



O QUE OS JURISTAS QUEREM DA HISTÓRIA

Jack M. Balkin

A PROGRESSÃO DO CASUÍSMO ATRAVÉS DA PECULIARIDADE 'INDIANA' (HISPANO-COLONIAL)

Victor TAU Anzoátegui

A COLEÇÃO CERULLI DE MANUSCRITOS ETÍOPE NA BIBLIOTECA APOSTÓLICA VATICANA

Tullio Scovazzi

POVOS INDÍGENAS, JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E MARCO TEMPORAL EM MATO GROSSO DO SUL

Rafael Lamera Giesta Cabral

Alessandro Martins Prado

LEGISLAÇÃO, AUTORITARISMO E PROCESSO LEGISLATIVO DEMOCRÁTICO: ANÁLISE DAS ESPÉCIES NORMATIVAS EXTINTAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO (1937-1988)

Roberta Simões Nascimento

Lucas Hendricus Andrade Van Den Boomen

DEMOCRACIA REPRESENTATIVA: PROCESSO ELEITORAL LEGÍTIMO x QUALIDADE DEMOCRÁTICA

Rodrigo Jorge Carneiro Leite

Leonardo Rocha

Napiê Silva

O "CONSTITUCIONALISMO DIGITAL" BRASILEIRO SOB A GOVERNANÇA DAS PLATAFORMAS DIGITAIS

Alana Maria Passos Barreto

Flávia de Ávila

THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHT TO APPEAL AND THE ADJUDICATION OF INDIVIDUALS DEVOID OF PROCEDURAL PRIVILEGES BY THE BRAZILIAN SUPREME FEDERAL COURT

Áquila Mazzinghy

ACESSO À INFORMAÇÃO E BULAS DE AGROTÓXICOS: UM ESTUDO SOBRE A FALTA DE IMPACTO DA TRANSPARÊNCIA (2012-2020)

Mariana Barbosa Cirne

Marcio Camargo Cunha Filho

IMPACTOS SOCIOAMBIENTAIS DA FINANCEIRIZAÇÃO DOS VENTOS: DESTERRITORIALIZAÇÃO E DESMATAMENTO NO BRASIL E NO PERU

Helena Joaquim Mendes

Fernando Joaquim Ferreira Maia

Hirdan Katarina de Medeiros Costa

CHACREAMENTOS IRREGULARES E EXPANSÃO URBANA: ESTUDO DE CASO SOBRE A FRAGMENTAÇÃO DE PROPRIEDADES RURAIS EM UMUARAMA/PR

Guilherme Frasson

Patrícia Pereira Gomes

Norma Barbado

DEVERES DE LEALDADE DO CONTROLADOR

Fabício de Souza Oliveira

ANÁLISE E INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Edson Tiujo

TELETRABALHO E DESPESAS DE CUSTEIO: ESTUDO EM UM TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Letícia Rodrigues da Fonseca

Luís Eduardo Bernardes de Almeida Ribeiro

Marcelo Ribeiro Silva

REVISTA JURÍDICA



REVISTA JURÍDICA DA UFRSA

Editor-Chefe

Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral
UFERSA | Mossoró, RN, Brasil

Editor-Adjunto

Dr. Marcelo Lauar Leite
UFERSA | Mossoró, RN, Brasil

Editora-Assistente

Dra. Rosângela V. Zuza de Medeiros
UFERSA | Mossoró, RN, Brasil

Conselho Editorial

Dr. Alfredo de Jesus Dal Molin Flores | UFRGS | Porto Alegre, RS, Brasil
Dra. Ana Cláudia Farranha Santana | UnB | Brasília, DF, Brasil
Dra. Andressa Guimarães Torquato Fernandes | UFF | Niterói, RJ, Brasil
Dr. Cristiano Paixão | UnB | Brasília, DF, Brasil
Dr. Douglas Antônio Rocha Pinheiro | UnB | Brasília, DF, Brasil
Dr. Fernando César Costa Xavier | UFRR | Boa Vista, RR, Brasil
Dr. Gustavo César Machado Cabral | UFC | Fortaleza, CE, Brasil
Dr. Gustavo Silveira Siqueira | UERJ | Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Marcelo Lauar Leite | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil
Dr. Mário Sérgio Falcão Maia | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil
Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil
Dr. Samuel Rodrigues Barbosa | USP | São Paulo, SP, Brasil
Dr. Sérgio Said Staut Júnior | UFPR | Curitiba, PR, Brasil
Dr. Jorge Manuel Coutinho de Abreu | FDUC | Coimbra, Portugal
Dr. Pedro Canastra de Azevedo Maia | FDUC | Coimbra, Portugal

Ficha catalográfica

R454

Revista Jurídica da UFRSA [recurso eletrônico] / Universidade Federal Rural do Semi-Árido
v. 9, n. 17, (jan./jun. 2025) – Mossoró, 2025 –

Semestral

ISSN: 2526-9488

1. Direito – Periódicos. I. Universidade Federal Rural do Semi-Árido.

CDD: 340

CDU: 34

Bibliotecária Keina Cristina Santos Sousa e Silva - CRB15/120



REVISTA JURÍDICA DA UERSA

Pareceristas desta Edição

Dr. Afonso Rocha | UNI7, Fortaleza, CE, Brasil
Dra. Ana Carolina Couto | UnB, Brasília, DF, Brasil
Dr. Ayala Gurgel | UERSA, Mossoró, RN, Brasil
Dra. Carolina Merida | UniRV, Rio Verde, GO, Brasil
Dr. Edson Tiujo | UEM, Maringa, PR, Brasil
Dr. Eumar Evangelista de Menezes Júnior | UniEvangélica, Anápolis, GO, Brasil
Dr. Felipe Braga Albuquerque | UFC, Fortaleza, CE, Brasil
Dr. Francisco Hélio Monteiro Júnior | UNINTÁ, Sobral, CE, Brasil
Dra. Gláucia Aparecida Silva Faria Lamblém | UEMS, Paranaíba, MS, Brasil
Dr. Guilherme Smaniotto Tres | UERSA, Mossoró, RN, Brasil
Dr. Hilbert Reis Silva | UFF, Niterói, RJ, Brasil
Dr. Jacson Gross | UFPEL, Pelotas-RS, Brasil
Dr. Jailson Alves Nogueira | UERSA, Mossoró, RN, Brasil
Dr. João Paulo Jacob | TJAM, Manaus, AM, Brasil
Dr. Lucas Andrade de Moraes | PMM, Malta, PB, Brasil
Dr. Luciano Medeiros de Andrade Bicalho | IDP, Brasília, DF, Brasil
Dra. Maria Teresa Nobre | UFRN, Natal, RN, Brasil
Dra. Mariana Barbosa Cirne | IDP, Brasília, DF, Brasil
Dr. Márcio Camargo Cunha Filho | IDP, Brasília, DF, Brasil
Dra. Muriel Amaral Jacob | UniVR, Rio Verde, GO, Brasil
Dra. Norma Barbado | IFPR, Umuarama, PR, Brasil
Dr. Pablo Leurquin | UFPB, Santa Rita, PB, Brasil
Dr. Paulo Blair | UnB, Brasília, DF, Brasil
Dr. Raphael Peixoto de Paula Marques | IDP, Brasília, DF, Brasil
Dr. Raphael Rego Borges Ribeiro | UFOB, Barreiras, BA, Brasil
Dr. Renisson Neponuceno Araújo Filho | UFT, Palmas, TO, Brasil
Dr. Ricardo Lourenço Filho | IDP, Brasília, DF, Brasil
Dra. Roberta Simões Nascimento | UnB, Brasília, DF, Brasil
Dr. Sebastian Borges de Albuquerque Mello | UFBA, Salvador, BA, Brasil
Dr. Sérgio Rodrigo Marchiori Praça | FGV, São Paulo, SP, Brasil
Dra. Silvia Leiko Nomizo | UEMS, Paranaíba, MS, Brasil
Dr. Ulisses Levy Silvério dos Reis | UERSA, Mossoró, RN, Brasil
Dr. Vicente de Paulo Augusto de Oliveira Júnior | UniFanor Wyden, Fortaleza, CE, Brasil
Dr. Vinicius de Negreiros Calado | UNICAP, Recife, PE, Brasil
Dra. Viviane Grassi | Unifacvest, Lages, SC, Brasil
Dr. Walter Guandalini Junior | UFPR, Curitiba, PR, Brasil
Dr. Washington José de Souza | UFRN, Natal, RN, Brasil

Assessoria Técnica

Adailson Pinho de Araújo | UERSA | Mossoró, RN, Brasil
Erik Dênio Gomes de Oliveira | UERSA | Mossoró, RN, Brasil
Me. Felipe Medeiros Mariz | UERSA | Mossoró, RN, Brasil



NOTA EDITORIAL

Com satisfação, apresentamos ao público leitor o Volume 9, número 17 (jan./jun. 2025) da *Revista Jurídica da Ufersa*, que reafirma seu compromisso com o pluralismo teórico, metodológico e temático na pesquisa jurídica, com especial atenção às interfaces entre Direito, sociedade e instituições públicas.

Este número reúne quatorze artigos que expressam a vitalidade dos debates contemporâneos no campo do Direito, com contribuições nacionais e internacionais, oriundas de universidades públicas e privadas, brasileiras e estrangeiras. Destacam-se, nesta edição, temas centrais da teoria constitucional, estudos históricos e comparados, problemáticas ambientais, questões agrárias, desafios regulatórios e novas abordagens sobre os direitos fundamentais.

Abrimos com a publicação, em tradução autorizada, do artigo “O que os juristas querem da História”, do Prof. Dr. Jack M. Balkin (Yale Law School, Estados Unidos), uma referência mundial no constitucionalismo norte-americano. Em diálogo com essa reflexão teórica, o segundo artigo, de autoria do Prof. Dr. Víctor Tau Anzoátegui “*in memoriam*” (UBA, Argentina), investiga a progressão do casuísmo no espaço hispano-colonial. Complementa esse eixo teórico-histórico o trabalho do Prof. Aposentado Dr. Tullio Scovazzi (Universidade de Milão-Bicocca), sobre a coleção Cerulli de manuscritos etíopes da Biblioteca Apostólica Vaticana.

No campo da justiça de transição e dos direitos indígenas, o artigo dos professores Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral (UFERSA) e Alessandro Martins Prado (UEMS) analisa as tensões constitucionais em torno do marco temporal no Mato Grosso do Sul, à luz do processo de redemocratização brasileira. Na mesma direção crítica, o estudo da Profa. Dra. Roberta Simões Nascimento (UnB) e de Lucas Van den Boomen (UFMG) investiga a extinção de espécies normativas autoritárias entre 1937 e 1988.

A edição contempla ainda reflexões sobre a qualidade da democracia brasileira. O artigo de Rodrigo Jorge Carneiro Leite, Prof. Dr. Leonardo Rocha e Prof. Dr. Napiê Silva, vinculados ao Programa de Pós-Graduação Profissional em Administração Pública da UFERSA, discute as tensões entre legalidade e legitimidade no processo eleitoral. Na fronteira entre Direito Constitucional e tecnologia, Alana Passos Barreto e Profa. Dra. Flávia de Ávila (UFS) analisam o “constitucionalismo digital” e o papel das plataformas digitais na governança democrática.

No plano internacional, o Prof. Dr. Áquila Mazzinghy (Koç University, Turquia) apresenta uma análise crítica sobre o direito internacional de recurso e a ausência de garantias processuais no Supremo Tribunal Federal brasileiro.

A seção de direitos sociais e regulação traz temas de especial relevância contemporânea. A Profa. Dra. Mariana Barbosa Cirne e o Prof. Dr. Márcio Camargo Cunha Filho (IDP-Brasília) problematizam a ineficácia da transparência no acesso à informação sobre agrotóxicos no Brasil (2012–2020). Já os pesquisadores da Universidade Federal da Paraíba, Heloísa Joaquim Mendes, Prof. Dr. Fernando Joaquim Ferreira Maia e Profa. Dra. Hirdan Katarina

de Medeiros Costa, analisam os impactos socioambientais da financeirização dos ventos, revelando os efeitos da desterritorialização em comunidades do Brasil e do Peru.

Na interface entre urbanismo e ordenamento jurídico, o estudo de caso sobre chacreamentos irregulares em Umuarama (PR), assinado por Guilherme Frasson, Profa. Dra. Patrícia Pereira Gomes e Profa. Dra. Norma Barbado, apresenta dados empíricos sobre a fragmentação fundiária e seus efeitos socioespaciais.

O volume se encerra com três importantes contribuições nas áreas do Direito Privado e do Direito do Trabalho: o Prof. Dr. Fabrício de Souza Oliveira (UFJF) discute os deveres de lealdade do controlador no âmbito societário; o Prof. Dr. Edson Tiujo (UEM) propõe uma releitura dos direitos do consumidor sob a ótica da Análise Econômica do Direito; e, por fim, o artigo da Profa. Dra. Leticia Rodrigues da Fonseca, de Luís Eduardo Bernardes de Almeida Ribeiro e do Prof. Dr. Marcelo Ribeiro Silva investiga as despesas de custeio no teletrabalho, com base em estudo realizado em um Tribunal de Justiça.

A *Revista Jurídica da UFERSA* agradece aos autores e autoras por suas valiosas contribuições, aos pareceristas *ad hoc* pela rigorosa avaliação dos manuscritos, e aos leitores e leitoras que seguem nos acompanhando e fortalecendo este espaço editorial plural, público e comprometido com a qualidade acadêmica e a responsabilidade social da pesquisa jurídica.

Registramos também nossos sinceros agradecimentos à equipe editorial, cuja dedicação, competência e compromisso com a excelência acadêmica tornam possível a continuidade e o fortalecimento deste espaço plural de divulgação científica no campo do Direito. Destacamos os trabalhos do Editor-Adjunto, Dr. Marcelo Lauer Leite, e da Editora-Assistente, Profa. Dra. Rosângela Viana Zuza de Medeiros, bem como dos assistentes técnicos Adailson Pinho de Araújo e Erik Dênio Gomes de Oliveira, que atuam com zelo e eficiência na interlocução com autores, pareceristas e leitores, assegurando a qualidade técnica e o bom funcionamento dos fluxos editoriais.

Registra-se, por fim, um agradecimento especial ao agora Professor Me. Felipe Medeiros Mariz, que atuou como assistente técnico nos últimos dois anos, com destacada contribuição para o desenvolvimento editorial do periódico.

O trabalho coletivo dessa equipe — formada por docentes, pesquisadores e técnicos da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA) — é fundamental para a consolidação da *Revista Jurídica da UFERSA* como um periódico comprometido com a produção científica crítica, plural e sensível às transformações da sociedade brasileira e do sistema jurídico.

Boa leitura!

PROF. DR. RAFAEL LAMERA GIESTA CABRAL

EDITOR-CHEFE | JUNHO 2025



SUMÁRIO

| Fluxo contínuo |

* * * * *

O QUE OS JURISTAS QUEREM DA HISTÓRIA | **1-11**

DR. JACK M. BALKIN

A PROGRESSÃO DO CASUÍSMO ATRAVÉS DA PECULIARIDADE ‘INDIANA’
(HISPANO-COLONIAL) | **12-51**

DR. VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI

A COLEÇÃO CERULLI DE MANUSCRITOS ETÍOPE NA BIBLIOTECA
APOSTÓLICA VATICANA | **52-63**

DR. TULLIO SCOVAZZI

POVOS INDÍGENAS, JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E MARCO TEMPORAL EM
MATO GROSSO DO SUL | **64-106**

DR. RAFAEL LAMERA Giesta CABRAL

ME. ALESSANDRO MARTINS PRADO

LEGISLAÇÃO, AUTORITARISMO E PROCESSO LEGISLATIVO DEMOCRÁTICO:
ANÁLISE DAS ESPÉCIES NORMATIVAS EXTINTAS NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO (1937-1988) | **107-136**

DRA. ROBERTA SIMÕES NASCIMENTO

LUCAS HENDRICUS ANDRADE VAN DEN BOOMEN

DEMOCRACIA REPRESENTATIVA: PROCESSO ELEITORAL LEGÍTIMO x
QUALIDADE DEMOCRÁTICA | **137-158**

ME. RODRIGO JORGE CARNEIRO LEITE

DR. LEONARDO ROCHA

DR. NAPIÊ SILVA

O “CONSTITUCIONALISMO DIGITAL” BRASILEIRO SOB A GOVERNANÇA DAS
PLATAFORMAS DIGITAIS | **159-175**

ALANA MARIA PASSOS BARRETO

DRA. FLÁVIA DE ÁVILA

THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHT TO APPEAL AND THE ADJUDICATION
OF INDIVIDUALS DEVOID OF PROCEDURAL PRIVILEGES BY THE BRAZILIAN
SUPREME FEDERAL COURT | **176-212**

DR. ÁQUILA MAZZINGHY

ACESSO À INFORMAÇÃO E BULAS DE AGROTÓXICOS: UM ESTUDO SOBRE A
FALTA DE IMPACTO DA TRANSPARÊNCIA (2012-2020) | **213-230**

DRA. MARIANA BARBOSA CIRNE
DR. MARCIO CAMARGO CUNHA FILHO

IMPACTOS SOCIOAMBIENTAIS DA FINANCEIRIZAÇÃO DOS VENTOS:
DESTERRITORIALIZAÇÃO E DESMATAMENTO
NO BRASIL E NO PERU | **231-246**

HELOÍSA JOAQUIM MENDES
DR. FERNANDO JOAQUIM FERREIRA MAIA
DRA. HIRDAN KATARINA DE MEDEIROS COSTA

CHACREAMENTOS IRREGULARES E EXPANSÃO URBANA:
ESTUDO DE CASO SOBRE A FRAGMENTAÇÃO DE PROPRIEDADES RURAIS
EM UMUARAMA/PR | **247-271**

ME. GUILHERME FRASSON
DRA. PATRÍCIA PEREIRA GOMES
DRA. NORMA BARBADO

DEVERES DE LEALDADE DO CONTROLADOR | **272-322**
DR. FABRÍCIO DE SOUZA OLIVEIRA

ANÁLISE E INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR SOB
A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO | **323-345**
DR. EDSON TIUJO

TELETRABALHO E DESPESAS DE CUSTEIO:
ESTUDO EM UM TRIBUNAL DE JUSTIÇA | **346-361**

DRA. LETÍCIA RODRIGUES DA FONSECA
LUIS EDUARDO BERNARDES DE ALMEIDA RIBEIRO
DR. MARCELO RIBEIRO SILVA



O QUE OS JURISTAS QUEREM DA HISTÓRIA

WHAT LAWYERS WANT FROM HISTORY

JACK M. BALKIN*

Tradução: RAPHEL PEIXOTO DE P. MARQUES** | SAMUEL CRUZ DE P. MARQUES***

RESUMO^{1 2}

O artigo investiga como advogados e juízes utilizam a história em suas práticas profissionais. Longe de buscar uma reconstrução objetiva do passado, os juristas mobilizam narrativas históricas para fundamentar ou contestar pretensões de autoridade jurídica. A história, nesse contexto, é canalizada por modalidades padronizadas de argumentação – como texto, propósito, tradição e ethos nacional – que moldam o que se considera juridicamente relevante. Além disso, o texto analisa o papel dos juristas como empreendedores da memória, demonstrando como as disputas jurídicas são também lutas pela memória constitucional. O texto diferencia práticas retóricas dos advogados de teorias normativas como o originalismo, ressaltando as tensões entre o uso estratégico da história e o ideal de fidelidade constitucional. Conclui-se com uma defesa do papel dos historiadores: mesmo quando ignoradas pelas decisões judiciais, suas contribuições ajudam a formar um repertório histórico acessível para futuras reinterpretações do Direito.

Palavras-chave: interpretação constitucional; juiz e historiador; originalismo; memória constitucional; argumentação jurídica.

ABSTRACT

Jack M. Balkin's article explores how lawyers and judges use history in legal reasoning. Rather than seeking historical objectivity, legal actors deploy historical narratives to bolster or undermine claims of legal authority. History is filtered through standardized forms of legal argumentation—such as text, purpose, tradition, and national ethos—which shape what is deemed relevant to law. Balkin also examines the role of lawyers and judges as memory entrepreneurs, showing how legal disputes often become contests over constitutional memory. The article distinguishes the rhetorical practices of lawyers from normative interpretive theories like originalism, highlighting the tensions between strategic uses of history and constitutional fidelity. Balkin ends by defending the historian's role: even if ignored in current litigation, historical contributions enrich the legal archive for future reinterpretations of constitutional meaning.

Keywords: constitutional interpretation; judge and historian; originalism; constitutional memory; legal argumentation.

* Ph.D. pela University of Cambridge, Reino Unido. Professor da Yale Law School.
jack.balkin@yale.edu

** Doutor em Direito, Estado e Constituição pela UnB, com período de pesquisa (Programa CAPES PDSE) no Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno da Università degli Studi di Firenze (Itália). Docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA) e do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP/DF).
raphapeixoto@gmail.com

*** Graduando em Direito pela UnB.

Recebido em 9-5-2025 | Aprovado em 9-5-2025³

¹ **Nota do autor:** Meus agradecimentos a Jonathan Gienapp, Mark Graber e Johann Neem por seus comentários sobre versões anteriores.

² **Nota dos tradutores:** tradução, autorizada pelo autor, realizada a partir da versão em inglês do seguinte texto: BALKIN, Jack M. What Lawyers Want from History. *Yale Law School*, 2024. O resumo e as palavras-chave foram elaborados pelos tradutores.

³ Artigo convidado.



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 OS JURISTAS E A SUA ETERNA BUSCA POR AUTORIDADE; 2 HISTÓRIA E A ESTRUTURA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA; 3 JURISTAS COMO EMPREENDEDORES DA MEMÓRIA; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

O que os advogados constitucionais e juízes querem da história e como eles a utilizam? O objetivo deste breve ensaio não é defender melhores práticas profissionais ou dizer aos advogados como utilizar melhor a história. O objetivo é explicar aos historiadores como estes juristas que atuam em casos jurídicos e decidem controvérsias jurídicas usam a história e por quê.

Certamente, nem todas as pessoas que possuem diplomas jurídicos são advogadas e juízes; algumas estudam o passado da mesma forma como os historiadores acadêmicos fazem. Mas este ensaio trata de advogados que debatem a interpretação adequada da Constituição e ajudam a decidir o que ela significa. Na medida em que os historiadores desejam participar de discussões constitucionais com esses advogados, eles precisam entender a maneira como os advogados produzem profissionalmente conhecimento sobre o passado ou, para usar uma metáfora familiar, como o passado se parece aos olhos do Direito.

O uso da história pelos advogados não é meramente normativo. Ele é prescritivo. Procura-se usar a história para dizer o que devemos fazer; em particular, como devemos interpretar a lei ou a Constituição. Essa construção jurídica da história tem três características básicas. Primeiro, os advogados usam a história para buscar *autoridade*. Segundo, os advogados canalizam a história por meio de *formas de argumentação jurídica* padronizadas. Terceiro, os advogados constroem a memória; eles são *empreendedores da memória*.

Irei abordar cada um desses pontos individualmente.

1 OS JURISTAS E A SUA ETERNA BUSCA POR AUTORIDADE

Primeiro, a história importa para os advogados porque a autoridade é importante. Os advogados buscam reforçar a autoridade de suas alegações jurídicas e minar a autoridade jurídica das alegações de seus oponentes e críticos. Advogados usam a história tanto como precedente positivo quanto como precedente negativo. Usar a história como um precedente positivo é um uso *obediente* da história: devemos fazer isso no presente porque eles fizeram algo semelhante (de forma relevante) no passado.

