – FCPE. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. [Revogado]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9003.htm. Acesso em: 3 ago. 2022.

_____. *Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964*. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e [controle] dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1982]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso em: 3 ago. 2022.

_____. *Lei nº 5.768, de 20 de dezembro de 1971*. Abre a legislação [sobre] distribuição gratuita de prêmios, mediante sorteio, vale-brinde ou concurso, a título de propaganda, estabelece normas de proteção à poupança popular, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5768.htm. Acesso em: 3 ago. 2022.

_____. *Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Brasília, DF: Presidência da República, [2022b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385compilada.htm. Acesso em: 3 ago. 2022.

_____. *Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF: Presidência da República, [2022c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 3 ago. 2022.

_____. *Lei nº 8.685, de 20 de julho de 1993*. Cria mecanismos de fomento à atividade audiovisual e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8685compilado.htm. Acesso em: 3 ago. 2022.

_____. *Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995*. Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o REAL, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9069.htm. Acesso em: 3 ago. 2022.

_____. *Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997*. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022d]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9514.htm. Acesso em: 3 ago. 2022.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022e]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 3 ago. 2022.

_____. *Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001*. Institui a [Infraestrutura] de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da

Informação em autarquia, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas_2001/2200-2.htm. Acesso em: 3 ago. 2022.

_____. Ministério da Fazenda. *Portaria nº 283, de 14 de julho de 2018*. Aprova o Regimento Interno da Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria do Ministério da Fazenda. [Brasília, DF]: Imprensa Nacional, 2018. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-283-de-14-de-junho-de-2018-26174352>. Acesso em: 3 ago. 2022.

_____. Ministério da Fazenda. *Portaria nº 386, de 14 de julho de 2009*. Aprova o Regimento Interno da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. *Diário Oficial da União*: Seção 1, Brasília, DF, ano 146, n. 135, p. 21-24, 17 jul. 2009. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=21&data=17/07/2009>. Acesso em: 3 ago. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 827.415/SP. Agravo regimental no agravo de instrumento. Processual civil. 1. Deficiência no traslado: carimbo do protocolo ilegível. Impossibilidade de aferição da tempestividade do recurso extraordinário. Dever de vigilância do agravante [...]. Agravante: Companhia de Bebidas das Américas – Ambev. Agravada: Pacar Transportes Ltda. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 23 de agosto de 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, n. 174, p. 19, 12 set. 2011. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20110909_174.pdf. Acesso em: 3 ago. 2022.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (Brasil). *Deliberação CVM nº 604, de 19 de novembro de 2009*. Aprova os Pronunciamentos Técnicos CPC 38, 39 e 40, do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, que tratam do reconhecimento e mensuração, da apresentação e da evidência de instrumentos financeiros. [Brasília, DF]: CVM, [2022a]. [Revogada]. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/deliberacoes/deli0600/deli604.html>. Acesso em: 3 ago. 2022.

_____. *Deliberação CVM nº 696, de 13 de dezembro de 2012*. Aprova o Pronunciamento Técnico CPC 18(R2) do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, que trata de investimento em coligada, em controlada e empreendimento controlado em conjunto. [Brasília, DF]: CVM, [2022b]. [Revogada]. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/deliberacoes/deli0600/deli696.html>. Acesso em: 3 ago. 2022.

_____. *Instrução CVM nº 555, de 17 de dezembro de 2014*. Dispõe sobre a constituição, a administração, o funcionamento e a divulgação de informações dos fundos de investimento. [Brasília, DF]: CVM, [2020]. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst555.html>. Acesso em: 3 ago. 2022.

_____. *Instrução CVM nº 558, de 26 de março de 2015*. Dispõe sobre o exercício profissional de administração de carteiras de valores mobiliários. [Brasília, DF]: CVM, [2021]. [Revogada]. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst558.html>. Acesso em: 3 ago. 2022.

_____. *Parecer de Orientação CVM nº 32, de 30 de setembro de 2005*. Uso da Internet em ofertas de valores mobiliários e na intermediação de operações. [Brasília, DF]: CVM, 2005a. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/pareceres-orientacao/pare032.html>. Acesso em: 3 ago. 2022.

_____. *Parecer de Orientação CVM nº 33, de 30 de setembro de 2005*. Intermediação de operações e oferta de valores mobiliários emitidos e admitidos à negociação em outras jurisdições. [Brasília, DF]: CVM, 2005b. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/pareceres-orientacao/pare033.html>. Acesso em: 3 ago. 2022.

_____. *Processo CVM nº RJ2007/11.593*. Voto: Dir. Marcos Barbosa Pinto, 15 de janeiro de 2008. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/0004/5730-0.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2022.

CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL (Brasil). *Resolução CMN nº 1.723, de 27 de junho de 1990*. Autoriza a emissão e notas promissórias, como valor mobiliário, pelas sociedades por ações. [Brasília, DF]: Banco Central do Brasil, [2021]. [Revogada]. Disponível em: <https://>

www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolucao&numero=1723. Acesso em: 3 ago. 2022.

EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de capitais: regime jurídico*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

LIMA JUNIOR, João Manoel de. *Procter & Gamble vs. Bankers Trust: um estudo sobre contratos derivativos*. *Revista de Direito das Sociedades e dos Valores Mobiliários*, São Paulo, n. 3, p. 359-402, maio 2016.

MARTINS, Eliseu. *Contabilidade de custos*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MATTOS FILHO, Ary Oswaldo. *Direito dos valores mobiliários*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2015. v. 1, t. 1.

NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system*. [S. l.: s. n., 2009]. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2022.

RODDY, Joan Meyerhoefer. Securities law: the exclusion of noncontributory, compulsory pension plans. *University of Dayton Law Review*, [Dayton, OH], v. 5, n. 1, p. 191-205, 1980. Disponível em: <https://ecommons.udayton.edu/udlr/vol5/iss1/10/>. Acesso em: 3 ago. 2022.

SANDRONI, Paulo. *Dicionário de administração e finanças*. 3. ed. São Paulo: Best Seller, 2001.

SHEPHERD, Maddie. How many businesses accept bitcoin? Full list (2021). *Fundera*, New York, Dec. 16, 2020. Disponível em: <https://www.fundera.com/resources/how-many-businesses-accept-bitcoin>. Acesso em: 3 ago. 2022.

TERMOS de uso. São Paulo: Foxbit, set. 2021. Disponível em: <https://foxbit.com.br/termos-de-uso/>. Acesso em: 3 ago. 2022.

UNITED STATES. Supreme Court. *Reves v. Ernst & Young*, 494 U.S. 56 (1990). First party: Reves. Second party: Ernst & Young. February 21, 1990. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/494/56/>. Acesso em: 3 ago. 2022.

_____. Supreme Court. *Teamsters v. Daniel*, 439 U.S. 551 (1979). First party: International Brotherhood of Teamsters, Chauffeurs, Warehousemen & Helpers of America. Second party: Daniel. January 16, 1979. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/439/551/>. Acesso em: 3 ago. 2022.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A CVM e os contratos de investimento coletivo: “boi gordo” e outros. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 36, n. 108, p. 91-100, out./dez. 1997.

Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/rii



Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/rii

SENADO FEDERAL



ISSN 0034-835X



9 770034 835008 00236