Usar a história como precedente negativo é um uso *crítico* da história: não devemos fazer isso no presente porque eles fizeram no passado⁴, p. 25. Os argumentos jurídicos muitas vezes combinam perfeitamente os dois tipos de movimentos. Por exemplo, um advogado

⁴ BALKIN, Jack M. *Memory and authority: the uses of history in constitutional interpretation*. New Haven/London: Yale University Press, 2024.

pode argumentar que, ao interpretar os poderes do Presidente hoje, devemos seguir o que George Washington fez, mas não o que o Rei George III fez.

Como os advogados tentam promover as suas reivindicações de autoridade jurídica e minar as reivindicações de seus oponentes, eles geralmente buscam simultaneamente construir e desconstruir a autoridade jurídica. Eles usam a história de forma *construtiva* para mostrar que a história oferece lições claras que apoiam suas reivindicações de autoridade ou prejudicam as reivindicações de seus oponentes. Os advogados usam a história de forma *desconstrutiva* para argumentar que as lições da história não são relevantes para o presente, ou são confusas, obscuras e incertas e, portanto, a história não pode apoiar adequadamente as alegações jurídicas - especialmente as feitas por seus oponentes. Mais uma vez, os advogados muitas vezes passam de uma abordagem para a outra sem problemas, pois buscam reforçar as suas próprias posições e responder aos seus críticos.

Quando os historiadores participam de debates com advogados, eles devem entender que o que interessa aos advogados não é a história por si só, mas a história que apoia ou enfraquece as reivindicações de autoridade jurídica. Os historiadores costumam trabalhar com advogados e estes costumam se basear no trabalho dos historiadores para oferecer novas formas de produzir e reivindicar autoridade. Porém, em sua eterna busca por autoridade jurídica, os advogados são tentados a distorcer ou simplificar demais as explicações históricas e a afirmar que o passado oferece lições claras que os advogados podem citar e os juízes podem inserir em suas decisões. Portanto, um dos trabalhos mais importantes que os historiadores podem desempenhar na argumentação jurídica é o de desconstrução: expor anacronismos, combater a simplificação de narrativas e mostrar a riqueza e complexidade do passado. Os advogados geralmente aceitam de bom grado as habilidades desconstrutivas dos historiadores – especialmente quando são dirigidas contra as reivindicações de autoridade dos oponentes –, mas se ressentem em igual medida quando são dirigidas ao seu próprio trabalho.

Baseado no que acabei de expor, você deve ter concluído que o uso da história pelos advogados é totalmente retórico. E você estaria certo. Mas não estou usando o termo “retórico” de forma pejorativa, como muitas pessoas fazem. Tampouco estou me referindo a questões de estilo, apelos à emoção ou atos de manipulação. Em vez disso, uso a definição de Aristóteles: retórica é a arte de descobrir e desenvolver argumentos para persuadir outras pessoas sobre assuntos que não podem ser afirmados com certeza⁵, p. 37. O “reino da retórica”, como disse o filósofo Chaim Perelman, é o reino da deliberação prática sobre as coisas que importam para as pessoas⁶, p. 155 e 162. E o Direito é um lugar característico e central para a retórica nesse sentido não pejorativo.

2 HISTÓRIA E A ESTRUTURA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Atualmente, muitas pessoas, incluindo políticos, cidadãos comuns, e até mesmo historiadores de vez em quando, empregam a história retoricamente para criar argumentos sobre o melhor caminho a seguir no presente, sobre quais são e quais deveriam ser os valores da

⁵ ARISTOTLE. *On rhetoric: a theory of civic discourse*. George A. Kennedy translation. 2nd. New York: Oxford University Press, 2007.

⁶ PERELMAN, Chaim. *The Realm of Rhetoric*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1982.

nação. Mas quando os advogados usam a história retoricamente, eles o fazem por meio de argumentos jurídicos.

Isso nos leva ao meu segundo ponto. Para entender o que os advogados querem da história e como eles a utilizam, não basta descrever o que os advogados fazem como uma forma de retórica. É preciso entender a natureza do argumento jurídico.

Quando os advogados argumentam sobre a interpretação da Constituição dos EUA, eles empregam uma série de formas padronizadas de argumentação, geralmente chamadas de “modalidades”, termo cunhado por Philip Bobbitt, que sugeriu uma famosa lista.⁷ Essas formas padrão de argumentação são o que Aristóteles teria chamado de tópicos especiais ou *topoi* da argumentação jurídica. Elas representam convenções ou regras de ouro amplamente aceitas sobre como interpretar a Constituição. Os exemplos são argumentos relacionados ao texto, propósito, estrutura, precedente e às consequências. Dependendo de como você conta, há onze desses *topoi* básicos no direito constitucional norte-americano: argumentos referentes ao (1) texto, (2) propósito, (3) estrutura, (4) consequências, (5) precedente, (6) convenção, (7) costume, (8) Direito natural e direitos naturais, (9) *ethos* nacional, (10) tradição e (11) autoridade reverenciada⁸, p. 18-20.

Bobbitt postulou que havia uma única modalidade histórica, que ele identificou com a intenção original⁹, p. 13. Mas isso é incorreto. Nem todos os usos da história no direito constitucional dizem respeito à história da promulgação da Constituição e de suas emendas – a maioria não diz respeito a isso. E mesmo que nos limitemos aos argumentos da história da promulgação, nem todos eles são argumentos sobre intenções originais.

Na verdade, não existe uma forma única de argumento histórico. Em vez disso, há onze modalidades diferentes de argumentos e pode-se invocar ou usar a história em cada um desses tipos diferentes¹⁰, p. 20-21. Assim, pode-se usar a história para explicar o significado do texto, os propósitos dos autores ou constituintes, a estrutura da Constituição, as consequências de uma determinada decisão e assim por diante.

Cada modalidade de argumento oferece uma maneira diferente de reivindicar autoridade para uma interpretação jurídica proposta. Cada modalidade oferece uma razão que explica por que uma interpretação proposta é a melhor. Possivelmente, as modalidades também ajudam os advogados a explicarem por que uma interpretação proposta é uma interpretação *da Constituição*, e não simplesmente uma boa ideia. Dessa forma, as modalidades dão uma estrutura retórica ao raciocínio jurídico; elas moldam o discurso jurídico e estruturam a forma como os advogados pensam – inclusive sobre o passado.

Por que isso é importante? Isso significa que os advogados não simplesmente invocam a história em seus argumentos. Em vez disso, os advogados canalizam a história por meio das formas padronizadas de argumentos. As modalidades moldam a forma como os advogados

⁷ See BOBBITT, Philip. *Constitutional Interpretation*. Wiley–Blackwell, 1991; BOBBITT, Philip. *Constitutional Fate: Theory of the Constitution*. New York/Oxford, 1982.

⁸ BALKIN, Jack M. *Memory and authority: the uses of history in constitutional interpretation*. New Haven/London: Yale University Press, 2024.

⁹ BOBBITT, Philip. *Constitutional Fate: Theory of the Constitution*. New York/Oxford, 1982, p. 9; BOBBITT, Philip. *Constitutional Interpretation*. Wiley–Blackwell, 1991.

¹⁰ BOBBITT, Philip. *Constitutional Interpretation*. Wiley–Blackwell, 1991.

veem a história, o que eles procuram, o que eles enfatizam e deixam de enfatizar e, em geral, como eles a utilizam.

As modalidades de argumentos jurídicos tornam a história relevante para o direito. É assim que a história sustenta os argumentos jurídicos. Mas, ao mesmo tempo, essas formas de justificação jurídica impõem um filtro à história. O que os advogados veem e não veem, o que eles enfatizam e não enfatizam no passado depende da modalidade de justificação que estão usando. Essa é a interdependência da história e da justificação.

Quando os historiadores participam de uma argumentação jurídica, eles devem ter em mente essas características do raciocínio jurídico. As explicações históricas serão persuasivas para advogados e juízes somente na medida em que se enquadrarem em uma ou mais modalidades de argumentação jurídica, porque as modalidades representam a porta de entrada para a criação de autoridade jurídica. As evidências históricas que parecem irrelevantes para esses métodos de justificação provavelmente serão ignoradas. Embora essa seletividade possa ser frustrante para os historiadores, ela decorre diretamente do modo peculiar como os advogados se interessam pela história.

Portanto, ao trabalhar e argumentar com advogados e juízes, os historiadores devem avaliar como traduzir da melhor forma as suas pesquisas para as modalidades de justificação jurídica. Eles devem explicar de forma criativa porque a história dos historiadores é relevante para as formas de justificação que os advogados utilizam. Felizmente, os historiadores são ensinados a olhar para as coisas a partir da perspectiva de pessoas que pensavam de forma muito diferente da nossa hoje. Para participar efetivamente da argumentação jurídica, os historiadores devem usar as mesmas habilidades de empatia intelectual.

Muitos debates sobre o uso da história no direito constitucional dizem respeito ao originalismo. Para entender as questões, é preciso distinguir *argumentos* originalistas, ou seja, argumentos relacionados à história da criação da constituição, e o originalismo como um “ismo” – uma teoria abrangente de interpretação¹¹, p. 22.

Argumentos originalistas são argumentos jurídicos que usam a história da fundação constitucional para reivindicar autoridade jurídica. Podemos citar alguns exemplos, como os argumentos da intenção original, o significado original do texto ou o entendimento original da estrutura constitucional. Esses argumentos canalizam a história por meio dos argumentos referentes ao propósito, texto, estrutura e assim por diante.

Assim, os argumentos originalistas são apenas casos especiais de argumentos históricos em geral. De fato, não há nada de especial nos argumentos originalistas. Todos, sejam originalistas ou não, formulam esse tipo de argumento, e o fazem desde o início da República.

Uma característica interessante dos argumentos originalistas no direito constitucional norte-americano é que eles geralmente são híbridos. Quer se trate de texto, propósito, estrutura ou qualquer outra coisa, eles também apelam para três outras formas padronizadas de argumentos: *ethos* nacional, tradição política e autoridade reverenciada. É por isso que, na prática, os argumentos originalistas geralmente estão ligados a apelos à tradição.

A filosofia do *originalismo* é mais do que a prática de apresentar argumentos originalistas. É uma teoria geral de interpretação (na verdade, uma família de teorias relacionadas) que

¹¹ Bobbitt argumentou que essas teorias abrangentes são ideologias. Ver BOBBITT, Philip. *Constitutional Interpretation*. Wiley–Blackwell, 1991.

surgiu durante o século XX, mais ou menos na mesma época da ideia do *constitucionalismo vivo* [“living constitutionalism”]. As duas abordagens do originalismo e do constitucionalismo vivo são gêmeos separados no nascimento. São duas respostas iguais e opostas à modernidade constitucional – o reconhecimento de que os Estados Unidos se tornaram muito diferentes do país que eram no momento de sua fundação¹², p. 60 e 67.

Para a maioria de seus adeptos, o originalismo é uma teoria exclusivista de interpretação. Ele argumenta que a única maneira de cumprir a Constituição é descobrir e ser fiel a algo fixado no momento da fundação constitucional e aplicá-lo ao presente. Esse algo pode ser a intenção original dos constituintes, o entendimento original dos ratificadores, o significado original para o público ou o sentido jurídico original para advogados bem treinados que viviam à época da promulgação da Constituição.

O originalismo foi adotado inicialmente pelos liberais do *New Deal*, como o juiz Hugo Black. Com o tempo, tornou-se a linguagem comum do movimento conservador moderno e, por isso, hoje é geralmente associado à política e ao movimento conservador. Há também alguns originalistas liberais, como eu, que têm abordagens distintas¹³. Entretanto, a maioria dos juízes e *justices* da Suprema Corte que são originalistas são *originalistas conservadores* que fazem parte do movimento jurídico conservador moderno. Esse movimento começou na segunda metade do século XX e continua até os dias atuais.

As versões conservadoras modernas do originalismo exercem praticamente a mesma função que o constitucionalismo vivo exerce para os liberais – tais versões oferecem uma maneira de adaptar uma constituição antiga a um mundo em constante mudança¹⁴, p. 545. Apesar de suas dificuldades teóricas, o originalismo conservador foi bem-sucedido politicamente porque permitiu que os conservadores expressassem seus valores contemporâneos (e em mudança) em nome do Direito e da Constituição¹⁵, p. 174.

A diferença entre os originalistas conservadores e os não originalistas não é o fato de o primeiro grupo apresentar argumentos originalistas e o segundo não. Na realidade, a distinção reside no fato dos originalistas argumentarem que a consistência com a análise originalista é a maneira correta de ser fiel à Constituição.

No entanto, na prática, a maioria dos advogados e juízes – inclusive a maioria daqueles que se autodenominam originalistas – são originalistas de cafeteria¹⁶. Com “originalismo de cafeteria”, quero destacar o fato de que os juristas selecionam e escolhem quando apresentar argumentos originalistas e quando não. Se o originalismo fosse realmente o único método

¹² BALKIN, Jack M. *Memory and authority: the uses of history in constitutional interpretation*. New Haven/London: Yale University Press, 2024.

¹³ BALKIN, Jack M. *Living Originalism*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2011. Embora eu concorde com os (a maioria) *conservative originalists* quanto ao argumento de que o significado original é vinculativo para as gerações posteriores, eu argumento que a forma relevante do significado original é muito escassa e não é suficiente para resolver as questões constitucionais mais controversas. Por isso, para decidir estas questões, geralmente devemos nos envolver na construção constitucional, oferecendo argumentos que utilizam das várias modalidades.

¹⁴ POST, Robert; SIEGEL, Reva. Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution. *Fordham Law Review*, v. 75, 2006.

¹⁵ BALKIN, Jack M. *Memory and authority: the uses of history in constitutional interpretation*. New Haven/London: Yale University Press, 2024.

¹⁶ BALKIN, Jack M. *Memory and authority: the uses of history in constitutional interpretation*. New Haven/London: Yale University Press, 2024, p. 70-73, p. 115, p. 160-63; BALKIN, Jack M. We Are All Cafeteria Originalists Now (and We Always Have Been). *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol. 33, issue 2, 2024.

válido de interpretação, então os advogados só ofereceriam argumentos originalistas e os juízes sempre os exigiriam e os empregariam ao redigir as suas decisões e votos. Mas não é isso que acontece no direito constitucional norte-americano. Juízes originalistas conservadores geralmente redigem decisões e votos que têm pouco ou nada a ver com uma investigação imparcial das fontes originalistas. Isso é especialmente verdadeiro quando os materiais originalistas se mostram inconsistentes com os valores contemporâneos dos conservadores americanos. No entanto, embora os juízes originalistas se envolvam em muitas decisões não originalistas, eles estão sempre apontando o dedo para os não originalistas e reclamando que os não originalistas não estão sendo fiéis à Constituição.

Na cultura jurídica americana, todo mundo é um originalista de cafeteria porque o objetivo da argumentação jurídica é resolver controvérsias atuais de forma que façam sentido para as pessoas que vivem no presente. Os argumentos originalistas tendem a ser persuasivos quando as pessoas se identificam com os valores dos fundadores, criadores ou constituintes, pelo menos da forma como eles os entendem ou reinterpretam¹⁷, p. 12, p. 71, p. 153-54, p. 162-163. Ou seja, os argumentos originalistas são persuasivos quando as pessoas podem entender os valores dos criadores como seus valores ou descrevê-los em um nível suficiente de generalidade para que as pessoas possam considerá-los como seus próprios valores. Mas quando os valores dos criadores parecem muito estranhos, irrelevantes ou embaraçosos, as pessoas geralmente não apresentam argumentos originalistas e simplesmente os ignoram. Como pessoas diferentes têm valores diferentes, elas nem sempre concordam quando devem apresentar argumentos originalistas e quando devem ignorá-los. Pelo mesmo motivo, quando as pessoas apresentam argumentos originalistas, elas geralmente descrevem a história da elaboração da constituição de maneiras contrastantes e em diferentes graus de abstração para que ela seja coerente com seus valores.

No âmbito acadêmico, os originalistas, que buscam ser teoricamente consistentes, muitas vezes se decepcionam com os juízes originalistas porque estes não parecem estar praticando o originalismo de forma correta ou consistente. Na verdade, as teorias acadêmicas originalistas muitas vezes não combinam com a forma como os advogados e juízes apresentam argumentos originalistas na prática, pois, como já mencionei anteriormente, esses argumentos são, na verdade, apelos ao *ethos*, à tradição e à autoridade reverenciada. Por isso, a recente fusão de originalismo e tradicionalismo da maioria conservadora da Suprema Corte é simplesmente uma versão mais explícita de um fenômeno que existe há muito tempo.

3 JURISTAS COMO EMPREENDEDORES DA MEMÓRIA

Meu terceiro ponto sobre os juristas diz respeito à memória. Advogados e juízes usam e constroem a memória para justificar seus argumentos. A memória coletiva é o que um grupo lembra sobre seu passado. A memória constitucional é a construção e o uso da memória coletiva para apoiar reivindicações constitucionais e estabelecer autoridade e legitimidade¹⁸.

¹⁷ BALKIN, Jack M. *Memory and authority: the uses of history in constitutional interpretation*. New Haven/London: Yale University Press, 2024.

¹⁸ SIEGEL, Reva B. The Politics of Constitutional Memory. *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, vol. 20, 2022. [SIEGEL, Reva B. A política da memória constitucional. Tradução de Raphael Peixoto de P. Marques e Micael Costa. *Revista Jurídica da Ufersa*, v. 7, n. 13, 2023].

Os advogados e juízes se envolvem na construção da memória porque querem que as pessoas se lembrem do passado de determinada maneira, mas não de outra. Advogados e juízes são empreendedores da memória,^{19, p. 33–34} e as decisões judiciais tanto ampliam quanto dependem dos significados da memória constitucional.

Os historiadores também podem ser empreendedores da memória, mas seus objetivos não são os mesmos dos juristas. Na maioria dos casos, os historiadores querem que nos lembremos do passado de forma diferente, porque isso alargará nossa compreensão do mundo. Os advogados querem que nos lembremos do passado de forma diferente porque isso ajudará a reforçar as suas alegações sobre a interpretação constitucional. Os advogados estão interessados na memória pelo mesmo motivo que estão interessados na história: para obter e estabelecer autoridade jurídica.

Quando as pessoas discutem sobre o que devem fazer no futuro, geralmente discutem sobre o que aconteceu no passado. A memória tem poder normativo porque molda a maneira como as pessoas entendem o presente, o significado das coisas e como elas se tornaram o que são^{20, p. 182}. O que é apagado da memória coletiva é tão importante quanto o que é lembrado e colocado em primeiro plano. Isso se deve ao fato de que o que é apagado da memória não pode fazer reivindicações morais sobre nós. Para obter legitimidade e autoridade, portanto, é importante moldar e controlar a memória^{21, p. 185}. Por isso, os conflitos jurídicos também são, muitas vezes, conflitos sobre a memória do passado, e as disputas jurídicas são uma ocasião frequente de lutas sobre a memória. Os advogados que atuam como empreendedores da memória tentam fazer com que as pessoas se lembrem das coisas de forma diferente para moldar suas crenças sobre o que é justo e injusto.

“Disputas sobre a memória constitucional são disputas sobre quais vozes, quais experiências e qual história devem ser consideradas na forma como interpretamos e construímos a Constituição”^{22, p. 195}. E “toda perspectiva sobre a interpretação constitucional também é, implicitamente, uma representação da memória constitucional”^{23, p. 196}. Argumentos da doutrina constitucional, do significado original e da tradição, todos se envolvem em lembrança e esquecimento seletivo de diferentes maneiras.

Por si só, isso não é um problema; a memória é sempre seletiva. Mas o apagamento da memória na argumentação constitucional pode se tornar especialmente problemático quando o apagamento cria a “falsa aparência (...) de um consenso de valores” ou “de consentimento com arranjos sociais e políticos existentes” que podem ser injustos^{24, p. 196}.

¹⁹ O termo foi retirado de Elizabeth Jelin. Ver JELIN, Elizabeth. *State Repression and the Labors of Memory*. University of Minnesota Press, 2002 (definindo empreendedores da memória como aqueles que “se expressam e procuram definir o campo” de luta sobre a memória).

²⁰ BALKIN, Jack M. *Memory and authority: the uses of history in constitutional interpretation*. New Haven/London: Yale University Press, 2024.

²¹ BALKIN, Jack M. *Memory and authority: the uses of history in constitutional interpretation*. New Haven/London: Yale University Press, 2024.

²² BALKIN, Jack M. *Memory and authority: the uses of history in constitutional interpretation*. New Haven/London: Yale University Press, 2024.

²³ BALKIN, Jack M. *Memory and authority: the uses of history in constitutional interpretation*. New Haven/London: Yale University Press, 2024.

²⁴ BALKIN, Jack M. *Memory and authority: the uses of history in constitutional interpretation*. New Haven/London: Yale University Press, 2024.

Os argumentos baseados na tradição, que se tornaram um elemento básico da Corte Roberts, são um bom exemplo. Os advogados usam a memória para construir a tradição. Eles geralmente preferem uma tradição que pareça unitária em vez de uma que seja mais complicada ou dialética. Como as alegações de tradição oferecem uma história oficial do passado, os argumentos da tradição podem “suprimir a história da resistência e das práticas de não conformidade de pessoas e comunidades com menos prestígio, autoridade e status”²⁵, p. 201-202. Como os juízes podem contar muitas histórias diferentes sobre o passado, é provável que contem uma história sobre a nação e suas tradições que esteja de acordo com seus valores políticos atuais. Os juízes podem, então, construir uma tradição que os ordene fazer o que eles já queriam fazer.

A maioria dos juízes não são historiadores profissionais. Portanto, eles dependem de outras pessoas para fazer a pesquisa histórica. O *justice* Clarence Thomas argumentou que isso não seria um problema porque “em nosso sistema adversarial de julgamento, é adotado o princípio da apresentação das partes (...) Os tribunais têm, portanto, a prerrogativa de decidir um caso com base nas informações históricas fornecidas pelas partes”²⁶, p. 208. Mas quando os juízes confiam nas partes e nos *amici* para fornecerem as informações históricas, eles podem selecionar e escolher entre explicações históricas concorrentes, apoiando-se nas partes em quem confiam.²⁷ Dessa forma, os juízes se tornam construtores ativos da memória constitucional, que, por sua vez, usam para reforçar sua autoridade.

Os historiadores podem desempenhar um papel importante ao desconstruir as reivindicações de memória e autoridade dos advogados, em mostrar que as tradições não são unitárias, mas contestadas, que as práticas do passado são complexas e não uniformes, e que os atos praticados pelas pessoas no passado têm significados e implicações diferentes do que os advogados e juízes imaginam²⁸, p. 173-174, p. 238. Contestar a memória constitucional é uma tarefa importante. A maneira como nos lembramos do passado molda como viveremos no presente.

Este ensaio argumentou que os advogados refazem a história à imagem do Direito e para seus propósitos. Eles canalizam o passado por meio de formas padronizadas de argumentação e constroem a memória para persuadir seus públicos. Os advogados moldam a história para que possam usá-la em sua busca por autoridade²⁹, p. 242. Para entender os usos jurídicos da história, é preciso ter clareza sobre o que os advogados querem com ela. Suas práticas seguem seus desejos.

Os historiadores que desejam se envolver com sucesso com os advogados devem considerar como a história aparece aos olhos do Direito – como o conhecimento histórico é canalizado por meio das modalidades padronizadas de argumentação jurídica. Eles devem prestar atenção em como os advogados e juízes atuam como empreendedores da memória. Acima de tudo, os historiadores devem aprender como aproveitar de seu poder desconstrutivo – sua

²⁵ BALKIN, Jack M. *Memory and authority: the uses of history in constitutional interpretation*. New Haven/London: Yale University Press, 2024.

²⁶ New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen, 597 U.S. 1, 25 n.6, 2022.

²⁷ BALKIN, Jack M. *Memory and authority: the uses of history in constitutional interpretation*. New Haven/London: Yale University Press, 2024.

²⁸ BALKIN, Jack M. *Memory and authority: the uses of history in constitutional interpretation*. New Haven/London: Yale University Press, 2024.

²⁹ BALKIN, Jack M. *Memory and authority: the uses of history in constitutional interpretation*. New Haven/London: Yale University Press, 2024 (“Todas as teorias jurídicas moldam o passado; elas simplesmente fazem isso de diferentes maneiras e buscando objetivos diversos”).

capacidade de oferecer complexidades, contranarrativas e contra-sentidos que possam contestar as reivindicações de autoridade jurídica.

Seja para o bem ou para o mal, grande parte da argumentação jurídica é um raciocínio motivado. Ela é moldada pelos desejos dos advogados de ganhar casos, apoiar clientes e causas, estabelecer novos princípios jurídicos e defender agendas políticas. A identidade profissional dos juízes exige que eles sejam imparciais – ou pelo menos que se considerem assim. Porém, até mesmo os juízes são profundamente moldados por motivações conscientes ou inconscientes para obter resultados jurídicos que sejam justos a seu ver e para levar o Direito em direção desejada por eles.

Portanto, por mais robustas e poderosas que sejam as evidências históricas reunidas pelos historiadores, é sempre possível que os juízes as distorçam ou as ignorem. Eles citarão os *amici* em quem confiam e os resumos que lhes contam as histórias que querem ouvir. Por que, então, os historiadores deveriam se esforçar? Há dois motivos.

Primeiro, o Direito envolve muitos tomadores de decisão, não apenas um. Mesmo que alguns advogados e juízes não se comovam com as melhores evidências históricas, outros podem ser persuadidos. Os historiadores podem ajudar esses últimos, mesmo que os primeiros não queiram sua ajuda.

Em segundo lugar, os historiadores escrevem para o futuro, não apenas para o presente. Entender isso é tão valioso no Direito quanto na educação. O valor das contribuições dos historiadores para o Direito não se limita ao fato de sua perspectiva ter prevalecido em um litígio atual. O Direito – e seu sentido – não é estabelecido de uma vez por todas; ele muda ao longo do tempo. Os votos vencidos de hoje podem se tornar os votos vencedores de amanhã. Quando esse dia chegar, é importante que alguém já tenha feito o trabalho histórico e o tenha apresentado de forma que futuros advogados e juízes possam entender e utilizar. O Direito precisa do trabalho dos historiadores, mesmo que o Direito ainda não tenha se dado conta disso.

REFERÊNCIAS

ARISTOTLE. *On rhetoric: a theory of civic discourse*. George A. Kennedy translation. 2nd. New York: Oxford University Press, 2007.

BALKIN, Jack M. *Memory and authority: the uses of history in constitutional interpretation*. New Haven/London: Yale University Press, 2024.

BALKIN, Jack M. We Are All Cafeteria Originalists Now (and We Always Have Been). *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol. 33, issue 2, 2024.

BALKIN, Jack M. *Living Originalism*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2011.

BOBBITT, Philip. *Constitutional Interpretation*. Wiley–Blackwell, 1991.

BOBBITT, Philip. *Constitutional Fate: Theory of the Constitution*. New York/Oxford, 1982.

JELIN, Elizabeth. *State Repression and the Labors of Memory*. University of Minnesota Press, 2002.

New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen, 597 U.S. 1, 25 n.6, 2022.



PERELMAN, Chaim. *The Realm of Rhetoric*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1982.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution. *Fordham Law Review*, v. 75, p. 545, 2006.

SIEGEL, Reva B. The Politics of Constitutional Memory. *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, vol. 20, 2022. [SIEGEL, Reva B. A política da memória constitucional. Tradução de Raphael Peixoto de P. Marques e Micael Costa. *Revista Jurídica da Ufersa*, v. 7, n. 13, 2023].



A PROGRESSÃO DO CASUÍSMO ATRAVÉS DA PECULIARIDADE 'INDIANA' (HISPANO-COLONIAL)

THE PROGRESSION OF CASUISTRY THROUGH 'INDIAN' (HISPANIC-COLONIAL) PECULIARITY

VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI*

Tradução: RAFAEL RUIZ GONZÁLEZ** | ALFREDO DE J. FLORES***

RESUMO^{1 2 3}

O casuísmo como “crença social” e “praxe jurídica” pode ser encontrado na Península ibérica, contudo acabará tendo um desenvolvimento próprio na América hispânica. As categorias mais próprias que poderiam ser aplicadas ao casuísmo seriam as de fato e caso concreto, bem como diversidade, mutabilidade e distância. A realidade americana foi configurando uma maneira própria, a partir do modo peninsular, de administrar a justiça e de atender às questões de governo.

Palavras-chave: Casuísmo; Diversidade; Mutabilidade; Flexibilidade; Direito colonial indiano.

ABSTRACT

Casuistry as a “social belief” and a “legal practice” can be found in the Iberian Peninsula; however, it would eventually develop its own distinct evolution in Hispanic America. The most appropriate categories that could be applied to casuistry are those of fact and concrete case, as well as diversity, mutability, and distance. The American reality was shaping its own way, based on the peninsular model, of administering justice and dealing with government issues.

Keywords: Casuistry; Diversity; Mutability; Flexibility; Spanish colonial law.

* Doutor em Direito e Ciências Sociais pela Universidad de Buenos Aires (UBA). Foi Advogado e Professor Titular de História do Direito na UBA, além de presidente da Academia Nacional de História da Argentina.
In Memoriam (1933-2022)

** Doutor em História Social pela Universidade de São Paulo.
Professor Associado de História da América da Universidade Federal de São Paulo.
rafarui@hotmail.com

*** Doutor em Direito e Filosofia pela Universitat de Valencia, Espanha.
Professor Titular de Metodologia Jurídica na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
alfredo.flores@ufrgs.br

Recebido em 4-4-2025 | Aprovado em 4-4-2025⁴

¹ **Nota dos tradutores [1]:** Texto original em língua espanhola: ANZOÁTEGUI, Víctor Tau. La progresión del casuismo a través de la peculiaridad indiana. In: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. Casuismo y sistema: Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano. Buenos Aires: Instituto de Investigación de Historia del Derecho, 1992. Os tradutores agradecem a autorização dada pela direção do *Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho*, bem como o apoio desta no contato com os familiares do professor Víctor Tau para autorizar a presente publicação. Foi inserido o termo “Conclusão”, entre parênteses, ao título da seção final do texto, o qual não se encontra na versão original do artigo.

² **Nota dos tradutores [2]:** esse texto, tendo em conta que se insere como segundo capítulo da obra referida acima, faz alusão aqui ao capítulo inicial, o qual já foi traduzido e publicado: ANZOÁTEGUI, Víctor Tau. Casuísmo e sistema: O caso – uma palavra, um conceito com enraizamento social. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 56, p. 29-70, dez. 2024.

³ **Nota dos tradutores [3]:** Resumo de autoria dos tradutores. Os tradutores optaram por manter a exata numeração de notas de rodapé do original. Foi consultada a versão publicada do livro mais recentemente: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. *Casuismo y sistema: Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*. 2. ed. Sevilla: Athenaica/Max Planck Institut, 2021.

⁴ Artigo convidado.



SUMÁRIO

1 O PRECEDENTE CASTELHANO; 2 FATO E DIREITO: UM DIVÓRCIO?; 2.1 A VALORIZAÇÃO DO FACTUAL COMO ELEMENTO DA JURIDICIDADE; 2.2 FATO 'INDIANO' E LEI PENINSULAR; 3 DIVERSIDADE, MUTABILIDADE E DISTÂNCIA: NOÇÕES DIFERENCIADORAS; 3.1 “A DAQUI É OUTRA LINGUAGEM...”; 3.2 “AS COISAS DAS ÍNDIAS NÃO PERMANECEM MUITO TEMPO NO MESMO ESTADO”; 3.3 “UMA TERRA TÃO GRANDE, REMOTA E AFASTADA NÃO PODE SER GOVERNADA DE LONGE”; 4 O CONHECIMENTO DA TERRA; 5 O CASUÍSMO NO DESENVOLVIMENTO DA MONARQUIA UNIVERSAL; 6 O CASUÍSMO NOS NEGÓCIOS DE GOVERNO; 7 UM CASUÍSMO MAIS INTENSO E DIVERSIFICADO? (CONCLUSÃO); REFERÊNCIAS; REFERÊNCIAS EM NOTAS DE TRADUÇÃO.

1 O PRECEDENTE CASTELHANO

Ao evidenciar a presença do casuísmo como crença social no mundo hispânico dos séculos XVI e XVII, cabe questionar quanto ao desenvolvimento de uma tendência propriamente *indiana* [hispano-colonial], surgida no ritmo da nova situação oferecida pelas extensas terras descobertas, pelos grupos humanos aborígenes e pelo complexo processo de conquista e assentamento populacional.

Não deve surpreender-nos encontrar, desde os primeiros tempos, uma boa disposição para atender às particularidades das províncias e comarcas e para admitir as situações mutáveis, pois – como diz Altamira – essa predisposição já estava presente na própria tradição castelhana medieval e até mesmo na mais recente. Maravall assinala a presença firme em Castela, no final do século XV, de uma opinião generalizada que concebia cada comunidade ou reino com seu próprio Direito, particular e mutável, e recorda, a este respeito, uma expressão do célebre Alfonso de Madrigal, o Tostado: “As leis que são boas para uma terra, são ruins em outras, e as leis que em um tempo são boas, em outro são ruins na mesma terra”⁵, p. 420-421.

Por outro lado, Mariluz Urquijo enfatiza a existência de posições mais rígidas que advertiam sobre os riscos que acompanhavam qualquer mudança legislativa, embora também reconhecesse uma conciliação entre ambas as atitudes, levando em conta as diferentes situações oferecidas por um reino consolidado como Castela, por um lado, e pelas novas terras americanas, por outro⁶. Certo é que, para além de nuances, uma longa tradição peninsular foi estimulada em sua transplantação *indiana*, isso em razão – nos dizeres de Altamira – de “uma necessidade mais aguda que as sentidas até então”⁷, 1944-1945.

Essa tradição serviu como ponto de referência para aqueles que trataram o tema em relação às Índias e, certamente, estimulou tanto os que escreviam memoriais ou livros quanto

⁵ MARAVALL, José Antonio. *Estado moderno y mentalidad social: siglos XV a XVII*. vol. II. Madrid: Ediciones de la Revista de Occidente, 1972.

⁶ MARILUZ URQUIJO, José M. El concepto de tierra nueva en la fundamentación de la peculiaridad indiana. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, [IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano], n. 101-102, p. 389-402 [esp. p. 389-390], ene.-jun. 1976.

⁷ ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael. Autonomía y descentralización legislativa en el régimen colonial español: siglos XVI a XVIII. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XX, p. 47-51.

seus respectivos leitores a compreenderem essa nova realidade. Houve alguns que não se contentaram com uma evocação implícita e preferiram recordá-la explicitamente para dar maior clareza à sua exposição. Assim, o capitão Andrés de Tapia, em uma carta com críticas aos legisladores que desconheciam a realidade americana, defendia, desde o solo da Nova Espanha, em meados do século XVI, que leis gerais para toda a terra não eram admissíveis nem mesmo em Castela, onde não seria adequado que “em Sevilha houvesse as mesmas ordenanças que em Vizcaya ou na Galícia”⁸, p. 7.

Outro homem de armas – também escritor –, Bernardo de Vargas Machuca, defendia, no final do século, uma tese mais ampla a respeito do fenômeno indiano, dizendo:

Pois, não se governam reinos, cidades e vilas menores com as mesmas ordenanças, ainda que estejam sob uma lei divina e humana... E assim, vemos que cada república tem suas ordenanças adequadas; porque não se governará bem Sevilha com as ordenanças de Madri, nem Burgos com as de Bilbao, nem uma aldeia com as de uma cidade populosa. Assim, o príncipe deve governar seus reinos diferenciando as ordenanças reais [*ordenanzas reales*], ajustando-as às suas causas e qualidades”⁹, p. 34-35.

Dessa forma, estes e outros homens, conhecedores de fenômenos de igual natureza em suas terras de origem, recebiam e explicavam com maior naturalidade o amplo desenvolvimento desse particularismo *indiano* que avançava para graus até então desconhecidos. Se essa tradição lhes servia para absorver o impacto da novidade americana, poderia também se conjecturar sobre a projeção que essa realidade *indiana* teve, em direção inversa, sobre a mentalidade castelhana.

2 FATO E DIREITO: UM DIVÓRCIO?

Uma via metódica para destacar a peculiaridade do fenômeno casuístico no Novo Mundo é oferecida pela já clássica oposição entre fato e Direito, estabelecida por alguns historiadores. Ou mais precisamente, entre fato *indiano* e lei peninsular. Consta-se, assim, a frequência com que essa norma legislativa aparece sem efeito ou aplicação em uma realidade que parecia se ater ao mundo dos fatos e não das leis. Essa separação entre um e outro termo da relação é, de fato, bastante ampla se aplicarmos com leviandade categorias conceituais posteriores que, em grande parte, provêm do positivismo formalista do século passado. Assim, quando confundimos Direito com lei e excluimos do fenômeno jurídico outras vias criativas próprias da época, como o costume, a opinião dos juristas, as interpretações equitativas e as próprias leis *criollas*. Mario Góngora já há muitos anos apontou os perigos desse anacronismo, que leva a retirar a juridicidade de qualquer infração ou descumprimento de uma norma legal peninsular¹⁰. É necessário, pois, recompor essa relação ajustando os termos, para obter, por meio desse enfoque, consequências proveitosas, sendo uma delas o tema em questão.

⁸ PASO Y TRONCOSO, Francisco del (editor). *Epistolario de Nueva España, 1505-1818*. vol. VI. México: 1939-1942.

⁹ VARGAS MACHUCA, Bernardo de. *Milicia y descripción de las Indias* (1599). vol. I. Madrid: Imp. de Tomás Minuesa, 1892. [Colección de los libros raros o curiosos que tratan de América, t. VIII, IX].

¹⁰ GÓNGORA, Mario. *El Estado en el Derecho Indiano: Época de fundación, 1492-1570*. Santiago de Chile: 1951.

Essa contraposição entre fato e Direito parte, sem dúvida, da suposição de que o fato é um acontecimento social desprovido em si de juridicidade. Deve-se resguardar, então, a possibilidade de admitir que toda lei, por si só, pode ser considerada um fato social no momento de sua aparição, ainda que não conserve essa qualidade em sua posterior consolidação normativa. Assim entendida essa relação no mundo castelhano da época, ambos os termos mantinham uma estreita aproximação, a ponto de – como vimos – o Direito ser reduzido ao fato ou de se aludir, com a expressão “fato e direito”, àquilo que havia sido plenamente alcançado, concluído. Ou seja, a estimativa coletiva tendia a fazer com que – dentro do jogo de tensões próprio da vida social – a separação entre ambos os componentes fosse a menor possível. Daí a existência de distintos mecanismos para conferir juridicidade a certas situações desprovidas de apoio legal, quando estas não afetassem valores religiosos ou morais superiores.

Essa relação pareceu desequilibrar-se no Novo Mundo por diversos fatores – os quais temos intenção de examinar mais adiante –, evidenciando situações que transcendiam não apenas os direitos civil e canônico, mas também as próprias regulações legais especiais que, para as Índias, eram ditadas na Península. Esse desequilíbrio foi repercutido, com preocupação, desde os dias da conquista, por homens de diferentes ofícios e atividades, os quais, ao contrapor a ordem legal à situação existente, faziam uma clara avaliação desta e buscavam outras vias jurídicas para enquadrar esses novos fatos. A notória separação na relação fato-direito impunha-se, assim, como um problema, mas – ao contrário do que supõe certa historiografia superficial – não se tratava de uma realidade sem solução. Era, sim, uma questão que preocupava aqueles homens – juristas ou não – e constituía um estímulo na busca de novas modalidades jurídicas. Era, portanto, rica em consequências, tão rica que, possivelmente, é a essa contraposição que se deve precisamente a origem do dinamismo jurídico hispano-colonial. Sua verificação no tema em questão tem um objetivo muito específico, ou seja, constatar a progressão do casuísmo a partir dessa avaliação do fato em relação aos demais territórios hispânicos, embora o assunto ofereça outras possibilidades de desenvolvimento, cujo tratamento não caberia ser feito neste momento.

Essa oposição entre fato e Direito ficou registrada em numerosos testemunhos desde os primórdios da colonização, procedentes tanto de conquistadores, como de letrados, missionários, vice-reis, *oidores* etc. Explica-se a sua maior abundância durante os séculos XVI e XVII, mas não desapareceram no séc. XVIII, apesar de as ideias mais rigorosamente legalistas terem penetrado na mentalidade coletiva e de alguns fatores estimulantes dessa separação terem se atenuado. Parece-me necessário distinguir dois aspectos nessa oposição denunciada. Por um lado, a inaplicabilidade dos ordenamentos civil e canônico no Novo Mundo; e, por outro, a dificuldade de legislar acertadamente desde a Península para atender às novas situações.

2.1 A VALORIZAÇÃO DO FACTUAL COMO ELEMENTO DA JURIDICIDADE

Quanto à primeira questão, parece necessário recordar o ponto de vista de Góngora, que estudou com lucidez a forma inicial da conquista, especialmente o assentamento da população espanhola com base no trabalho aborígene. O autor observa que os problemas e soluções ocorreram de maneira, tempo e intensidade diferentes em todas as províncias, mas sempre sobre o eixo de uma polaridade entre o que era um Direito por causa “da necessidade fundada na situação” – como algo próprio de terras novas e tempos de conquista – e um Direito de raiz castelhana, formado pelo romano-canônico, o real e a ideia do Direito natural.

Góngora acrescenta que aquele Direito surgido da necessidade – por vezes extrema – era rico em formas, amparando-se na primazia do bem comum sobre a lei¹¹, p. 167, 261.

Mais além dessa precisão conceitual, é necessário recorrer a alguns testemunhos significativos que nos mostrem ou nos façam ver diferentes facetas dessa questão. De imediato, os mais nítidos aparecem na abordagem da relação com os aborígenes. Este aspecto é bem ilustrado por um informe profundo do *oidor* Vasco de Quiroga ao rei, em 1535, no qual apresentava, de modo geral, a necessidade de estabelecer-se no Novo Mundo “ordem e harmonia [*concierto*] de novo, tanto no espiritual quanto no temporal”. Isso deveria ser feito “por meios, modos e arte, e por tais leis e ordenanças” que se adaptassem ao conhecimento e uso dos aborígenes, “sem os emaranhados, obscuridade e multiplicidade” das leis castelhanas, que lhes eram estranhas ao seu entendimento.

Ou seja, como o próprio Vasco de Quiroga pontuava mais adiante, o Novo Mundo era realmente algo totalmente novo, surgindo daí a exigência de “prover e ordenar as coisas de maneira nova”¹², p. 147-148. Atentemos ao sentido absoluto com que o “ouvidor” novo-hispânico postulava a necessidade de uma regulamentação nova, diferente da castelhana, tanto na forma quanto na substância. Mas não esqueçamos que Vasco de Quiroga não era um letrado comum, mas pertencia à linhagem dos reformadores apostólicos¹³ e, como tal, seu distanciamento do Direito como complexo normativo era maior e mais compreensível¹⁴.

De maneira frontal, a questão foi colocada, algum tempo depois, pelo frei Jerónimo de Mendieta. Como se sabe, estamos diante de um representante da linha de pensamento apostólico, vinculado ao misticismo medieval franciscano. Sua ideia era substituir a jurisprudência clássica por uma disciplina paternal e pedagógica nas comunidades aborígenes¹⁵, p. 11 *et seq.*, 93. Em carta ao licenciado Juan de Ovando, referia-se à aplicação das normas canônicas aos indígenas de tal forma que dava preeminência à situação fática sobre aquelas. Depois de admitir que, em oposição às mutações *indianas*, poderiam ser alegadas “as disposições do Direito”, advertia que “os homens não foram feitos pelas leis nem pelos decretos, por mais santos que sejam; pelo contrário, instituíram-se as leis e os decretos em sua totalidade por causa dos homens, para sua utilidade e proveito”. E acrescentava, reforçando o que dissera: “Seria bastante duro

¹¹ GÓNGORA, Mario. *El Estado en el Derecho Indiano: Época de fundación, 1492-1570*. Santiago de Chile: 1951.

¹² *Informe en Derecho*. In: CASTAÑEDA DELGADO, Paulino. *Don Vasco de Quiroga y su “Información en Derecho”*. Madrid: 1974.

¹³ *Nota de tradução*: Víctor Tau vincula Vasco de Quiroga, que viveu entre o final do séc. XV e boa parte do século XVI, com uma tradição de reformas religiosas ocorridas dentro das comunidades católicas do território espanhol desde meados do século XIV e que representavam uma perspectiva diferente da reforma anterior, influenciada pelos franceses de Cluny: primeiro pela presença de representantes “apostólicos” de Roma, ainda que não fosse marcante, e, segundo, por resultar num aspecto mais próximo da cultura da Península Ibérica, o que é importante na retórica da Reconquista. Tal movimento no século XV alcança distintas ordens religiosas de Castela e Aragão, e, em particular na época final, desenvolve-se sob a salvaguarda dos Reis Católicos. Sobre isso, ver o que se comenta a respeito da 1ª escola espiritual moderna na Espanha: MARTÍN, Melquiades Andrés. *Pensamiento teológico y vivencia religiosa en la Reforma española (1400-1600)*. In: GONZÁLEZ NOVALIN, José Luis (dir.). *Historia de la Iglesia en España*: Tomo III-2º (La Iglesia en la España de los siglos XV y XVI). Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos (La Editorial Católica), MCMLXXX. p. 337.

¹⁴ Sobre sua personalidade, cf.: ZAVALA, Silvio. *Ideário de Vasco de Quiroga*. México: 1941; ZAVALA, Silvio. *Recuerdo de Vasco de Quiroga*. México: 1965.

¹⁵ Cf.: PHELAN, John L. *El reino milenar de los franciscanos en el Nuevo Mundo*. México: 1972.

dizer que valeria mais que o que foi instituído pelos Sagrados Cânones seja guardado inviolavelmente nas Índias, ainda que os nativos de lá nunca venham a ser bons cristãos, ao mudar algumas das sanções e decretos estabelecidos pelos Santos Padres”¹⁶, p. 113-114.

Tal oposição à execução de algumas normas canônicas consideradas inaplicáveis se completa com uma crítica contundente que, em outra ocasião, dirigia-se ao Direito civil e, particularmente, à [jurisdição da] *Audiencia* e aos letrados, propondo o estabelecimento de uma nova ordem, muito simples, para os indígenas. Com evidente descontentamento, concluía então: “nem Código, nem Digesto, nem homem que deveria governar os índios passara por estas terras; porque nem Justiniano fez leis, nem Bártolo nem Baldo as interpretaram para este novo mundo e sua gente[...]”¹⁷, p. 19.

Como se percebe, esses testemunhos colocavam o Direito então conhecido em contraposição à situação dos aborígenes americanos. Ambos optavam por uma valorização do fático em detrimento de uma aplicação rigorosa da normativa existente. Não deixa de ser sugestivo que Mendieta, na referida carta a Ovando, fundamentasse sua ideia justamente na antiga e difundida definição de lei exposta por Santo Isidoro e na convicção de que o verdadeiro legislador deveria “ordenar e prover para a utilidade dos homens”. Ou seja, para defender essa renovação radical, ele recorria precisamente a um texto apreciado pelos juristas.

Esses testemunhos podem ser rotulados como parciais, uma vez pertencentes a uma corrente de pensamento orientada por uma finalidade apostólica, que tendia a afastar-se da dura realidade na qual se desenvolvia a sociedade hispano-indígena. Esse não era o caso de um observador atento do mundo natural e físico, como o padre José de Acosta, que dizia que, nas Índias, nenhum Direito, com exceção do natural, poderia ter firmeza e consistência, e que as leis romanas ou castelhanas eram incompatíveis com as antigas dos aborígenes¹⁸. Como vimos, o valor desse juízo não reside em sua originalidade, mas antes na autoridade de quem o fazia e, particularmente, no fato de que, anos depois, viria a ser adotado, fazendo-o próprio, por Solórzano na obra *Política Indiana*¹⁹, assegurando sua consagração e difusão.

Também podemos encontrar outros julgamentos que, ampliando o horizonte, mostram-nos a realidade *indiana* como dificilmente compatível com normas legais rígidas. Um bom exemplo disso está no *Gobierno del Perú*, de Juan de Matienzo, que pregava um Direito ajustado à realidade, ao mesmo tempo que revelava desconfiança em relação a considerações genéricas ou regras facilmente induzidas. Particularmente sugestivo é o conselho que dava a quem governasse a terra, no sentido de que refreasse seu ímpeto renovador “até conhecer muito bem as condições e os costumes dos nativos [*naturales*] da terra e dos espanhóis que nela habitam”, pois, só depois de se ajustar a eles, poderia introduzir as reformas necessárias²⁰.

p. 201.

¹⁶ GARCÍA ICAZBALCETA, Joaquín. *Nueva colección de documentos para la Historia de México*. vol. I. México: 1886.

¹⁷ *Carta a Fray Francisco de Bustamante, comisario general de las Indias en San Francisco de México*. Toluca, 1 de enero de 1562 In: GARCÍA ICAZBALCETA, Joaquín. *Nueva colección de documentos para la Historia de México*. vol. I. México: 1886.

¹⁸ ACOSTA, José de. *De procuranda indorum salute*. Tomo I (Libros 1 a 3): Pacificación y colonización. Madrid: CSIC, 1984. p. 402-412 [lib. 3, cap. 4]. [Corpus hispanorum de pace, 23-24].

¹⁹ SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de. *Política indiana* (1647). Madrid: 1776 [V, XII, 11 e V, XVI, 4].

²⁰ MATIENZO, Juan de. *Gobierno del Perú* (1567). Edición de G. Lohmann Villena. Paris-Lima: 1967.

Atentemos ao que, desde Potosí, escrevia um observador perspicaz da realidade naquela província de Charcas, Luis de Ribera, numa data – 1620 – em que se entrava na fase de consolidação *indiana*. Nesse testemunho, aparece claramente contrastada a situação entre os dois mundos, esboçada a singularidade dessas terras e sugestivamente exposta a separação entre fato e Direito. Ele apontava para a dificuldade de governar um reino “que não tem semelhança nem proporção alguma com os vassalos de Flandres, Itália e Espanha, nem com quaisquer outros que Deus tenha criado no mundo, nem com seus costumes e leis, inclinações e práticas, sem vê-lo, avaliá-lo e vencer hoje uma dificuldade e amanhã outra, e manter-se na execução, adotando os meios mais suaves, mais justos e mais úteis do fato e do Direito”²¹.

Essas palavras refletiam a singularidade do governo e do Direito *indianos*, dentro e, ainda mais, para além da Monarquia. Também, queremos destacar, mostravam que esse governo necessitava de uma condução empírica, na qual era preciso atender, com moderação e equilíbrio, tanto ao fato quanto ao Direito, com a evidente intenção de aproximar um do outro. Se revisitarmos a última parte do parágrafo citado, encontramos uma descrição lúcida dessa arte que consistia em alcançar o mais justo e mais útil, extraindo-o tanto do fático quanto do normativo, na convicção de que ali seria possível encontrar a realização do Direito. Era, além disso, uma expressão refinada dessa mentalidade casuísta predominante e mais uma demonstração de preocupação em reduzir a distância entre os dois termos da relação que estamos estudando.

Por fim, parece conveniente, dando um grande salto no tempo, recorrer a um jurista do Iluminismo e experiente magistrado *indiano*, Benito de la Mata Linares, que nos oferece um singular testemunho das últimas etapas do período examinado. Partindo de sua posição como ministro do Conselho das Índias [*Consejo de Indias*], *don* Benito, em clara discordância com as pretensões uniformizadoras da Constituição de Bayona, marcava, em 1808, a formação casuísta da *Recopilación* [da legislação] *indiana*, em consonância com a variedade provincial. Ademais, recordava as notáveis diversidades do Novo Mundo no aspecto legislativo e enfatizava o predomínio da matéria governamental formada no próprio terreno, sem se sujeitar a uma teoria determinada²², p. 260.

A longa experiência adquirida por Mata Linares na gestão governamental e judicial era uma base valiosa para sustentar esse julgamento, em que – como já vimos em Ribera – aparecia claramente a imagem de um Direito que deveria ser elaborado na atividade constante dos ministros e magistrados sobre a situação dada, sem ser limitado pela rigidez de normas jurídicas inaplicáveis. Tratava-se, portanto, de um trabalho criativo para dar a cada situação sua solução adequada.

2.2 FATO ‘INDIANO’ E LEI PENINSULAR

A discrepância entre a situação *indiana* e a lei proveniente da Península é um tema utilizado pelos historiadores para caracterizar a vida social americana. Assim, se o Direito castelhano não satisfazia plenamente as exigências *indianas*, tampouco as normas especiais dadas pelo rei, por meio do *Consejo de Indias*, alcançavam esse objetivo. Em 1518, frei Bernardino

²¹ *Carta al rey*. Potosí, 15 de marzo de 1620. *Archivo General de Indias* (AGI). Charcas, 54.

²² TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. Las observaciones de Benito de la Mata Linares a la Constitución de Bayona. *Boletín de la Real Academia de la Historia*, Madrid, t. 178, cuaderno II, 1981, p. 243-266.

de Manzanedo, ecoando o que “todos dizem”, expunha ao rei que “um dos principais danos daquela Terra foi querer prover de Castela cada coisa que deveria ser feita nela”²³, p. 306. Outro religioso, no mesmo sentido, afirmava que era quase impossível “poder ser bem regidas ou governadas aquelas partes a partir daqui”²⁴, p. 252. Esse suposto sentimento coletivo, registrado em memoriais da primeira época, foi ratificado por escritos sucessivos da mais variada natureza, nos quais se expressava essa impossibilidade de resolver com precisão as situações surgidas em um âmbito distinto, que exigia a presença, no local, de uma autoridade para decidir e executar. Assim, os “ouvidores” [*oidores*] de Santo Domingo diziam ao rei que, em relação à criação de povoados na Ilha, “não se pode dar uma regra certa”, sendo melhor que a própria *Audiencia* decidisse conforme as situações²⁵, p. 356.

A conquista da Nova Espanha abriu um amplo fluxo de opiniões convergentes, que chegavam à Corte. Em 1524, Hernán Cortés, ao liderar uma série de observações sobre as instruções que lhe haviam sido enviadas e que ele não havia executado, sustentava que “as coisas julgadas e providas em ausência não podem ser expedidas convenientemente, por não poderem compreender todas as particularidades do caso...”²⁶, p. 471. Esse desacordo entre preceitos emitidos de longe e situações locais complexas também foi abordado algumas décadas depois pelo *oidor* Vasco de Quiroga, ao formular uma crítica a uma certa disposição real. Seu objetivo era alertar os governantes da Nova Espanha, tanto em “ausência” quanto em “presença”. Referiu então que, havendo tantos inconvenientes e prejuízos, “é razão de abrir os olhos e as portas ao remédio, e com isso também a vontade e o entendimento à verdade e existência dos casos e das coisas, e não às aparências; e que se faça tudo de modo que não seja dar lei apenas às palavras e deixar as coisas sem lei, e sem remédio possível, provável e praticável; porque o que não é possível nem praticável não é remédio, mas um pretexto para o mal...”²⁷, p. 122. Neste parágrafo, de leitura difícil por seu estilo rebuscado, repousa, no entanto, com clareza, a ideia do contraste entre a lei desprovida de fundamento e a possibilidade de aplicação, e a realidade urgente que exigia remédios adequados. Aquela expressão central – não “dar lei apenas às palavras e deixar as coisas sem lei” – é o cerne desse pensamento que, ao reconhecer a tensão entre ambos os termos, buscava sua conciliação por meio desta solução: nem lei sem possibilidade de aplicação, nem situação fática fora da juridicidade.

A oposição que temos considerado não surgiu apenas de novos testemunhos novo-hispanos em meados daquele século, mas chegou a adquirir certos tons de reprovação em relação àqueles que pareciam não entender tal disparidade. Da pena do vice-rei Antonio de Mendoza brotaram estas palavras significativas: “...tenho grande pena de ver que S. M., os conselhos e os frades se uniram para destruir esses pobres índios e gastam tanto tempo, tanta tinta e papel para fazer e desfazer, emitindo provisões umas contrárias às outras, e mudando a cada

²³ PACHECO, Joaquín F.; CÁRDENAS, Francisco de; MENDOZA; Luis Torres de. *Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y organización de las antiguas posesiones de América y Oceanía, sacados de los Archivos del Reino, y muy especialmente del de Indias*. 1ª, t. XXXIV. Madrid: M. Bernaldo de Quirós, 1864-1884.

²⁴ PACHECO, Joaquín F.; CÁRDENAS, Francisco de; MENDOZA; Luis Torres de. *Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y organización de las antiguas posesiones de América y Oceanía, sacados de los Archivos del Reino, y muy especialmente del de Indias*. 1ª, t. XI. Madrid: M. Bernaldo de Quirós, 1864-1884.

²⁵ PACHECO, Joaquín F.; CÁRDENAS, Francisco de; MENDOZA; Luis Torres de. *Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y organización de las antiguas posesiones de América y Oceanía, sacados de los Archivos del Reino, y muy especialmente del de Indias*. 1ª, t. XI. Madrid: M. Bernaldo de Quirós, 1864-1884.

²⁶ GARCÍA ICAZBALCETA, Joaquín. *Colección de documentos para la Historia de México*. vol. I. México: 1858.

²⁷ *Informe en Derecho*. In: CASTAÑEDA DELGADO, Paulino. *Don Vasco de Quiroga y su “Información en Derecho”*. Madrid: 1974.

dia a ordem de governo, sendo tão fácil remediar isso apenas nomeando pessoas qualificadas que administrem a terra com razão e justiça”²⁸, p. 57-58.

Em outros escritos da época, podemos ler expressões semelhantes, expostas com maior ou menor ousadia. O licenciado Altamirano dizia que “não se pode prover por leis, provisões ou cédulas de Vossa Majestade todas as coisas e negócios desta terra”²⁹. O conquistador Andrés de Tapia, com boa dose de exagero, registrava em uma carta cheia de vivacidade que “não sei como a esses senhores do Conselho parece que basta ordenarem daí uma vez para toda a vida, e umas leis gerais para toda a terra...”³⁰, p. 7. O licenciado Diego Téllez, ao reclamar dos *oidores*, destacava a necessidade de um governo com homens honestos, dada a dificuldade e a demora de legislar desde tão longe³¹, p. 155-156.

Por sua vez, Pedro de Meneses não hesitava em denunciar ao rei que a Nova Espanha estava se perdendo “por não se atender nem lá nem aqui, devido às novidades e mudanças que vêm de lá e que aqui é impossível entender.” Para ele, “as coisas daqui... precisam ser corrigidas aqui e não remetidas para lá...”³², p. 148. E algo mais pode ainda ser destacado. Não apenas se aludia ao lugar desde onde se legislava, mas também às pautas seguidas. Nesse sentido, o procurador [*fiscal*] da Nova Espanha, Cristóbal Bustamante, afirmava que “querer regular esta terra à maneira da Espanha... não se tolera, nem se deve considerar errado que, pela diversidade de tempos e terras, os estatutos sejam alterados e modificados...”³³, p. 266.

Conforme se observa na precedente amostra seletiva de juízos do século XVI na Nova Espanha – a maioria dirigida ao rei –, a contraposição entre fato *indiano* e lei peninsular constituía uma preocupação constante para conquistadores, governantes, *oidores* e letrados, que, em todos os casos, inclinavam-se por uma maior consideração e atenção às situações concretas: era comum destacar a importância que a presença direta do ministro ou magistrado assumia na solução dos problemas. Que esse sentimento não era exclusivo durante as décadas difíceis da conquista pode ser comprovado pela memória que o duque de Escalona dirigiu ao seu sucessor no vice-reinado da Nova Espanha em 1642. Nela, transparecia uma maior valorização da própria experiência adquirida no exercício do governo do que mediante as cédulas e leis provenientes da Península, assumindo como pressuposto a particularidade do fenômeno *indiano*³⁴, p. 31.

Essa mesma questão continuava sendo enfatizada um século depois, quando Manuel Joseph de Ayala mostrava a mesma questão ao contrário, manifestando a surpresa com que na Corte – já seguramente impregnada de gostos uniformizadores – eram recebidas certas

²⁸ HANKE, Lewis. *Los virreyes españoles en América durante el gobierno de la Casa de Austria*: México. vol. I. Madrid: Biblioteca Autores Españoles (BAE), 1976-1978.

²⁹ MONTOTO, Santiago; ALTAMIRA, Rafael, *Colección de documentos inéditos para la Historia de Iberoamérica*. vol. 1. Madrid: 1927. p. 214.

³⁰ PASO Y TRONCOSO, Francisco del (ed.). *Epistolario de Nueva España, 1505-1816*. vol. VI. México: 1939-1942.

³¹ PASO Y TRONCOSO, Francisco del (ed.). *Epistolario de Nueva España, 1505-1816*. vol. XIV. México: 1939-1942.

³² PASO Y TRONCOSO, Francisco del (ed.). *Epistolario de Nueva España, 1505-1816*. vol. VI. México: 1939-1942.

³³ GÓNGORA, Mario, *El Estado en el Derecho Indiano*: Época de fundación, 1492-1570. Santiago de Chile: 1951.

³⁴ HANKE, Lewis. *Los virreyes españoles en América durante el gobierno de la Casa de Austria*: México. vol. IV. Madrid: Biblioteca Autores Españoles (BAE), 1976-1978.

providências de vice-reis, governadores e tribunais *indianos*, cuja singularidade o erudito panamenho justificava pela diversidade de negócios e regiões³⁵.

Através destas páginas, parece-nos evidente a existência de uma separação entre fato e Direito em grau seguramente maior do que em outros ordenamentos jurídicos, próprios de sociedades consolidadas. Também ficou clara a preocupação – expressa em memoriais, cartas e documentos de toda natureza – sobre essa disparidade e a insistência em afirmar a inaplicabilidade, no Novo Mundo, das leis canônicas, civis e castelhanas, e mesmo de muitas leis especiais criadas para as Índias desde a Península. Desses escritos transparece uma decidida valorização do factual, em claro repúdio a uma mera legalidade formal, sendo o testemunho de Vasco de Quiroga talvez o mais significativo nesse sentido. Ao mesmo tempo, percebe-se o desejo subjacente de aproximar o fato ao Direito, reduzindo a distância que os separava. Essa constatação sugere uma ordem fundada mais no fato ou situação do que em um ordenamento legal geral, com intensidade progressiva em relação ao restante do mundo hispânico e europeu. Isso significa que as soluções alcançadas tinham caráter precário, conforme os tempos, lugares, pessoas e casos.

Interpretadas nesse sentido, parecem muito expressivas aquelas palavras do historiador Ots Capdequí, ao descrever as origens do Direito *indiano*, “com uma nota de casuísmo muito acentuada e com uma tendência regulamentarista minuciosa”³⁶, p. 88. Desta maneira, essa cautela em relação ao que até então era reconhecido como sendo Direito, ou norma legal proveniente da Península, não se deve entender, ainda que muitos assim acreditassem, como uma manifestação de desprezo pelo jurídico, mas, pelo contrário, mais como uma tentativa – que se expressa de formas muito diversas, e até de modo irracional – de alcançar uma regulamentação nova que atendesse às exigências das diferentes situações que o solo americano apresentava.

3 DIVERSIDADE, MUTABILIDADE E DISTÂNCIA: NOÇÕES DIFERENCIADORAS

A peculiaridade *indiana* que temos destacado aparecia sustentada em três noções que foram frequentemente invocadas em documentos peninsulares e americanos desde os primórdios até os últimos anos da Monarquia espanhola: a diversidade, a mutabilidade e a distância. Por meio delas, percebemos um entrelaçamento com o tema anteriormente abordado, embora sob diferentes ângulos de observação.

³⁵ AYALA, Manuel Joseph de. *Discurso ingenuo, en que se manifesta y prueba la precisa necesidad, y utilidad de establecer para el acierto seguro del gobierno universal y manejo de nuestras Indias*. Manuscrito – MA, V, fs. 320-328 [esp. fs. 322-323] (Biblioteca de Palacio – BP. 2820). [Publicado por: MUÑOZ PÉREZ, José. Los ‘Prontuarios americanos’ de Manuel José de Ayala (Un memorial desconocido e inédito de 12 de enero de 1763). *AHDE*, n. 26, p. 669-692, 1956].

³⁶ OTS CAPDEQUÍ, José María. *Historia del Derecho español en América y del Derecho indiano*. Madrid: 1968.

3.1 “A DAQUI É OUTRA LINGUAGEM” [“EL DE ACÁ ES OTRO LENGUAJE”]

A noção de diversidade pode se desdobrar: a diversidade entre os dois mundos e a própria diversidade entre as diferentes regiões americanas. Daí surgiriam não apenas as diferenças em relação ao Direito castelhano, mas também a pluralidade normativa indiana. Tal noção pode ser encontrada em textos de diversa índole, desde o início da colonização, embora – segundo Demetrio Ramos – nos primeiros tempos tenha-se atuado e pensado na Espanha em um nível de generalização³⁷. Altamira apresenta, nesse sentido, numerosos testemunhos, mas enfatizou especialmente aqueles que emergem das próprias leis peninsulares, entre as quais se destaca a disposição de Felipe II, de 1571, posteriormente incorporada à *Recopilación* de 1680. Nela se estabelecia que o governo das Índias deveria ser feito conforme o “estilo e ordem” castelhano-leonês, “na medida do possível e enquanto fosse suportado pela diversidade e diferença das terras e nações”^{38 39}.

Essa regra geral se manifestou em numerosas expressões legislativas peninsulares referentes a questões concretas nas quais se invocava tal diversidade, ou se fazia alusão a ela, para justificar a separação quanto ao ordenamento castelhano. Mais ainda, essas disposições frequentemente se subordinavam expressamente às leis ou costumes locais, mesmo sem certeza sobre sua existência, o que demonstrava o forte impacto dessa noção de diversidade no ânimo do legislador, a ponto de considerá-la prudente, preservando-a e, em alguns casos, até priorizando-a sobre sua própria determinação.

O esforço de Altamira buscava, como é sabido, descobrir o que ele chamava de “autonomia e descentralização legislativa” nas Índias, deixando aberta a possibilidade de um direito positivo próprio, em alguns casos até oposto ao proveniente da Península⁴⁰.

Recorramos a diversas expressões do século XVI, extraídas de um inesgotável arsenal de testemunhos que apontam coincidentemente para essa noção de diversidade. Quando, em 1526, foi enviado um governador para a Terra Firme, o rei estabeleceu que, “por ser a terra nova e muito diferente desta”, não lhe fosse dada regra ou instrução específica sobre sua atuação, nem se limitasse a obedecer às leis. A ordem restringia-se a “encarregar-vos a vossa consciência, confiando na vossa pessoa”⁴¹, p. 254. Observemos que a fundamentação de uma medida tão singular se baseava nesses conceitos de “terra nova” e “muito diferente”, a partir da qual se autorizava a que não se seguissem as leis – a referência possível, para a época, é que seriam provavelmente as castelhanas, já que as *indianas* eram ainda escassas –, agindo de forma casuística diante de uma realidade que, como se confessava implicitamente, escapava ao poder regulatório do governante peninsular.

³⁷ RAMOS PÉREZ, Demetrio. *Historia de la colonización española en América*. Madrid: 1947. p. 89.

³⁸ R. I., II, 13 e II, IV, 2. Cf.: ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael. Autonomía y descentralización legislativa en el régimen colonial español: siglos XVI a XVIII. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XX, p. 01-71 e 345-389 [esp. p. 17-23, 65-66], 1944-1945.

³⁹ *Nota de tradução*: a presente obra recebeu uma publicação mais recente, integrando as partes que foram publicadas em números distintos do Boletim de Coimbra: ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael. *Autonomía y descentralización legislativa en el régimen colonial español*: siglos XVI a XVIII. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2011. 248p.

⁴⁰ ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael. Autonomía y descentralización legislativa en el régimen colonial español: siglos XVI a XVIII. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XX, p. 346-361, 466-468, 1944-1945; vol. XXI, p. 37 et seq., 1945.

⁴¹ GÓNGORA, Mario. *El Estado en el Derecho Indiano: Época de fundación, 1492-1570*. Santiago de Chile: 1951.

Os mesmos conceitos sustentavam, meio século depois, uma queixa da *Audiencia* de Quito ante o rei. O tribunal afirmava que, “por não estarem completamente consolidadas as coisas desta terra e por serem tão novas e diferentes das de lá, parece que a maior parte do que se apresenta aqui pode ser classificado como de governo”. Interpreto essa expressão como indicando que os casos e as situações deveriam ser tratados com soluções novas e particulares, diferentes das já consolidadas por uma jurisprudência conhecida, sendo resolvidos da mesma forma que o rei havia autorizado em 1526, como tínhamos visto anteriormente. Em consequência dessa queixa, o Conselho de Índias ordenou ao vice-rei Toledo – contra quem a denúncia era dirigida – que, considerando “a distância da terra e a peculiaridade dos negócios”, permitisse que, em certos casos, a referida *Audiencia* pudesse decidir e determinar⁴², p. 33.

De forma mais enfática, estabelecia-se a separação entre os dois mundos em um escrito novo-hispano de 1547, que elogiava o trabalho governativo do vice-rei Mendoza: “os de lá entenderão melhor os negócios de lá porque os tratam e assim os farão, e os negócios de cá não os farão, porque não os entenderão, nem a eles, nem à terra, nem ao povo, porque o de cá é outra linguagem e é preciso entendê-la e conhecê-la”⁴³, p. 13. É que, como dizia o próprio vice-rei, a América era “um mundo novo sem nenhuma ordem, razão ou coisa que se pareça com o de lá”⁴⁴, p. 57-58. Essa mesma era a convicção do vice-rei Enríquez quando, em 1580, afirmava a profunda diferença entre o governo das coisas da Espanha e das Índias⁴⁵, p. 202, 212.

Como resultado, o governo *indiano* se apresentava como uma diversidade e especialidade que exigia aprendizado e, sem dúvida, algo mais: uma mentalidade aberta para compreender essas novas situações sem precedentes. Justamente, o referido elogio ao vice-rei Mendoza residia no fato de que ele havia conseguido captar essa peculiaridade e traduzi-la em sua atuação.

Não bastava, portanto, um conhecimento superficial da nova terra para desvendar seus mistérios. Era necessária uma dedicação muito intensa às suas diferentes questões. Essa precisão é respaldada por uma observação feita, no início do século seguinte, pelo marquês de Montesclaros, vice-rei da Nova Espanha, ao se referir à pessoa que deveria realizar as visitas de oficiais e caixas reais em sua jurisdição. Ele entendia como sendo algo certo que os visitantes vindos de Castela entrariam às cegas em sua tarefa se não tivessem experiência nas questões fazendárias *indianas*, as quais “em nada se parecem a outras”⁴⁶, p. 279.

A diversidade indicada conferiu identidade ao uso da voz “terra” para designar a peculiaridade das diferentes comarcas e gentes que compunham o continente americano. De forma mais desenvolvida, a expressão “terra nova” surgiu com vigor no século XVI para reivindicar ou justificar determinadas medidas que se afastavam das pautas estabelecidas desde o modelo castelhano. Mariluz Urquijo, ao destacar essa expressão como um dos fundamentos da peculiaridade *indiana*, sustenta que foi “um fecundo expediente para impulsionar a formação

⁴² SÁNCHEZ BELLA, Ismael. Quito, audiencia subordinada. *AHJE*, n. 5, 1980.

⁴³ PASO Y TRONCOSO, Francisco del (ed.). *Epistolario de Nueva España, 1505-1816*. vol. V. México: 1939-1942.

⁴⁴ HANKE, Lewis. *Los virreyes españoles en América durante el gobierno de la Casa de Austria*: México. vol. I. Madrid: Biblioteca Autores Españoles (BAE), 1976-1978.

⁴⁵ HANKE, Lewis. *Los virreyes españoles en América durante el gobierno de la Casa de Austria*: México. vol. I. Madrid: Biblioteca Autores Españoles (BAE), 1976-1978.

⁴⁶ HANKE, Lewis. *Los virreyes españoles en América durante el gobierno de la Casa de Austria*: México. vol. II. Madrid: Biblioteca Autores Españoles (BAE), 1976-1978.

do Direito *indiano*”, pois evocava, para os contemporâneos, “uma precisa constelação de circunstâncias”⁴⁷, p. 389-402.

A noção de diversidade também se estendia às novas regiões onde o domínio espanhol estava se consolidando. Assim, logo “terra” e “terra nova” adquiriram um conteúdo mais amplo, expressando a riqueza e complexidade do crescimento interno da colonização. Com o tempo, essas expressões passaram a ser usadas para designar os lugares onde a vida social se desenvolvia em condições mais precárias em relação aos centros mais consolidados, perdendo gradativamente seu significado original. Os textos legais, memoriais e discursos começaram a enfatizar as circunstâncias específicas ou concorrentes de cada província como condicionantes para a adoção de uma medida ou aplicação de uma norma específica. Isso se torna especialmente evidente na questão indígena, onde rapidamente se abandonou a aplicação de normas gerais para tratar cada grupo de maneira diferenciada, conforme “a ordem e o costume destes naturais [*naturales*] e a qualidade da terra”, como afirmava o vice-rei Toledo⁴⁸.

Já anos antes, um jurista, atento observador da realidade indígena, havia indicado que, no governo e nos costumes dos nativos “não se pode estabelecer nem dar uma regra geral, porque quase em cada província há grande diferença em tudo... e isso é geral em todas as Índias, segundo ouvi, e pelo que vi e percorri nelas, que foi muito, posso afirmar ser assim verdade”⁴⁹. Essa avaliação de Zorita, contrária a qualquer tipo de regulamentação geral, era compartilhada por outro jurista contemporâneo, ao se referir ao modo e forma do antigo tributo, afirmando que não era possível estabelecer “uma regra geral pela diversidade que havia nisso em cada província, cacique e povoado”⁵⁰, p. 252. Esse critério também era sustentado em favor dos indígenas pelos bispos novo-hispanos, que solicitavam à *Audiencia* que, nessa questão, “se tivesse respeito e atenção à diversidade das pessoas e terras”⁵¹, p. 284.

De forma similar, em relação ao Peru, Juan de Matienzo afirmava, ao tratar da ocupação que deveria ser feita de certos indígenas, que “dar uma regra geral nisso é impossível, porque em cada terra isso deve ser feito de maneira diversa”⁵², p. 63. E o vice-rei Toledo ampliava esse juízo ao afirmar que “não é possível que pela ordem de uma lei ou ordenança” se possa governar tamanha diversidade de terras, temperamentos e pessoas⁵³. O próprio Matienzo, em outros trechos de sua obra, retomava essa ideia de diversidade, estendendo-a aos dois grandes centros de poder político, Nova Espanha e Peru, e incluindo nela tanto os indígenas quanto os espanhóis. Ainda mais, dentro dessa última jurisdição – objeto de seu estudo –, ele observava que, devido à vastidão da terra, os costumes e os temperamentos eram muito diversos,

⁴⁷ MARILUZ URQUIJO, José M. El concepto de tierra nueva en la fundamentación de la peculiaridad indiana. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, [IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano], n. 101-102 [esp. p. 395], ene.-jun. 1976.

⁴⁸ ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael. Autonomía y descentralización legislativa en el régimen colonial español: siglos XVI a XVIII. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XX, p. 21-23, 1944-1945.

⁴⁹ ZORITA, Alonso de, *Breve y sumaria relación de los señores y maneras y diferencias que había de ellos en la Nueva España y en otras Provincias sus comarcas, y de sus leyes, usos y costumbres...* In: GARCÍA ICAZBALCETA, Joaquín. *Nueva colección de documentos para la Historia de México*. vol. III. México: 1886-1892. p. 71-227 [esp. p. 77].

⁵⁰ PASO Y TRONCOSO, Francisco del (editor). *Epistolario de Nueva España, 1505-1818*. vol. VII. México: 1939-1942.

⁵¹ CUEVAS, Mariano. *Documentos inéditos del siglo XVI para la Historia de México. Colegidos y anotados por...* México: 1914.

⁵² MATIENZO, Juan de. *Gobierno del Perú* (1567). Paris-Lima: Edição de G. Lohmann Villena, 1967.

⁵³ *Disposiciones gubernativas para el virreinato del Perú. 1569-1580*. Francisco de Toledo. Introdução por Guillermo Lohmann Villena. vol. I. Sevilla: 1986-1989. p. XXI.

ao ponto de que “quem está em Lima não pode saber o que convém ao governo da Serra, a não ser por relato, porque é muito diferente de quem está na Planície [*Llanos*]”⁵⁴, p. 106, 201.

A diversidade estava, portanto, estreitamente relacionada com a formulação de uma nova ordem jurídica para essas terras, que se buscava esboçar conforme a ocasião exigisse. Essa ideia já havia sido defendida por Vasco de Quiroga com o pressuposto irrepreensível de que “segundo a diversidade e variedade das terras e gentes, também deveriam variar e diversificar-se os estatutos e ordenanças humanas”⁵⁵, p. 147-148. Nesse mesmo entendimento, em meados do século XVI, a *Audiencia de los Confines* expressou ao rei a necessidade de que lhes fossem concedidas *ordenanzas* próprias, assim como tinham outros tribunais *indianos*, pois – acrescentava – “embora guardemos as ordenanças de Granada e Valladolid, como as coisas daqui são diversas, seria conveniente que em algumas questões se tomassem outras providências”⁵⁶, p. 44.

A diversidade de gentes ou nações nas Índias era de uma complexidade extraordinária. Isso não ocorreu apenas durante aquele século inicial, de criações e tentativas de conhecimento e regulação, mas foi um fenômeno que se estendeu ao longo dos dois séculos seguintes. Os testemunhos constantemente se referiam aos dois grupos ou repúblicas: espanhóis e indígenas, cada um repleto de pluralidade. Desde o início, o estabelecimento dos grupos de espanhóis nas Índias gerou relações com os nativos [*naturales*] que envolviam diferentes alternativas: evangelização ou exploração servil, escravidão ou liberdade, quase sempre resolvidas com soluções intermediárias. De forma semelhante, a conquista foi concretizada por meio de capitulações com concessões que incentivaram algumas pretensões feudais ou senhoriais, o que obrigou a Coroa a desfazê-las impondo formas típicas estatais. Contudo, isso não impediu a persistência, até o século XVIII, de algumas concessões dessa natureza, embora fossem escassas e controladas⁵⁷, p. 38.

A Coroa conseguiu deter essas tendências que se desenvolveram, com variações, sob o amparo das formas institucionais adotadas em diferentes tempos e regiões, deixando sua marca na pluralidade jurídica expressa nos reinos e províncias. Essas tendências opostas tiveram seu confronto mais espetacular na controversa execução das Leis Novas [*Leyes nuevas*], na década de 1540, de modo especial na Nova Espanha e no Peru. Como as disposições promulgadas alteravam profundamente as bases patrimoniais da conquista, as reações foram intensas em quase todos os âmbitos. Contudo, a forma de executá-las – com rigidez e inflexibilidade mais ao sul, e com moderação e tato ao norte – resultou em desfechos distintos. Isso conduziu Góngora a concluir que a Coroa precisou aprender, com a experiência proporcionada por esse evento, “a impossibilidade de tratar com uniformidade o governo das Índias”⁵⁸, p. 274.

Na etapa de consolidação do Direito *indiano*, novas vozes recordavam que essa noção de diversidade já estava incorporada ao sentimento comum dos juristas. Aguiar e Acuña, no prólogo dos seus *Sumários*, retomava essa ideia ao afirmar que, embora nos negócios de justiça se observassem as leis castelhanas, era necessário que nas Índias “houvesse leis especiais e próprias, não somente para o governo, por ser extraordinário e não-similar ao que se pratica

⁵⁴ MATIENZO, Juan de. *Gobierno del Perú* (1567). Paris-Lima: Edição de G. Lohmann Villena, 1967.

⁵⁵ CASTAÑEDA DELGADO, Paulino. *Don Vasco de Quiroga y su “Información en Derecho”*. Madrid: 1974.

⁵⁶ *Colección Somoza. Documentos para la Historia de Nicaragua*. vol. XV. Madrid: 1954-1957.

⁵⁷ GÓNGORA, Mario. *El Estado en el Derecho Indiano: Época de fundación, 1492-1570*. Santiago de Chile: 1951.

⁵⁸ GÓNGORA, Mario. *El Estado en el Derecho Indiano: Época de fundación, 1492-1570*. Santiago de Chile: 1951.

na Espanha, mas também para as questões contenciosas, nas quais a diferença de circunstâncias varia e altera os casos”⁵⁹.

A repercussão que esse fator de diversidade produzia no Direito pode ser encontrada em outros juristas da época, desenvolvida por vezes com eloquência. Solórzano oferece repetidos exemplos de sua utilização. Seja na exposição de distintas opiniões em conflito, na explicação de determinada situação ou na manifestação de seu próprio juízo, ele ressaltava a variedade das províncias, terras, gentes, ânimos ou pareceres. Embora isso fosse característico da ciência jurídica daquele tempo, o fenômeno *indiano* obrigava a acentuar ainda mais essa abordagem. Solórzano destacava isso ao afirmar que o Conselho de Índias “procurou governar e administrar as províncias delas por meio de leis e ordenanças, não apenas justas, mas ajustadas e convenientes ao que o governo, o temperamento e a necessidade de cada uma delas havia previsto da conveniência”⁶⁰.

A diversidade, como um traço distintivo que fundamentava a peculiaridade *indiana*, também era percebida por escritores fora da esfera jurídica. Quando um curioso autor do Barroco, Ferrer de Valdecebro, buscava no mundo animal modelos para aplicá-los ao governo moral e político que lhe interessava, não encontrou nada melhor que acorrer à imagem do unicórnio para simbolizar a Nova Espanha e o Peru, por ser essa criatura “formada e composta de partes tão estranhas”, em clara alusão à diferença de nações que integravam esses reinos^{61, p. 136}.

A ideia da peculiaridade *indiana*, fundada na diversidade de terras e gentes e que exigia uma ordem jurídica particular, permaneceu presente na estimativa coletiva do século XVIII, tal como havia demonstrado Altamira^{62, p. 58-62}. Isso ocorreu a despeito de uma tendência uniformizadora que foi ganhando adeptos, como veremos mais adiante. Nesse sentido, em 1763, Manuel Joseph de Ayala escrevia que o governo das Índias “abrange e trata tanta diversidade de assuntos como todos os demais juntos, tornando quase necessária, devido à diversidade de seus Reinos e costumes, tanta singularidade nas regras de seu governo quanto se admira nas raras e abundantes produções desses vastos Domínios”. Ele acrescentava que, por isso, não faltaram aqueles que sustentavam que “deveriam ser regidos por leis distintas, pois as de uns não se adaptam aos outros”, em clara alusão aos escritores dos séculos anteriores⁶³.

Pérez y López expressava essa ideia diferenciadora ao apresentar seu difundido *Teatro de la Legislación*, uma obra prática com a pretensão de abarcar todo o âmbito hispânico: “Nossas Índias – dizia ele – são um novo mundo, cuja grande distância, diversidade de clima e costumes, e, justamente, sua imensa extensão e riquezas exigem, em muitos aspectos, um direito diferente daquele observado na Península, mais necessário do que em qualquer outra província ou reino situado em nosso continente, cuja constituição física, moral e política não difere

⁵⁹ AGUIAR Y ACUÑA, Rodrigo de. *Sumarios de la Recopilación General de las leyes, ordenanzas, provisiones, cédulas... por el licenciado...* Madrid: 1628. [Prólogo].

⁶⁰ SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de. *Política indiana* (1647). Madrid: 1776 [V, XVI, 11].

⁶¹ FERRER DE VALDECEBRO, Andrés. *Gobierno general, moral y político hallado en las fieras y animales silvestres, sacado de sus naturales virtudes y propiedades* (1658). Barcelona: 1696.

⁶² ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael. Autonomía y descentralización legislativa en el régimen colonial español: siglos XVI a XVIII. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XX.

⁶³ AYALA, Manuel Joseph de. *Discurso ingenuo, en que se manifiesta y prueba la precisa necesidad, y utilidad de establecer para el acierto seguro del gobierno universal y manejo de nuestras Indias*. Manuscrito – MA, V, fs. 320-328 [esp. fs. 322-323] (Biblioteca de Palacio – BP. 2820). [Publicado por: MUÑOZ PÉREZ, José. Los ‘Prontuarios americanos’ de Manuel José de Ayala (Un memorial desconocido e inédito de 12 de enero de 1763). *AHDE*, n. 26, p. 669-692, 1956].

muito dentro de seus limites”⁶⁴. A ideia não era distinta daquelas já observadas em testemunhos anteriores. Contudo, além da reiteração, o valor desse juízo residia no fato de que ele foi expresso no final do século XVIII. Destacavam-se os elementos que davam vida a essa peculiaridade – como a diversidade, a distância, a extensão e as riquezas – em contraposição ao Velho Continente e, como consequência, a necessidade de “um direito diferente”.

O fato, constatado por Mariluz Urquijo, de que a quantidade de textos *indianos* incluídos na obra era exígua⁶⁵, em nada prejudica a relevância dessa ideia exposta no *Discurso preliminar*. A mesma convicção sobre a existência de um governo e um Direito diferentes nas Índias “por suas causas e situação singulares” foi expressa por Pablo de Mora y Jaraba ao propor reformas administrativas⁶⁶. Assim, percebia-se a continuidade de uma mentalidade que, apesar de algumas tendências uniformizadoras, permanecia profundamente enraizada na prática.

Isso se manifestava claramente ao tratar de questões concretas no supremo governo *indiano*. Quando, em 1772, projetava-se transplantar para a Nova Espanha o *Fondo de Renta Vitalicia*, o fiscal e o contador do Conselho concordaram em expressar suas dúvidas quanto à viabilidade de sua implementação. Assim, o primeiro destes, o fiscal, afirmava que “é indubitável que as diversas circunstâncias observadas entre aqueles países e esta Península levam a questionar se as providências qualificadas aqui como proveitosas para a Real Fazenda e para os que vivem dentro desta demarcação seriam úteis lá...”. Tal critério foi refletido pelo próprio Conselho⁶⁷. Poucos anos depois, novamente o fiscal novo-hispano manifestou, ao considerar a possibilidade de estender à América a pragmática sobre o matrimônio de filhos de família, que “os Reinos das Índias diferem quase totalmente dos da Europa, não só pela diversidade de seus habitantes, mas também pela distinção e variedade de seus climas”. Disto concluía que “raramente se pode prescrever e aplicar eficazmente uma providência comum que abranja ambos os reinos. Assim, observa-se que as regras de governo adotadas na Espanha não têm aplicação nas Índias, exceto sob condições e com modificações ampliativas ou restritivas, e é precisamente isso que deve ser considerado no presente caso”⁶⁸.

Vale a pena complementar a visão com outros dois testemunhos que surgiram em oposição a disposições legislativas que buscavam apagar a peculiaridade do governo *indiano*. Algumas páginas atrás, mencionei um deles: as anotações redigidas por Mata Linares em 1808 para se opor à Constituição de Bayona. Ele afirmava que a América era, de fato, um novo mundo, com características particulares em seu governo e ordenamento jurídico, acrescentando que, em comparação com Castela, nos tribunais e *audiencias indianas*, “há muita diferença em tudo”⁶⁹. Um ano depois, outro experiente ministro, José Pablo Valiente, fez uma forte crítica à reforma de 1787, que buscava “uniformizar o governo em todas as partes da Monarquia”, contrariando a natureza. Valiente afirmou que “as Leis e o Governo da Metrópole não

⁶⁴ PÉREZ Y LÓPEZ, Antonio Xavier. *Teatro de la legislación universal de España e Indias...* vol. I. Madrid: 1791-1798. p. XLI.

⁶⁵ MARILUZ URQUIJO, José M. El ‘Teatro de la legislación universal de España e Indias’ y otras recopilaciones indianas de carácter privado. *RIHD*, n. 8, p. 267-280 [esp. p. 280], 1957.

⁶⁶ MORA Y JARABA, Pablo. *La ciencia vindicada contra los plumistas y definición de las Secretarías del Despacho Universal* (1747). Manuscrito – MA, 14, fs. 295-315 [esp. fs. 312] (Biblioteca de Palacio – BP. 2828). [Publicada por: ESCUDERO, José A. *Los Secretarios de Estado y del Despacho* (1474-1724). t. IV. Madrid: 1969. p. 1167-1186.

⁶⁷ *Archivo General de Indias* (AGI), Indiferente General, 62.

⁶⁸ MARILUZ URQUIJO, José M. Una academia de Derecho indiano bajo Carlos III. *RIHD*, n. 7, p. 83-92 [esp. p. 90], 1955-1956.

⁶⁹ TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. Las observaciones de Benito de la Mata Linares a la Constitución de Bayona. *Boletín de la Real Academia de la Historia*. t. 178, cuaderno II. Madrid: 1981. p. 243-266 [esp. p. 265].

poderiam ser apropriados para reger países tão extensos e distantes do centro, onde nem o clima, nem as produções naturais, nem o caráter e o modo de vida de seus habitantes, nem as diferentes castas que marcam sua origem eram os mesmos”.

Ele acrescentou que “essas diferenças essenciais haviam sido compreendidas e consideradas nas Leis das Índias [*Leyes de Indias*], e o governo delas, desde o reinado de Carlos V, foi totalmente separado do da Espanha pelo estabelecimento de um Conselho próprio”. Contudo, continuava Valiente, com a imposição dessa reforma, “prevaleceu a ideia de confundir o governo das Índias com o desta península. A facção política que promovia o projeto tinha como lema ‘um só Rei, uma só lei’, mas não percebeu que caía em uma contradição evidente ao manter nesses domínios e no Conselho uma autoridade centralizada, enquanto dividia o Ministério universal, que era o centro daquela reunião”. A proposta de Valiente foi bem recebida pelo *Consejo de Indias*, embora não tenha obtido a aprovação do rei⁷⁰, p. 73-75. Esse escrito tardio fazia uma avaliação dessa peculiaridade que vínhamos detectando à luz de seu desenvolvimento histórico e das condições naturais do Novo Mundo, precisamente para mostrar o erro daqueles que, idealizando a questão, defendiam uma uniformidade governamental entre os dois mundos. A acolhida do Conselho é uma boa prova de que a opinião de Valiente não era isolada. Essa constatação confirma a tese de Altamira, ao afirmar que a permanência dessa ideia até o fim da Monarquia “não é mais que a expressão de um bom senso jurídico evidente a todos os que iam à América”. Altamira deduzia disso uma “liberdade de proceder” por parte das autoridades residentes na América, que deu origem à já mencionada autonomia e descentralização legislativa⁷¹, p. 295-297.

3.2 “AS COISAS DE ÍNDIAS NÃO DURAM MUITO TEMPO NO SEU MESMO SER” [“LAS COSAS DE LAS INDIAS NO DURAN MUCHO TIEMPO EN SU MISMO SER”]

Outra das noções básicas sobre a peculiaridade *indiana* é a de *mutabilidade*, já que se trata de uma mudança das coisas em um ritmo mais acelerado do que o percebido em outras sociedades já consolidadas. Como diz Mariluz Urquijo, “o fator tempo pesa para acentuar a diversidade que já emanava da qualidade não-similar da terra”⁷². A convicção de um grau acentuado de mutação encontra frequentes testemunhos em todas as épocas, mas o destaque aparece no criativo século XVI. Essa ideia já surge em um documento que pode ser datado por

⁷⁰ *Archivo General de Indias* (AGI). *Memoria de José Pablo Valiente, del Consejo de Indias*. Sevilla, 16 de septiembre de 1809. Indiferente General, 831. Uma citação e um breve comentário desta memória em: BERNARD, Gildas. *Le Secrétariat d'Etat et le Conseil Espagnol des Indes (1700-1808)*. Genève-Paris: 1972.

⁷¹ ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael. Autonomía y descentralización legislativa en el régimen colonial español: siglos XVI a XVIII. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XX, p. 62, 70, 1944-1945. Góngora diz o mesmo e estabelece que o princípio de autonomia legislativa se desenvolveu e atingiu o seu máximo alcance no período posterior a 1540. Cf.: GÓNGORA, Mario. *El Estado en el Derecho Indiano: Época de fundación, 1492-1570*. Santiago de Chile: 1951.

⁷² MARILUZ URQUIJO, José M. El concepto de tierra nueva en la fundamentación de la peculiaridad indiana. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, [IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano], n. 101-102, p. 389-402 [esp. p. 392], ene.-jun. 1976.

volta de 1516, no qual um religioso dominicano afirmava que “as coisas nunca permanecem iguais [*nunca están en su ser*] neste mundo e muito menos nas Índias”⁷³, p. 252.

Ao longo de todo o século, as rápidas mudanças das situações ou da ordem governamental eram frequentemente tratadas com o propósito de explicar ao governo supremo, localizado na Península, as características oferecidas por terras pouco conhecidas por esses altos ministros. Para Mariluz Urquijo, na Nova Espanha “se generaliza a ideia de que vivem em um mundo especialmente versátil, onde as coisas mudam em um ritmo desconhecido em outras partes, e no qual é necessário desenvolver uma ação reformista permanente para lidar com os eventos que acontecem sem trégua”⁷⁴. Em meados do século, um experiente vice-rei da Nova Espanha, como *don* Antonio de Mendoza, afirmava que “em quinze anos que estou aqui, a maneira de governar mudou três vezes, de formas tão diferentes que uma sempre foi oposta à outra”⁷⁵, p. 58. Não faltava quem, como o conquistador Andrés de Tapia, levasse essa ideia a extremos exagerados, ao dizer que as terras novo-hispânicas “são tão mutáveis em si e em suas qualidades, que quase todo ano é necessário um novo conselho e novas ordenanças para governá-las”⁷⁶.

Autor também de outros conceitos já mencionados anteriormente, a evidente exageração não obscurece o interesse nas palavras deste testemunho ocular, mas, ao contrário, o aumenta, pois –segundo Mariluz Urquijo – evidencia a ansiedade com que se clamava por uma atitude mais favorável e rápida diante das mudanças para atender às novas situações⁷⁷. Nesse mesmo sentido, orientava-se aquela expressão, não menos ansiosa, escrita por Juan de Matienzo sob o impacto de sua própria experiência no Peru: o que “hoje é útil, amanhã prejudica e já não é necessário”⁷⁸, p. 57.

Por volta do final do século, esse sentimento coletivo foi registrado pelo padre Acosta em uma de suas páginas perspicazes: “[...] as coisas das Índias não permanecem por muito tempo no mesmo estado, e a cada dia mudam de condição, de onde resulta que frequentemente se reprova, em um momento, como prejudicial aquilo que pouco antes era aceito como conveniente”. E acrescentava: “[p]or isso, é um assunto árduo, e pouco menos que impossível, estabelecer nesta matéria normas fixas e duradouras; porque, assim como uma vestimenta convém à infância e outra é necessária para a juventude, não é surpreendente que, variando tanto a república dos índios em instituições, religião e diversidade de gentes, os pregadores do evangelho apliquem modos e procedimentos muito diversos para ensinar e converter”. Ainda estendendo o tratamento dessa questão, Acosta menciona a caducidade das opiniões

⁷³ PACHECO, Joaquín F.; CÁRDENAS, Francisco de; MENDOZA; Luis Torres de. *Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y organización de las antiguas posesiones de América y Oceanía, sacados de los Archivos del Reino, y muy especialmente del de Indias*. 1ª, t. XI. Madrid: M. Bernaldo de Quirós, 1864-1884.

⁷⁴ MARILUZ URQUIJO, José M. El concepto de tierra nueva en la fundamentación de la peculiaridad indiana. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, [IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano], n. 101-102, p. 389-402 [esp. p. 393], ene.-jun. 1976.

⁷⁵ HANKE, Lewis. *Los virreyes españoles en América durante el gobierno de la Casa de Austria*: México. vol. I. Madrid: Biblioteca Autores Españoles (BAE), 1976-1978.

⁷⁶ PASO Y TRONCOSO, Francisco del (editor). *Epistolario de Nueva España, 1505-1818*. vol. VI. México: 1939-1942. p. 07.

⁷⁷ MARILUZ URQUIJO, José M. El concepto de tierra nueva en la fundamentación de la peculiaridad indiana. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, [IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano], n. 101-102, p. 389-402 [esp. p. 393], ene.-jun. 1976.

⁷⁸ LEVILLIER, Roberto. *La Audiencia de Charcas. Correspondencia de Presidentes y Oidores*. vol. I. Madrid: 1918-1922.

com o passar do tempo: “E essa é a razão pela qual os escritores que antes de agora escreveram sobre as coisas das Índias com piedade e sabedoria, em nossa época mal são lidos, porque são considerados pouco adequados ao presente; e não será surpreendente presumir que aqueles que agora escrevem de maneira conveniente, em pouco tempo também sejam relegados ao esquecimento”⁷⁹. Como se pode perceber nessa caracterização madura, a mutabilidade das situações *indianas* – talvez com referência específica aos indígenas, seu governo e evangelização – era a causa de que não fosse possível estabelecer regras fixas e duradouras, e de que o gênero literário pertinente tivesse uma vida efêmera, aspectos que surpreendiam homens acostumados a medir o passar do tempo segundo os critérios predominantes em sociedades consolidadas.

Essa referência à mutabilidade *indiana* tornou-se lugar-comum entre os principais juristas do século XVII. Gaspar de Villarroel sustentava que “é impossível que neste novo mundo o governo seja firme e fixo, e que as leis humanas sejam duradouras: porque, além de serem tão inumeráveis os casos particulares para os quais as leis buscam remédio, o homem é um animal tão variável, que hoje a medicina que ontem o curava lhe prejudica a saúde”⁸⁰. Ao unir a noção de mutação à de infinitude de casos, esse breve parágrafo constituía uma explicação sobre a progressão do casuismo nas Índias, resultante da precariedade temporal das soluções apresentadas. Em Solórzano, a ideia estava intensamente expressa na dupla vertente barroca e *indiana*. Cada tempo trazia consigo suas leis, opiniões, vocabulário, descartando ou corrigindo aqueles que se tornavam inconvenientes. Porém, nas Índias, esse fator intensificava sua presença. Solórzano se encarregava de destacar a fragilidade das soluções fixas diante das mudanças e variações que “cada dia provocam os imprevistos sucessos e repentinos acidentes que surgem”⁸¹. Também ele, como outras vozes haviam feito anteriormente, transmitia a imagem da rápida mutação dos assuntos *indianos* ao afirmar que “as coisas que ontem podiam ser consideradas e julgadas muito corretas e adequadas, hoje, completamente transformadas, poderiam se tornar muito injustas e prejudiciais”⁸².

Essa vigorosa tradição literária manteve-se presente no século XVIII. A ideia de variedade e mutação do Direito foi novamente alegada em um detalhado relatório do fiscal José Agustín de los Ríos, em 1714 – o qual foi adotado pelo *Consejo de Indias* –, onde, após fazer uma resenha sobre o desenvolvimento desse Direito, expunha que aquela era a causa que havia provocado o aumento material das leis. Essa também foi a razão que levou à necessidade de sua compilação [*recopilación*] e, agora, exigia a adição de mais dois volumes⁸³. Na segunda metade do século, no Peru, Perfecto de Salas afirmava que, nas quatro décadas precedentes, as mutações do Direito *indiano* haviam sido tantas que muitas leis já tinham adquirido um sentido e entendimento diferentes em relação àquela época⁸⁴. Talvez um pouco amortecida,

⁷⁹ ACOSTA, José de. *De procuranda indorum salute*. Tomo I (Libros 1 a 3): Pacificación y colonización. Madrid: CSIC, 1984. p. 54-56 [Proemio]. [Corpus hispanorum de pace, 23-24]. Há diferenças de forma na tradução ao castelhano desta edição.

⁸⁰ VILLARROEL, fray Gaspar de. *Gobierno eclesiástico pacífico: concordia y unión de los dos cuchillos, pontificio y regio*. Madrid: 1656-1657. [II, XVII, IV, 14].

⁸¹ SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de. *Política indiana* (1647). Madrid: 1776 [V, XVI, 4].

⁸² SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de. *Política indiana* (1647). Madrid: 1776 [V, XII, 11].

⁸³ *Biblioteca de Palacio. Representación hecha a S.M. por el Consejo de Indias*. Madrid, 26 de febrero de 1714. Manuscrito 844. (fs. sem numeração).

⁸⁴ SÁNCHEZ BELLA, Ismael. Los comentarios a las leyes de Indias. *AHDE*, n. 24, p. 381-541 [esp. p. 435], 1954.

essa visão acelerada da mutação das coisas, no entanto, deslocava a preocupação, como podemos observar, para a necessidade de uma renovação legislativa, que nesses documentos era entendida mais como uma acumulação de leis do que como sua reorganização.

3.3 “UMA TERRA TÃO GRANDE, REMOTA E DISTANTE NÃO PODE SER GOVERNADA DE LONGE” [“UNA TIERRA TAN GRANDE Y REMOTA Y APARTADA, NO SE PUEDE DESDE LEJOS GOBERNAR”]

Como um dos fatores que impulsionaram a peculiaridade que estamos analisando, deve-se mencionar a noção de *distância*, no que se refere ao afastamento existente entre a sede do governo supremo na Península e os territórios americanos sob sua jurisdição. Essa noção também poderia ser estendida à separação de certas províncias de suas autoridades superiores residentes na própria América. Tratava-se, sem dúvida, de uma situação nova em relação à concepção dominante em Castela no final do século XV, que precisou ser enfrentada de imediato.

Resolver as questões levantadas em um lugar tão distante no tempo e no espaço, quanto ao local em que os eventos ocorriam, implicava demora nas soluções, pouca certeza nas informações indispensáveis para fundamentar as decisões e, sobretudo, falta de experiência tangível dessa nova realidade, que – conforme vimos – era caracterizada como diversa e mutável. Motolinía resumiu claramente essa ideia ao afirmar que “uma terra tão grande, remota e distante não pode ser governada de longe”⁸⁵, p. 24.

Já encontramos disposições reais do início do século XVI que delegavam a ministros ou enviados especiais a decisão de determinadas questões, nas quais incidiam a apreciação da situação concreta, o conhecimento da terra e das pessoas, além da necessidade de evitar uma demora prejudicial. Assim, a experiência dos fatos, a proximidade aos acontecimentos, o conhecimento da terra e das gentes – todos elementos característicos de uma visão casuística – eram considerados indispensáveis para resolver acertadamente as situações que surgiam⁸⁶.

Essa mesma lógica frequentemente exigia que as questões fossem resolvidas sem esperar pela consulta ao rei, pois – como alguém argumentava no conturbado Peru das Leis novas [*Leyes nuevas*] – ele “está tão longe desta terra que, se fosse necessário aguardar para lhe prestar contas a fim de obter providências, não se poderiam remediar os danos já causados”⁸⁷, p. 268. Na menos distante Nova Espanha, o apelo era semelhante: os assuntos deveriam ser resolvidos sem remeter à Península, “porque a demora os prejudica tanto pelo tempo como pela distância do caminho...”⁸⁸, p. 148.

A invocação dessa noção de *distância* foi prontamente incorporada não apenas ao vocabulário legislativo da época, para fundamentar novas medidas, exceções às normas vigentes, delegações e instruções, mas também se tornou um argumento comum que ajudava a explicar

⁸⁵ ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael. Autonomía y descentralización legislativa en el régimen colonial español: siglos XVI a XVIII. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XX, 1944-1945.

⁸⁶ Ver: ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael. Autonomía y descentralización legislativa en el régimen colonial español: siglos XVI a XVIII. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XX, p. 39-42, 1944-1945.

⁸⁷ GÓNGORA, Mario. *El Estado en el Derecho Indiano: Época de fundación, 1492-1570*. Santiago de Chile: 1951.

⁸⁸ PASO Y TRONCOSO, Francisco del (editor). *Epistolario de Nueva España, 1505-1818*. vol. VI. México: 1939-1942. [Pedro Meneses al rey, 27 de febrero de 1552].

a peculiaridade *indiana*. Por isso, essa noção aparece mencionada tanto no parecer⁸⁹, p. 252 de um religioso dominicano em 1516 quanto, quase três séculos depois, na já mencionada memória de José Pablo Valiente⁹⁰. Serviu tanto a Solórzano para enfatizar o cuidado que deveria ser tomado na escolha dos vice-reis⁹¹ quanto a Gregório López e Castillo de Bobadilla para admitir, como remédio excepcional, que o bispo ou os juízes eclesiásticos protegessem a viúva, os menores e outras pessoas vulneráveis [*miserables*] das opressões dos poderosos⁹². Constituíu, portanto, por si só, um fator que desfrutava de primazia na fundamentação da peculiaridade que estamos examinando.

Pois bem, essa noção de *distância* adquiria plenamente seu valor quando estava vinculada aos outros fatores que apresentamos, pois compunham um conjunto que explicava de forma completa esse maior progresso no casuísmo *indiano*. Essa união pode ser verificada em mais de uma argumentação. Quando, em meados do século XVI, o licenciado Diego Téllez se queixava ao rei sobre os *oidores* novo-hispanos, estas eram as expressões substanciais de sua reclamação: “... porque esta terra seja nova e recentemente fundada, requer outro governo que o que há em vossos reinos de Espanha...; em seu governo há tantas mudanças por causa das novidades dos naturais [*naturales*] e o remédio de vosso Real Conselho tão longe que, quando se procura, não há com o que, e quem venha chega tão tarde que já se encontra outra mudança no governo...”⁹³, p. 155-156.

Não menos sugestiva era a conexão que fazia Reina Maldonado ao apresentar sua obra sobre o prelado perfeito, em meados do século XVII. Observemos este parágrafo destinado a destacar os benefícios do livro:

Se para todos os da Igreja Católica é conveniente, para os das Índias é necessário, se se deve algum crédito àqueles que nela trabalhamos. Tanto pela distância maior daqueles Reinos das luminas originárias do governo Eclesiástico e secular, como pelas ocasiões de terras novas, abundantes de matérias estranhas e não bem compreendidas, e de sucessos contingentes e mal previstos, que podem causar não só erros e descuidos, mas também danos e perigos; não só quedas, mas tropeços⁹⁴.

Como em um feixe denso, apareciam conectadas as noções de diversidade, mutabilidade e distância que acabamos de analisar. Mas também estavam unidas as de informação e experiência, como instrumentos adequados para entender as questões *indianas* [hispano-colônias], penetrando em suas peculiaridades.

⁸⁹ PACHECO, Joaquín F.; CÁRDENAS, Francisco de; MENDOZA; Luis Torres de. *Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y organización de las antiguas posesiones de América y Oceanía, sacados de los Archivos del Reino, y muy especialmente del de Indias*. 1.ª, t. XI. Madrid: M. Bernaldo de Quirós, 1864-1884.

⁹⁰ *Archivo General de Indias* (AGI), Indiferente General, 831.

⁹¹ SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de. *Política indiana* (1647). Madrid: 1776 [V, XII, 11].

⁹² CASTILLO DE BOBADILLA, Jerónimo. *Política para corregidores de vasallos en tiempos de paz y de guerra* (1597). II, XVII, 110. [Edição utilizada – Madrid: 1775].

⁹³ PASO Y TRONCOSO, Francisco del (editor). *Epistolario de Nueva España, 1505-1818*. vol. XIV. México: 1939-1942.

⁹⁴ REINA MALDONADO, Pedro de. *Norte claro del perfecto prelado en su pastoral gobierno*. vol. I. p. s/n. “Al Rey”. Madrid: 1653.

4 O CONHECIMENTO DA TERRA

Este parágrafo central de Reina Maldonado leva a uma questão que merece ser analisada. Conhecer as coisas da terra e ter adquirido experiência nela eram requisitos básicos para o bom governo e administração da justiça, refletidos na abundante literatura de obras e memoriais *indianos*. Se essas exigências foram particularmente inovadoras nos escritos do século XVI, não deixaram de ser pontuadas nas obras mais consolidadas do século seguinte e ainda perduraram sob o clima diferente do século XVIII.

A propósito dos negócios *indianos* – e em contraste com Castela – esses requisitos apareciam como ponto de partida para alcançar uma solução que se pretendesse ajustada à realidade. Quando Vasco de Quiroga escreveu em 1535 seu lúcido *Informe* dirigido ao rei, no qual propunha a adaptação do Direito à nova situação, sua própria experiência foi a fonte da proposta. Anos depois, quando o vice-rei Mendoza informava sobre a situação no México, considerava que era inconveniente enviar governantes e juízes sem experiência⁹⁵, p. 57-58.

Por sua vez, toda deliberação sobre o governo *indiano* girava em torno da obtenção de boas informações sobre essas terras. Isso foi uma questão-chave na década de 1560, quando foram estabelecidas novas diretrizes a esse respeito e, particularmente, quando o Presidente Juan de Ovando definiu uma orientação sobre o tema que, com altos e baixos, foi mantida como norma constante no governo supremo até a desintegração da Monarquia. Para dar um exemplo temporalmente distante, cabe mencionar as já citadas observações de Mata Linares à Constituição de 1808, nas quais ele destacava a necessidade de contar com pessoas experientes nos assuntos *indianos* e de “estar a par de seus costumes, práticas, distâncias, comunicações”, pois não apenas variavam dentro do continente, mas também não era “obra de um dia executá-los”⁹⁶, p. 254.

Recorramos a alguns escritos do século XVI para constatar como se poderia obter esse conhecimento das coisas da terra. Desde já, detectamos certa desconfiança em relação a um governo supremo baseado apenas nas informações recebidas da América. Muito cedo, um religioso dominicano já dizia que “querer governar por relatos e pareceres dos que vêm de lá, considero muito difícil, porque, sendo filhos de diferentes mães, os pareceres são diversos, e só Deus pode bastar para conciliá-los...”⁹⁷, p. 252. Especificamente, denunciava que o maior mal de que padecia o governo das Índias provinha de reger-se por “letras ou ditos daqueles que lá foram e vão por seus próprios interesses” e que não houvesse no Conselho Real nenhum ministro que “tivesse experiência nessas partes”⁹⁸, p. 250-251.

⁹⁵ HANKE, Lewis. *Los virreyes españoles en América durante el gobierno de la Casa de Austria*: México. vol. I. Madrid: Biblioteca Autores Españoles (BAE), 1976-1978.

⁹⁶ TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. Las observaciones de Benito de la Mata Linares a la Constitución de Bayona. *Boletín de la Real Academia de la Historia*, t. 178, cuaderno II, Madrid, 1981, p. 243-266.

⁹⁷ PACHECO, Joaquín F.; CÁRDENAS, Francisco de; MENDOZA; Luis Torres de. *Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y organización de las antiguas posesiones de América y Oceanía, sacados de los Archivos del Reino, y muy especialmente del de Indias*. 1ª, t. XI. Madrid: M. Bernaldo de Quirós, 1864-1884.

⁹⁸ PACHECO, Joaquín F.; CÁRDENAS, Francisco de; MENDOZA; Luis Torres de. *Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y organización de las antiguas posesiones de América y Oceanía, sacados de los Archivos del Reino, y muy especialmente del de Indias*. 1ª, t. XI. Madrid: M. Bernaldo de Quirós, 1864-1884.

Há escritos mais esclarecedores. O licenciado Lebrón de Quiñones dizia, por volta da metade do século e em relação ao *repartimiento*, que “é muito necessária a grande experiência das coisas desta terra, e para tê-la e alcançá-la não basta ter estado nela sem entender profundamente as coisas desses nativos [*naturales*]...”⁹⁹, p. 253. Um quarto de século depois, nos conselhos do vice-rei Enríquez ao seu sucessor, lia-se este sugestivo conselho: “... se, no que diz respeito ao governo e à boa ordem das coisas desta terra. venha V. S. a encontrar algo que lhe pareça estar fora do lugar, ou se muitos senhores curiosos daqui quiserem apresentá-lo dessa forma, que V. S. considere que o que agora vê com olhos de novidade lhe parecerá o que realmente é com o passar do tempo, e que V. S. aceite isso”, pois “... não se pode entender bem até que também se compreendam as coisas da terra, que, como eu disse, são muito diferentes das da Espanha e não menos as pessoas dela”¹⁰⁰, p. 212.

Tanto Quiñones quanto Enríquez mergulhavam na noção de experiência para dissuadir aqueles que acreditavam que esta poderia ser adquirida apenas residindo na nova terra. Era necessário entender profundamente [*muy de raíz*] as coisas, para que essa experiência pudesse favorecer a análise dos assuntos próprios do local. Enríquez recomendava a seu sucessor que deixasse o tempo passar, sem se deixar levar pelas primeiras impressões ou contatos, na segurança de que lhe proporcionaria, com o transcurso do tempo, a visão mais adequada das coisas. Claro que isso não ocorreria apenas com a passagem do tempo, com uma atitude passiva, mas como resultado da constante verificação permitida pela atenção dedicada ao trabalho governamental. Era aquele “ver e avaliar” a que aludia Luis de Ribera desde Potosí. Enríquez ia além. Essa experiência apresentava-se como transmissível, e era tão necessário que essa comunicação ocorresse que – dizia ele – “se o novo governador não se valer do que pode ser indicado por quem esteve aqui antes, considere impossível acertar em muitas coisas, pelo menos no início...”¹⁰¹, p. 202.

A desconfiança em relação a simples relatos ou memoriais motivou que, sempre que possível, ministros e bispos percorressem as terras para conhecê-las pessoalmente e, ao mesmo tempo, adquirissem experiência no exercício de seu ministério. Por isso também sempre se recomendava a visita periódica dos *oidores*, como se lê em uma instrução real ao vice-rei Mendoza: “que um deles ande sempre informando-se sobre a qualidade da terra”, o número de habitantes e outras necessidades¹⁰², p. 36. Essa mesma ideia foi a que impulsionou frequentes pedidos – com muito relativo sucesso – para que o *Consejo de Indias* fosse integrado por ministros experimentados na vida *indiana* e munidos de boa informação.

Nas últimas décadas do século, um agostiniano preocupado com o bom governo dizia a Filipe II que os “ouvidores” que fossem “juízes retos” [*rectos jueces*] nas Índias “sejam transferidos para o Conselho das Índias para que deem luz e notícias sobre os negócios dessas partes”. Para dar maior força à sua argumentação, o requerente recorria a uma comparação ilustrativa extraída do reino animal: “o homem de vista curta enxerga mais claramente o objeto que tem

⁹⁹ PASO Y TRONCOSO, Francisco del (editor). *Epistolario de Nueva España, 1505-1818*. vol. VII. México: 1939-1942.

¹⁰⁰ HANKE, Lewis. *Los virreyes españoles en América durante el gobierno de la Casa de Austria*: México. vol. I. Madrid: Biblioteca Autores Españoles (BAE), 1976-1978.

¹⁰¹ HANKE, Lewis. *Los virreyes españoles en América durante el gobierno de la Casa de Austria*: México. vol. I. Madrid: Biblioteca Autores Españoles (BAE), 1976-1978.

¹⁰² HANKE, Lewis. *Los virreyes españoles en América durante el gobierno de la Casa de Austria*: México. vol. I. Madrid: Biblioteca Autores Españoles (BAE), 1976-1978.

diante de si do que a águia ou o lince, se estes o têm longe ou ausente, ainda que sejam excelentes na potência visual”. Era uma direta alusão aos ministros dos Conselhos¹⁰³, p. 196, 198. Ainda que essa ideia nunca tenha se concretizado plenamente, sempre houve no Conselho alguns ministros experientes que haviam cumprido uma exitosa carreira judicial nas *audiencias* americanas. Em outras ocasiões, o Conselho recorria ao assessoramento direto de pessoas com boa experiência nos negócios *indianos*, adquirida por meio dos cargos que desempenharam ou de outras atividades desenvolvidas nas terras distantes.

Como ocorreu com outras matérias, esses requisitos indispensáveis para acertar no governo do Novo Mundo tornaram-se lugar-comum entre aqueles que trataram, nas centúrias seguintes, dos assuntos *indianos*. Já vimos como o saber empírico foi, nessas mesmas centúrias, valorizado no mundo hispânico e, em todos os casos, colocado acima do mero conhecimento teórico. Os escritores *indianos*, como Matienzo, León Pinelo e Solórzano, destacaram a importância da experiência e da compreensão profunda das questões americanas como passos necessários para alcançar o bom governo de seus vastos reinos e províncias.

Não é de se estranhar, portanto, que em 1714 – um momento crucial na reorganização do governo *indiano* – o Conselho das Índias tenha se dirigido ao rei expondo como esse governo havia sido formado e desenvolvido, incluindo o conhecido relatório do fiscal José Agustín de los Ríos. Nesse informe, sublinhava-se que as leis de Índias haviam sido laboriosamente elaboradas com base em “relatórios verídicos e experiências” e que os trabalhos do Conselho eram conduzidos por “homens dos mais doutos e experientes de todos os tempos”¹⁰⁴. Ou seja, ao fazer o balanço de dois séculos e como argumento principal para defender a ordem governativa existente – frente às pressões reformistas –, a aptidão governativa do Conselho era sustentada nos “relatórios verídicos” [*verídicos informes*] e na experiência de seus ministros. Mais além da precisão contida nessa afirmação, destaca-se o fato de que esses requisitos eram utilizados como fundamento para sustentar uma posição que visava proteger a continuidade de um estilo de governo.

5 O CASUÍSMO NO DESENVOLVIMENTO DA MONARQUIA UNIVERSAL

No desdobramento de uma tendência propriamente *indiana* do casuísmo, é necessário dar atenção a uma nova questão, já aludida em páginas anteriores. Trata-se de estabelecer a vinculação dessa concepção com o nascente poder de natureza estatal, que desempenhou um papel diretivo na conquista e colonização americana.

A formação, no mundo hispânico a partir do século XVI, de uma Monarquia Universal, com elementos que caracterizam o conceito moderno de Estado, é um poderoso fator a ser examinado em sua dupla e sistemática natureza, casuística e sistemática, e, por conseguinte, também na transição de uma concepção para outra. O processo de transformação foi lento – com avanços e retrocessos –, envolvendo a inserção de elementos herdados e novos, sob a

¹⁰³ PACHECO, Joaquín F.; CÁRDENAS, Francisco de; MENDOZA; Luis Torres de. *Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y organización de las antiguas posesiones de América y Oceanía, sacados de los Archivos del Reino, y muy especialmente del de Indias*. 1ª, t. XI. Madrid: M. Bernaldo de Quirós, 1864-1884.

¹⁰⁴ *Biblioteca de Palacio. Representación del Consejo de Indias a S.M.*, 26 de febrero de 1714. Madrid, Manuscrito 844.

grande dificuldade representada pela incorporação de vastos territórios distantes de seu centro político. Assim, não nos surpreende a dupla face da questão. Se, por um lado, podemos observar que nesses elementos estatais se exteriorizava uma inequívoca tendência que impulsionava em direção à uniformidade, à adoção de regras gerais e, em última instância, à sistematização – como examinaremos mais adiante –, por outro lado, notamos que o casuismo apareceu como um critério governativo aliado às novas formas ensaiadas na constituição e desenvolvimento da ordem política nas Índias por um longo período, talvez durante toda a existência dessa Monarquia na América. Sob esse ponto de vista, reafirma-se o que temos considerado em pontos anteriores. O casuismo *indiano* não surge apenas como uma continuidade ou vestígio de estruturas anteriores, mas, com novos ares e sob outras circunstâncias históricas, manifestou-se precocemente na América. Agora o veremos nesse processo de configuração dessa Monarquia.

Inclino-me a utilizar a denominação de “Monarquia Universal” para designar a organização política hispânica dos séculos XVI e XVII, tal como fazem García-Gallo e Lalinde Abadía, para que nos atenhamos a um uso terminológico mais adequado, conforme demonstrado pelo último dos autores citados¹⁰⁵. No entanto, cabe reconhecer que a contestada expressão “Estado moderno” – que orienta a valiosa elaboração intelectual de Maravall¹⁰⁶ e que foi vigorosamente criticada por Lalinde – contém ricos elementos que devem ser aproveitados. Embora o vocábulo “Estado” não tenha sido utilizado na Espanha durante os séculos XVI e XVII, no sentido que lhe atribuímos hoje, e apesar de o termo “moderno” ser ambíguo, consideramos conveniente a sua utilização. É conveniente, com as devidas reservas, devido à sua insubstituível expressividade para o estudioso de nosso tempo e para a compreensão completa de um processo que tem se desenvolvido até os dias de hoje. Assim – sem adotar uma posição própria em um tema que ultrapassa nosso interesse atual – buscaremos extrair dessas posições opostas os melhores frutos para avançar em sua profundidade.

Maravall – desde uma perspectiva hispano-europeia –, em seu esforço por encontrar as bases do “Estado moderno”, destacou a existência de uma forte tendência à formalização e racionalização do Direito, com a consequente unificação e sistematização, o que o leva a afirmar o quase desaparecimento do Direito consuetudinário no século XVII¹⁰⁷, p. 424 et seq.. Embora alguns testemunhos possam ser apresentados em favor dessa tese, parece-nos que seus efeitos sobre a realidade estão exagerados no caso de Castela¹⁰⁸, p. 648-650. Muito mais ainda nas Índias, onde, conforme veremos, essa tendência não passou da teoria ou declaração, já que o costume jurídico teve uma presença vigorosa ainda no século XVIII¹⁰⁹. No entanto, é conveniente considerar essa tendência em seu estado latente e em suas pretensões de desenvolvimento.

¹⁰⁵ GARCÍA-GALLO, Alfonso. *Manual de Historia del Derecho español*. vol. I. Madrid: 1964. p. 675 et seq.; LALINDE ABADÍA, Jesús. España y la Monarquía Universal (En torno al concepto de ‘Estado moderno’). *Quaderni Fiorentini*, n. 15, p. 109-166 [esp. p. 109 et seq.], 1986.

¹⁰⁶ MARAVALL, José Antonio. *Estado moderno y mentalidad social: siglos XV a XVII*. vol. II. Madrid: Ediciones de la Revista de Occidente, 1972.

¹⁰⁷ MARAVALL, José Antonio. *Estado moderno y mentalidad social: siglos XV a XVII*. vol. II. Madrid: Ediciones de la Revista de Occidente, 1972.

¹⁰⁸ Sobre a formação de um Direito público casuísta, ver: GARCÍA-GALLO, Alfonso. *Manual de Historia del Derecho español*. vol. I. Madrid: 1964.

¹⁰⁹ Ver nosso trabalho – TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. La costumbre jurídica en la América Española (siglos XVI-XVIII). *RHD (Revista de Historia del Derecho)*, n. 14, p. 355-425 [p. 368 et seq.], 1986.

Com a implantação da estrutura estatal no Novo Mundo, a Coroa de Castela provavelmente demonstrou um desejo ou impulso inicial em direção à uniformidade, mas muito rapidamente a realidade, variável e complexa, se impôs de tal maneira que, à medida que avançava o processo de descoberta e povoamento, qualquer pretensão de caráter uniforme se desvanecia. A organização possui apenas uma direção suprema: o rei e o *Consejo de Indias*. Há alguns anos, Ricardo Zorraquín Becú caracterizou essa questão com palavras precisas:

A organização política e administrativa das Índias revela uma grande flexibilidade, uma enorme aptidão inicial para criar instituições, não com base em ideologias preconcebidas, mas com uma base empírica que buscava ajustá-las aos fins propostos pela Coroa. As divisões territoriais e os cargos políticos se ajustam, na medida do possível, às necessidades da empreitada e às particularidades da terra, sem que depois se perceba qualquer tentativa de uniformizar o sistema nem de subordiná-lo a regras de conjunto mais orgânicas¹¹⁰, p. 52.

Ao estudar, posteriormente, a figura do governador *indiano* – peça-chave dessa organização –, o mesmo autor voltou a pontuar, como explicação central de sua monografia, que nessa organização “não houve qualquer esforço para construir um regime uniforme, hierarquicamente organizado, no qual os diferentes funcionários estivessem submetidos a normas gerais”. E acrescentava ainda: “O casuísmo da legislação manteve, como veremos, distintos tipos de autoridades políticas que, embora tivessem as mesmas denominações, nem sempre exerciam poderes análogos nem se enquadravam em uma ordem sistemática”¹¹¹.

De forma semelhante, Alfonso García-Gallo destacou essa questão ao estabelecer os princípios sobre os quais se desenvolveu a organização territorial do século XVI, estendendo-a até a criação das intendências no século XVIII. Segundo sustenta o mestre espanhol – contrariamente ao que supõe certa tendência a oferecer esquemas abrangentes –, essa organização foi complexa e diversificada, à medida que foram sendo criadas separadamente províncias ou *gobernaciones*, *audiencias*, órgãos fazendários reais [*oficialías reales de hacienda*], capitânias e, mais tarde, vice-reinados, sem que se tentasse reunir tudo isso em um esquema hierárquico e acabado. Daí que as atribuições dos funcionários fossem sendo definidas conforme as exigências casuísticas. Uma concepção político-administrativa mais abrangente só apareceu na época em alguns esforços, como a descrição de Juan López de Velasco, após 1570, ou os esforços sistemáticos de Juan de Ovando – plasmados nas Ordenanças de 1573 –, mas sem influenciar de modo decisivo e pragmático aqueles traços da organização¹¹².

¹¹⁰ ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo. *La organización política argentina en el período hispánico*. Buenos Aires: 1959.

¹¹¹ ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo. El oficio de gobernador en el Derecho indiano. In: ZORRAQUÍN BECÚ, R. *Estudios*, cit. vol. I. Madrid: 1988. p. 267-390 [esp. p. 309-310].

¹¹² GARCÍA-GALLO, Alfonso. Los principios rectores de la organización territorial de las Indias en el siglo XVI. *AHDE (Anuario de Historia del Derecho Español)*, n. 40, p. 313-348, 1970 [Texto publicado novamente em: GARCÍA-GALLO, Alfonso. Los principios rectores de la organización territorial de las Indias en el siglo XVI. In: GARCÍA-GALLO, Alfonso. *Estudios de Historia del Derecho indiano*. Madrid: 1972. p. 661-693]; GARCÍA-GALLO, Alfonso. El gobierno territorial de las Indias. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n. 6, p. 87-90, 1990 – texto que é uma versão previa do anterior, mas tem o mesmo interesse nessa questão. E ainda do mesmo autor, um desenvolvimento mais amplo pode ver-se em: GARCÍA-GALLO, Alfonso. La evolución de la organización territorial de las Indias de 1492 a 1824. *AHJE (Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano)*, Quito, n. 5, p. 71-123, 1980 [Texto publicado novamente em: GARCÍA-GALLO, Alfonso. La evolución de la organización territorial de las Indias de 1492 a 1824. In: GARCÍA-GALLO,

Quando Mario Góngora examina o que ele denomina “época de fundação do Estado *indiano*” – que ele estende até 1570 –, observa a presença de um pujante desenvolvimento de elementos estatais junto a outros que, embora provenientes de uma concepção anterior de poder – ofícios concedidos por privilégios vitalícios ou hereditários, senhorios jurisdicionais, feudos com rendas [*rentísticos*] –, foram incorporados a essa esfera devido à subordinação e ao controle de tipo estatal, expresso em uma copiosa legislação particular. A esse respeito, vale lembrar as normas relativas às conquistas e povoações, bem como àquelas que eram referentes aos povos indígenas. Assim, elementos antigos e novos convergiram sob a nascente concepção estatal. No entanto, isso não implica necessariamente um processo unificador, mas justamente o contrário. Góngora identifica neste período uma multiplicidade de formas jurisdicionais e governativas que foram sendo desenvolvidas “conforme as necessidades dos descobrimentos, conquistas e povoações”¹¹³, p. 90, 301 *et seq.*

Este é o ponto que Góngora enfatiza: o Estado como um fato histórico novo, mas configurado de maneira especial. Ele surge como uma força predominante que pode absorver – até provocar sua extinção – certas estruturas feudais ou senhoriais que se insinuavam no Novo Mundo em época precoce e que foram, sem dúvida, úteis para realizar a conquista, conseguindo constituir politicamente províncias ou reinos que, posteriormente, foram incorporados à Monarquia. Dessa forma, o Estado se tornou um fator essencial na formação da sociedade americana, como destacou Konetzke¹¹⁴, p. 122 *et seq.*

A própria Coroa foi comedida, e até ambígua, na tarefa de organizar o poder estatal, como se pressentisse a impossibilidade ou inconveniência de uma uniformidade. Assim, na configuração das presidências-governanças [*presidencias-gobernaciones*] do século XVI – que continha o delicado problema da distinção entre assuntos de governo e de justiça, e a latente alternativa entre a subordinação ou independência governativa –, limitou-se aos casos concretos à medida que surgiam, sem tentar uma formulação geral¹¹⁵.

Essa concordância entre estudiosos de alta hierarquia intelectual – que elaboraram suas análises buscando uma ordenação institucional – parece-nos bastante eloquente para evidenciar a peculiaridade com que a organização política *indiana* se distinguiu, já em uma primeira época, de suas congêneres europeias. Isso ocorreu rejeitando – por imposição da realidade – as pretensões uniformizadoras, embora acolhendo as novas formas estatais.

Com esse objetivo, a Monarquia utilizou a legislação como meio de ação em uma magnitude desconhecida até então, buscando dar uma direção política ao empreendimento *indiano*. Os fins e formas da conquista e colonização, o regime dos povos indígenas, a ordenação de cargos e órgãos, a orientação da atividade econômica, e a evangelização foram, entre outros, temas incluídos nessa legislação, geral e particular, que encontrou frequentes obstáculos para sua execução no contexto americano dos séculos XVI e XVII. Interessa-nos aqui destacar a natureza política dessa expansão legislativa e não outros aspectos, também dignos de nota. Esse fenômeno não era novo. Já ocorria em Castela desde o século anterior, pelo menos, como

Alfonso. *Los orígenes españoles de las instituciones americanas*: Estudios de Derecho Indiano. Madrid: 1987. p. 811-888].

¹¹³ GÓNGORA, Mario. *El Estado en el Derecho Indiano*: Época de fundación, 1492-1570. Santiago de Chile: 1951.

¹¹⁴ KONETZKE, Richard. Estado y sociedad en las Indias. *Estudios americanos*, Sevilla, n. 8, p. 36-37, 1951. Ver também: PIETSCHMANN, Horst. *El Estado y su evolución al principio de la colonización española de América*. México: 1989.

¹¹⁵ Assim estudou Fernando Muro Romero: MURO ROMERO, Fernando. *Las Presidencias-gobernaciones en Indias (siglo XVI)*. Sevilla: 1975.

destacado por García-Gallo. Essa atividade conduzia a um novo Direito – *ius publicum* ou Direito Público, como começou a ser chamado – que foi se configurando lentamente no reino isabelino “com caráter casuístico ou por meio de normas sobre situações concretas, sem chegar nem de longe a regulá-las completamente ou a formar um sistema”, aproveitando a flexibilidade de sua estrutura política¹¹⁶, p. 649-650.

Esse fenômeno transmitido às Índias adquiriu, muito rapidamente, uma intensidade e uma extensão desconhecidas. Trata-se de um casuísmo que, embora se encaixe na concepção dos juristas medievais – que sem dúvida exerceram influência sobre sua compreensão –, adquiriu características e desenvolvimento próprios devido ao ingrediente político-administrativo e aos fatores americanos. Esse novo casuísmo, associado ao desenvolvimento da atividade governativa e às nascentes formas estatais, plasmado na lei, coexistiu com outros tipos de casuísmo, provenientes da jurisprudência dos autores e das decisões dos juízes, que se manifestavam mais no âmbito dos negócios estritamente denominados de “justiça”.

Ao destacar a presença de um casuísmo legal que pode ser distinguido de um casuísmo *jurisprudencial* ou de um casuísmo *judicial*, interessa-nos enfatizar que não se trata de um fenômeno residual que persistia por inércia, mas de uma força ativa utilizada por essa organização estatal em formação e incorporada a ela como um de seus traços distintivos. Feita essa observação, seria como arar no mar buscar uma separação rígida entre esses tipos de casuísmo, que estavam interligados e exerciam influências recíprocas. As distinções surgirão lentamente à medida que examinarmos os diferentes campos em que operavam. Por ora, parece-nos suficiente tratar, em relação a esse ponto, do limite entre os assuntos de governo e de justiça, observando particularmente como nos primeiros se vislumbrava uma maior liberdade na decisão.

6 O CASUÍSMO NOS NEGÓCIOS DE GOVERNO

Para maior clareza, é necessário penetrar em uma distinção complexa entre o que então se considerava negócios de governo e de justiça. Nosso objetivo é apenas esclarecer o campo para mostrar como essa nova matéria, um incipiente Direito público, incorporava e até realçava os traços casuísticos que caracterizavam o consolidado Direito comum, que dominava o âmbito dos negócios de justiça.

Recorramos a alguns testemunhos representativos para apreciar não apenas a distinção, mas também a importância atribuída aos negócios governativos dentro da peculiaridade *indiana*¹¹⁷. Nas Ordenanças do Conselho das Índias de 1571, estabelecia-se que os ministros do Conselho se abstivessem, na medida do possível, de se ocupar de negócios particulares e de justiça entre as partes para “compreender e prover nas questões de governança [*cosas de gobernación*] às quais tanto se deve atender”¹¹⁸. Ao comentar esse texto, Concepción García-Gallo observa que essa diferença entre uma e outra matéria se acentuou no final do século

¹¹⁶ GARCÍA-GALLO, Alfonso. *Manual de Historia del Derecho español*. vol. I. Madrid: 1964.

¹¹⁷ Sobre tal assunto, ver: LALINDE ABADÍA, Jesús. El régimen virreino-senatorial en Indias. *AHDE*, n. 37, p. 05-244 [esp. p. 102 et seq.], 1967

¹¹⁸ Cf.: SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de. *Política indiana* (1647). Madrid: 1776. [V, XV, p. 12-13].

XVI, na forma de atuação das respectivas secretarias [*escribanías*]: “a de governança [*gobernanación*] procede com maior liberdade na tramitação dos assuntos, enquanto a de Justiça se atém a uma tramitação processual ajustada às leis...”¹¹⁹.

O mesmo problema de fundo é percebido naqueles anos em testemunhos provenientes do Novo Mundo. A *Audiencia* de Quito, ao se queixar em 1574 da usurpação de jurisdição por parte do vice-rei Toledo, afirmava que “por não estarem totalmente assentadas as coisas desta terra e por serem tão novas e diferentes das de lá, parece que a maior parte do que aqui ocorre pode-se dizer que é de governo”¹²⁰, p. 33-61. Por sua vez, o licenciado Juan de Herrera – argumentando em favor da supressão da *audiencia* governadora no Chile da guerra de Arauco – afirmava que, enquanto houvesse índios rebeldes, “o governo deve ser mais pela engenhosidade conforme à necessidade do tempo, do que por ordem de Direito”¹²¹. Em 1610, o vice-rei Marquês de Montesclaros, ao defender sua presença na *audiencia* quando se tratavam apelações de suas resoluções, argumentava que “muitas vezes a matéria é de tal natureza que não se pode encontrar nos Códices dos Jurisconsultos, e como algo que [os *oidores*] não têm obrigação de saber...” em uma clara referência a essa distinção¹²².

Nesses testemunhos se evidencia a já comentada diferença entre a atividade de governo e a administração da justiça conforme ao Direito. Ao mesmo tempo, percebe-se uma preferência pela primeira, devido à maior flexibilidade que oferecia para lidar com tempos ou situações novas. No testemunho chileno, é especialmente sugestiva a afirmação de que o governo consistia, mais do que em aplicar uma regra de Direito, em utilizar destreza ou artifício para resolver a situação. No entanto, nada autoriza a supor que isso abrisse caminho para um arbítrio descontrolado – nem mesmo em uma situação de exceção, como era o caso do Chile naquela época. Pelo contrário, indicava-se que essa atividade governativa não estava subordinada a um Direito comum consolidado, mas sim aberta a uma criação jurídica flexível.

Essa diferença entre uma ordem e outra ficou registrada na escrita de Rodrigo de Aguiar quando – no prólogo dos *Sumários* de 1628 – afirmava que nas Índias “quase tudo é político e de governo”, enquanto os Direitos comum e castelhano, em sua maior parte, “incidem sobre disposições judiciais”¹²³. Essa ideia acompanhava Antonio de León – colaborador de Aguiar – ao oferecer um esboço da *Política de las grandezas y gobierno del Supremo y Real Consejo de las Indias*. A matéria política era ali apresentada como algo tão necessário para o bom governo quanto pouco cultivado; tão novo e peculiar quanto insuficientemente fundamentado em preceitos; tão difícil de resolver e acertar quanto carente de bases e informações para discernir. Por isso, León dedicou seu interesse a essa área, constituindo o objeto de sua obra.

A partir daí, podemos encontrar, sob diferentes perspectivas, a afirmação dessa ideia. O curioso é observar como essa forma de pensar persistiu ao longo do século XVIII, apesar da pressão exercida por outras correntes de pensamento naquela época. Para sustentar essa visão, recorramos a algumas evidências seletivas.

¹¹⁹ Cf.: GARCÍA-GALLO, Concepción. La información administrativa en el Consejo de Indias: Las ‘Noticias’ de Diez de la Calle. In: *III Congreso del Instituto Internacional del Derecho Indiano: (Madrid, 17-23 de enero de 1972) actas y estudios*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1973. p. 361-376 [esp. p. 365].

¹²⁰ SÁNCHEZ BELLA, Ismael. Quito, audiencia subordinada. *AHJE*, n. 5, 1980.

¹²¹ GÓNGORA, Mario. *El Estado en el Derecho Indiano: Época de fundación, 1492-1570*. Santiago de Chile: 1951.

¹²² *Archivo General de Indias* (AGI), Lima, 35 (núm. 35, lib. III, fs. 26).

¹²³ AGUIAR Y ACUÑA, Rodrigo de. *Sumarios de la Recopilación General de las leyes, ordenanzas, provisiones, cédulas... por el licenciado...* Madrid: 1628 [Dedicatoria].

O fiscal José Agustín de los Ríos, em um relatório adotado pelo Conselho, afirmava em 1714 que “de tudo o que se despacha no Conselho das Índias, a maior parte, é puro governo; e que esse governo e seu despacho são absolutamente distintos de todas as matérias tratadas e despachadas em todos os demais Conselhos”, acrescentando que “o judicial e os litígios contenciosos são muito poucos”. Vemos aqui, mais uma vez, separadas as duas atividades, com a de governo enaltecida por sua magnitude e peculiaridade. Há algo mais a destacar. De los Ríos nos informa que, nessa:

Sala de Governo, é raro o negócio ou expediente que, embora se chame de governo, não contenha muita jurisprudência civil, canônica, municipal, leis do Reino, leis de Índias, ordenanças, resoluções, Bulas e Breves especiais de Índias, Sinodais, duvidosos, consultados com Sua Majestade ou com a Santa Sé, de forma que, para despachar no Governo, o Conselho das Índias sempre manteve os homens mais doutos e experientes em todos os tempos¹²⁴.

Essa atividade governativa – antes claramente separada da judicial – aparecia tão impregnada pelo Direito que se tornava nitidamente jurídica, embora distinta do antigo Direito comum. O fiscal apresentava isso como uma peculiaridade dos negócios *indianos*, diferenciando-os do despacho dos demais Conselhos. Na avaliação desse testemunho, não devemos esquecer que o fiscal e o próprio Conselho estavam empenhados em defender a estrutura do governo superior, que se encontrava em vias de ser alterada. Contudo, também não devemos dar a essa circunstância uma projeção que invalide a tão sugestiva descrição das tarefas do Conselho, da qual resulta uma atividade governativa intensamente marcada por um colorido jurídico elevado.

Tamanha era essa penetração que, em meados do século, Mora y Jaraba afirmava que os oficiais da Secretaria de *Despacho Universal* deveriam ser juristas, e especialmente – dizia ele – na de Índias, que herdara em grande parte as atribuições governativas do Conselho conforme à reforma borbônica, onde, segundo ele, os negócios nessa Secretaria se diferenciavam dos de outros reinos. Dessa forma, chegava a sentenciar que um oficial leigo, que não tivesse aberto a *Recopilación* nem pudesse entender – mesmo que lesse – os livros de Solórzano e Pinelo, tampouco o peculiar Direito canônico *indiano*, não estava, em sua opinião, capacitado para despachar qualquer expediente relativo ao governo¹²⁵.

Essa marcante diferença explica a declaração do panamenho Manuel J. de Ayala, em 1763, de que para um “ouvidor” das Índias era mais fácil passar ao Conselho de Castela do que, a partir de um tribunal peninsular, ascender ao Conselho das Índias. Isso porque, enquanto no primeiro caso “a jurisprudência é a mesma”, no segundo, os assuntos de governo

¹²⁴ Biblioteca de Palacio. Representación hecha a S.M. por el Consejo de Indias. Madrid, 26 de febrero de 1714. Manuscrito 844. (fs. sem numeração).

¹²⁵ MORA Y JARABA, Pablo. *La ciencia vindicada contra los plumistas y definición de las Secretarías del Despacho Universal* (1747). Manuscrito – MA, 14, fs. 295-315 [esp. fs. 312] (Biblioteca de Palacio – BP. 2828). [Publicada por: ESCUDERO, José A. *Los Secretarios de Estado y del Despacho* (1474-1724). t. IV. Madrid: 1969. p. 1167-1186.

obrigavam esse letrado a adquirir novos conhecimentos, em atenção às regras peculiares existentes e à diversidade de negócios apresentados¹²⁶.

Podemos encerrar esta série de testemunhos com uma já mencionada observação feita em 1808 por Benito de la Mata Linares. Ele afirmava então – em oposição à uniformidade preconizada na Constituição de Bayona – que nas províncias americanas preponderava “a parte governativa de todos os seus ramos, que é a mais delicada e complicada, e que obriga a estudar, meditar, refletir e combinar no próprio terreno, algo que nem os livros instruem, nem alguma teoria, por mais refinada que seja”. Mata Linares acrescentava que a legislação *indiana* “não provém do direito divino, natural e civil de justiça,” com a clara intenção de demonstrar que se tratava de uma matéria política, nova, peculiar e, portanto, não meramente derivada dos Direitos comum e castelhano¹²⁷. Que tal visão fosse sustentada, nas últimas décadas da grande Monarquia, por um jurista e ministro tão perspicaz é, sem dúvida, um ponto de destaque. Afinal, essas afirmações – com variações de palavras ou nuances – já possuíam, ao menos, mais de dois séculos e meio de vigência.

É oportuno extrair algumas conclusões dessas evidências documentais. Em todas elas se enfatiza que os negócios *indianos* mais abundantes e significativos eram os denominados de governo, e não os de justiça. Esses negócios exigiam maior atenção e preferência, e era necessário abordá-los com um critério jurídico, ainda que não se tratasse de aplicar meramente as regras conhecidas da jurisprudência tradicional, comum ou castelhana. Assim, ficava estabelecida uma nítida separação entre o inovador e peculiar “Direito público ou político” das Índias e o Direito comum-castelhano, cuja presença se fazia sentir, sobretudo, em questões de justiça entre partes. O primeiro era um derivado criativo das formas estatais aplicadas a uma situação nova e peculiar, como as Índias. O segundo se orientava a constituir um “Direito privado”, que se configurou em oposição ao anterior, como um dos mais sólidos limites ao crescente absolutismo estatal.

O primeiro se apresentava mais flexível – por estar em formação dinâmica –, enquanto o segundo era mais rígido. A concepção casuística não teve o mesmo tom em ambos, assim como também não o teve o processo de transformação para o sistema. No contexto *indiano*, a esfera governativa apareceu marcada pelo casuismo, desde a conformação de sua estrutura institucional até o modo de resolver os diversos negócios.

Essa conclusão não é propriamente nova, já que os estudiosos que se ocuparam na descrição do Direito *indiano* – desde Levene e Ots Capdequí – haviam destacado o seu caráter “publicístico”, especialmente à luz da *Recopilación* de 1680. O que ainda não foi realizado, entretanto, é um estudo genético dessa característica, que demonstre o papel que a concepção casuística desempenhou na atividade governativa e na gênese de um Direito público peculiar.

Tratemos, então, de investigar quais eram os princípios ou regras que regiam essa atividade governativa. Vale a pena começar lembrando a ordenança de 1571 dirigida ao *Consejo de Indias*, na qual se recomendava aos ministros que viessem a “reduzir a forma e maneira de governo deles ao estilo e ordem com que são regidos e governados os Reinos de Castela e

¹²⁶ AYALA, Manuel Joseph de. *Discurso ingenuo, en que se manifiesta y prueba la precisa necesidad, y utilidad de establecer para el acierto seguro del gobierno universal y manejo de nuestras Indias*. Manuscrito – MA, V, fs. 320-328, [esp. fs. 322-323] (BP. 2820). [Publicado por: MUÑOZ PÉREZ, José. Los ‘Prontuarios americanos’ de Manuel José de Ayala (Un memorial desconocido e inédito de 12 de enero de 1763). *AHDE*, n. 26, p. 669-692, 1956].

¹²⁷ TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. Las observaciones de Benito de la Mata Linares a la Constitución de Bayona. *Boletín de la Real Academia de la Historia*, Madrid, t. 178, cuaderno II, p. 243-266 [esp. p. 260], 1981.

Leão, na medida em que fosse possível e se suportasse pela diversidade e diferença das terras e nações”¹²⁸. Governar, portanto, seguia um critério orientador, mas admitia exceções derivadas das peculiaridades americanas.

Nos escritores castelhanos dos séculos XVI e XVII encontramos – por meio de longas reflexões ou breves máximas – a ideia central de que o ofício de governar carecia de método fixo e de regras gerais, estando sujeito aos imprevistos do acontecimento político. Como dizia Jerónimo de Zevallos, “o ofício de governar deve ser exercido de acordo com os tempos e os casos”, utilizando documentos específicos para cada questão¹²⁹. Da mesma forma, Gracián resumiu com perspicácia essa regra ao afirmar que “governar e deliberar devem sempre se adequar ao caso”, expressão que já recordamos anteriormente¹³⁰.

Desde cedo, essa ideia encontrou adeptos nas Índias, a ponto de não ser descabido supor sua influência sobre o desenvolvimento dessa postura em Castela^{131, p. 67 et seq.}. Escritores, magistrados, vice-reis, governadores e súditos deixaram testemunhos sobre a impossibilidade de reger o governo espiritual e temporal por meio de regras gerais, mesmo quando existissem ordenanças com esse caráter. Já o vice-rei Enríquez afirmava, desde Lima, que o governo ordinário “deve ser conforme aos tempos e ocasiões”^{132, p. 182}. Vários decênios depois, Juan de Palafox, em uma substanciosa relação no Vice-reinado, reforçava essa ideia, ao precisar que “tudo o que toca ao governo está sujeito ao arbítrio e bom julgamento do vice-rei, o qual, regulado pela razão e pelas cédulas reais, deve arbitrar e escolher o que parecer mais conveniente ao serviço de Deus e de Sua Majestade, à tranquilidade e ao sossego destas províncias...”^{133, p. 59}. Aos já conhecidos juízos de Juan de Matienzo sobre o papel principal do governador no governo de Potosí, cabe acrescentar – na mesma linha – as palavras já mencionadas de Luis de Ribera, que refletiam sua visão sobre o governo daquela mesma terra. Segundo ele, não era possível governá-la bem “sem vê-la, avaliá-la e superar hoje uma dificuldade, amanhã outra, e proceder à execução, escolhendo os meios mais suaves, mais justos e mais úteis tanto do fato quanto do direito”¹³⁴.

Desde o século XVI até o início do século seguinte, repetiram-se incessantemente expressões que, de vários ângulos, exaltavam o valor do tempo, da pessoa, das circunstâncias e do caso diante da rigidez das regras universais na hora da decisão governamental. Como se ater, por exemplo, em matéria de população ou de indígenas a um único padrão, mesmo que existisse? Não era, portanto, estranho que em 1625 Gaitán de Torres em alguns discursos crí-

¹²⁸ Capítulo 14 das *Ordenanzas* (CI, I, fs. 5).

¹²⁹ ZEVALLOS, Gerónimo de. *Arte real para el buen gobierno de los reyes y príncipes, y de sus vasallos. En el cual se refieren las obligaciones de cada uno, con los principales documentos para el buen gobierno*. Toledo: 1623. p. 19 e 47; *Tabla de aforismos*, n. 3.

¹³⁰ GRACIÁN, Baltasar. *Oráculo manual* (1653). GRACIÁN, Baltasar. *Tratados políticos*. Barcelona: 1941. p. 301.

¹³¹ Para José Miranda, cf.: MIRANDA, José. *Las ideas y las instituciones políticas mexicanas*: Primera parte, 1521-1820 (1952). 2ª ed. México: 1978. A “linha casuísta” da literatura política teve um grande desenvolvimento na Nova Espanha durante o século XVII.

¹³² *Carta al rey*, 17 de febrero de 1583. Cf.: HANKE, Lewis. *Los virreyes españoles en América durante el gobierno de la Casa de Austria*: Perú. v. I. Madrid: Atlas, 1978-1980.

¹³³ HANKE, Lewis. *Los virreyes españoles en América durante el gobierno de la Casa de Austria*: México. vol. IV. Madrid: Biblioteca Autores Españoles (BAE), 1976-1978.

¹³⁴ *Archivo General de Indias* (AGI). Charcas, 54. Potosí, 15 de marzo de 1620.

ticos sobre o governo *indiano*, deu como doutrina estabelecida – e, portanto, não se incomodava por alegá-la – que “a matéria de governo mais acertada é organizar as coisas que vão acontecendo conforme o tempo vai mostrando, e pedem as ocasiões”¹³⁵.

Essa característica foi bem refletida na atividade do Conselho das Índias. Esse tribunal tinha – em relação aos outros Conselhos – uma peculiaridade, enfaticamente estabelecida nas recordadas *Ordenanzas* de 1571: sua principal preocupação era o bom governo das Índias e, para esse fim, tinha de se dispensar, na medida do possível, de lidar com processos entre particulares, deixando o cuidado desta justiça jurisdicional às *Audiencias*.

Solórzano afirmou que as leis deveriam ser ditadas de acordo com “as demandas da época, e a utilidade e conveniência dessas Províncias e Repúblicas”. Acrescentou que o Conselho “tratou de governar e conter suas Províncias em leis e ordenanças, não só justas, mas ajustadas e adequadas ao governo, temperamento, disposição e necessidade de cada uma delas, naquilo que lhe pareceu mais conveniente, deixando para tudo o mais na sua força e vigor as comuns e gerais que se dão e promulgam para os Reinos de Castela e Leão, e mais, conformando-se com elas até nas disposições novas ou diferentes, quanto sua qualidade o permita”, como assim foi ordenado¹³⁶, p. 03, 11.

Estas expressões nos parecem substantivas, tanto pelo seu conteúdo em si, como por terem vindo de um ministro e escritor autorizado. Nestas, podem ser distinguidos dois aspectos. O primeiro, sublinhando o caráter casuísta da legislação dada pelo Conselho. O segundo, colocando à parte os Direitos comum e castelhano – justamente aqueles que poderiam ser considerados como o Direito por antonomásia –, mesmo estabelecendo seu caráter orientador enquanto fosse possível. Isso mostra a distinção já mencionada entre governo e justiça. Mas também se aprecia a penetração jurídica experimentada pela tarefa governamental. O próprio Solórzano diz, a respeito das cédulas reais que se emitiam, que “se induz Direito” e têm “força de lei, tanto para o caso sobre o qual especialmente decidem, como para outros quaisquer, em que se encontram e se habilitam as mesmas razões e circunstâncias”¹³⁷, p. 13.

O testemunho de Solórzano está na mesma linha de outros que já foram destacados em páginas anteriores, ao tratarmos da distinção entre assuntos de governo e de justiça. De diversos ângulos, o fiscal José Agustín de los Ríos, Manuel J. de Ayala, e Alonso Varela de Ureta, ao longo do século XVIII, reafirmaram essa orientação casuística, repleta de juridicidade, na atuação do Conselho das Índias. Já mencionados os dois primeiros testemunhos, cabe ressaltar que Varela de Ureta sustentava que, sem “o conhecimento prático e experimental das Índias e de seus habitantes”, nem o Conselho nem a Câmara poderiam “ajustar bem as providências, ordens e leis que fossem dadas e acordadas para seu governo espiritual, político, judicial ou econômico”, dada a variedade de situações e regiões, não bastando “as regras universais para governar adequadamente os negócios particulares”¹³⁸, p. 67-68.

¹³⁵ GAITÁN DE TORRES, Manuel. *Reglas para el gouierno destos Reynos y de los de las Indias, con aumento de su población y en la Real Hacienda, y armas de la mar dirigido al Excelentissimo Señor Conde Duque*. s.d., 1625. p. 40. [Biblioteca Nacional de España (BNE), mss. 3/3532].

¹³⁶ SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de. *Política indiana* (1647). Madrid: 1776. [V, XVI].

¹³⁷ SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de. *Política indiana* (1647). Madrid: 1776. [V, XVI].

¹³⁸ VARELA DE URETA, Alonso. *Discurso político práctico, que propone cuál debe ser la formación del Consejo Real y Supremo de las Indias*. Cádiz: 1733.

A “atenção e prudência”¹³⁹, p. 55 que o Conselho das Índias dedicava a cada *caso* se revela, assim, como característica marcante de sua atuação. Em 1622, Felipe IV o recordava ao insistir que, no estudo dos negócios, se considerasse “muito o estado em que as coisas se encontravam no momento em que se tratasse delas”, e que não fossem consultadas “pela consequência do que se fez em outros”, uma vez que isso trazia grandes inconvenientes, porque “não em todos podem coincidir as mesmas causas e circunstâncias”¹⁴⁰, p. 20.

A falibilidade das regras gerais e a valorização do *caso* como uma situação cercada de circunstâncias próprias davam especial destaque ao julgamento ou arbítrio do ministro encarregado do governo. Por isso, na literatura política e moral da época, encontramos constantes incitações para que o ministro chegasse a compreender os negócios sob sua responsabilidade por meio da visita à terra e aos seus habitantes, da leitura de obras políticas e jurídicas, do conselho, do cultivo da razão e das virtudes cristãs. Aplicando tudo isso e, sobretudo, utilizando a prudência, confiava-se que ele poderia tomar decisões adequadas para os casos apresentados.

■ UM CASUÍSMO MAIS INTENSO E DIVERSIFICADO? (CONCLUSÃO)

Ao encerrar este capítulo, no qual procuramos investigar se a peculiaridade *indiana* serviu como um fator de intensificação do casuísmo em relação a outras partes do mundo hispânico, considero que a resposta deve ser afirmativa. Por diferentes caminhos chegamos a essa constatação.

Um deles foi partir da relação entre fato e direito, amplamente mencionada e debatida – mesmo que pouco estudada em profundidade – pelos historiadores em geral. Ao explorar essa relação, ainda que apenas para o nosso objetivo, foi possível evidenciar uma separação entre esses dois termos, comparativamente maior do que em terras castelhanas. Isso gerou uma preocupação constante, que vimos refletida em uma série de testemunhos provenientes de diferentes regiões e épocas.

Outro caminho nos levou a analisar noções frequentemente invocadas na época para estabelecer a diferença entre os dois mundos: a diversidade e a mutabilidade, como categorias mentais em expansão, desconhecidas em tal magnitude no contexto espanhol peninsular. Da mesma forma, até aquele momento, não era concebível o exercício do governo a uma considerável distância do centro de poder, como acontecia com os reinos e províncias das Índias. Finalmente, um novo tipo de casuísmo tornou-se visível, surgido da ação do aparato estatal nas Índias, encarnado nos negócios de governo.

Tudo isso conferiu ao governo do Novo Mundo uma marcada pluralidade, favorecendo a presença de um casuísmo acentuado que, estimulado pelas particularidades que cercavam o processo de conquista e colonização, manifestou-se com mais intensidade do que no ordenamento jurídico de Castela. Daí também a menção frequente de dois requisitos considerados

¹³⁹ SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de. *Política indiana* (1647). Madrid: 1776. [IV, VII].

¹⁴⁰ *Archivo General de Indias* (AGI), Indiferente General, 615. Decreto de 26 de noviembre de 1622. Foi incorporado literalmente à *Recopilación de Indias*, II, II.

fundamentais para alcançar um bom governo: o conhecimento das realidades locais – entendidas em sua essência e ampla variedade – e a experiência pessoal dos ministros e juízes no mundo *indiano*.

Aqueles fundamentos da peculiaridade e esses elementos operacionais permitem perceber como, para responder a uma problemática *indiana* tão plural e de difícil compreensão, frequentemente se recorreu a soluções casuísticas. Estas eram vistas como uma consequência necessária das características mencionadas e eram respeitadas enquanto subsistissem essas condições. Se o jurista daquela época no mundo hispânico praticava uma jurisprudência casuística – considerada então como a única resposta adequada aos problemas da vida social –, era natural que essa concepção prosperasse em um mundo novo, onde o casuísmo se revelava como o único meio de aproximar o fato do Direito, como apontamos no início do capítulo. Nesse sentido, orientaram-se as delegações de atribuições aos governantes e tribunais *indianos*, a promulgação de uma legislação por vezes vacilante, a admissão de recursos de súplica, as interpretações baseadas na equidade, bem como o surgimento das leis *criollas* e dos costumes locais.

É necessário destacar o interesse dessas formas de criação jurídica *indiana*, analisadas sob a perspectiva que estamos utilizando¹⁴¹, p. 13-14. Sobre isso voltarei mais adiante, em outros capítulos¹⁴² desta obra. Pois bem, é possível também apreciar essa questão sob o ângulo temporal, para observar essa progressão do casuísmo, para além de qualquer periodização convencional.

Numa primeira época, abrangendo uma parte substancial do século XVI, as noções de diversidade e mutabilidade – assim como a separação entre fato e Direito – surgiram para explicar a situação *indiana* àqueles que a desconheciam ou para justificar a marginalização do Direito castelhano e até mesmo da própria lei *indiana* de origem peninsular. Ainda que depois de 1526 tenha começado a se estabelecer um conjunto de normas fundamentais para a ordenação das novas terras¹⁴³, p. 251-252, já se tinha consciência, àquela altura, da impossibilidade de legislar exaustivamente a partir da Península. Góngora estende até 1570 o período fundacional, caracterizado “pela multiplicidade de fatos e tendências históricas, pela diversidade e riqueza das formas constitucionais, pelo surgimento de todas as instituições sobre as quais se assenta o sistema *indiano*”. Isso o leva a afirmar, ao tratar do reino do Chile, que “o Direito da época da conquista se caracteriza sobretudo por sua flexibilidade diante das situações concretas”¹⁴⁴, p. 298, 293.

Uma segunda etapa, que se inicia ainda na mesma centúria – em termos de organização, pense-se em Juan de Ovando, Francisco de Toledo e Martín Enríquez, sob o reinado de Felipe II – e se centra no século XVII, tendeu a consolidar esses traços, conferindo-lhes um caráter quase indelével na ordenação das Índias. Desde este ponto de vista, parece-me que a disposição real de 1614 é bastante demonstrativa de que havia chegado o momento de uma clara separação entre os Direitos castelhano e *indiano*. Por fim, a etapa derradeira, que se delinea

¹⁴¹ Com relação à legislação local, ver: ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael. Autonomía y descentralización legislativa en el régimen colonial español: siglos XVI a XVIII. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XX, 1944-1945.

¹⁴² *Nota de tradução*: o autor faz alusão aos demais capítulos da obra, recordando que este texto faz parte de um livro de distintos trabalhos do mesmo autor sobre o tema.

¹⁴³ GÓNGORA, Mario. *El Estado en el Derecho indiano: Época de fundación, 1492-1570*. Santiago de Chile: 1951.

¹⁴⁴ GÓNGORA, Mario. *El Estado en el Derecho indiano: Época de fundación, 1492-1570*. Santiago de Chile: 1951. Ver também p. 90.

mais nitidamente na segunda metade do século XVIII, quando surgiram com maior vigor os traços de generalidade e uniformidade, está vinculada a uma tentativa modernizadora que buscou reformar essa ordem secular.

Se prestarmos novamente atenção aos testemunhos examinados neste capítulo, encontraremos certa coerência entre eles, considerando seu contexto histórico. Assim, os correspondentes à primeira etapa relatavam esses fenômenos com um ar de novidade e estranheza, próprio do inesperado, com a intenção de oferecer novos rumos que tornassem governável uma realidade esquiva.

Os testemunhos do período seguinte, sem abandonar abruptamente os traços anteriores, já revelavam a firmeza do que era sabido, e sua repetição visava apenas seguir o rumo já conhecido. Por sua vez, os correspondentes à última etapa, em mais de uma ocasião, aparecem como reações –parciais ou gerais– diante da presença de tentativas uniformizadoras que desconheciam aquelas características seculares ou acreditavam na força reformadora das doutrinas e leis. Esse último sintoma evidencia o surgimento da concepção sistemática.

Os fatores que examinamos, somados à forma como se realizou a conquista – na qual coexistiram os interesses senhoriais e os reais – produziram a inaplicabilidade plena do Direito castelhano que, embora de raiz casuísta, também apresentava uma importante tendência generalizadora. A inadequação dessa normativa geral às novas situações e a ausência de normas para regular muitas outras situações geraram, como se sabe, uma crise jurídica. A solução para esses problemas veio, sobretudo numa etapa inicial, por meio de vias contratuais, consuetudinárias e legais, com uma tônica casuísta, já que essas soluções visavam atender particularmente aos casos conforme surgiam, diante da constatação da dupla dissimilaridade entre Castela e Índias e entre as diversas regiões do Novo Mundo.

Disposições de caráter geral existiram, mas com tendência a sofrer adaptações particulares em cada reino ou província. Isso não implicou uma mudança de mentalidade jurídica, mas sim a continuidade e aprofundamento de um modelo casuísta de jurisprudência e de um sentir social já arraigado. Contudo, assim como se observa em outras áreas culturais, esse modelo europeu ou castelhano se adaptou a uma nova situação. Nesse processo de adequação, é perceptível uma acentuação do casuísmo. Teria havido também um refluxo desse casuísmo *indiano* para Castela?

REFERÊNCIAS

ACOSTA, José de. *De procuranda indorum salute*. Tomo I (Libros 1 a 3): Pacificación y colonización. Madrid: CSIC, 1984. [Corpus hispanorum de pace, 23-24].

AGUIAR Y ACUÑA, Rodrigo de. *Sumarios de la Recopilación General de las leyes, ordenanzas, provisiones, cédulas... por el licenciado...* Madrid: 1628.

ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael. Autonomía y descentralización legislativa en el régimen colonial español: siglos XVI a XVIII. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XX, p. 01-71, 345-389, 1944-1945.

ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael. Autonomía y descentralización legislativa en el régimen colonial español: siglos XVI a XVIII. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XXI, p. 01-54, 409-468, 1945.

Archivo General de Indias (AGI), Indiferente General, 615. Decreto de 26 de noviembre de 1622.

Archivo General de Indias (AGI), Indiferente General, 62.

Archivo General de Indias (AGI), Indiferente General, 831.

Archivo General de Indias (AGI), Lima, 35 (núm. 35, lib. III, fs. 26).

Archivo General de Indias (AGI). Charcas, 54. *Carta al rey*. Potosí, 15 de marzo de 1620.

Archivo General de Indias (AGI). Charcas, 54. Potosí, 15 de marzo de 1620.

Archivo General de Indias (AGI). Indiferente General, 831. *Memoria de José Pablo Valiente, del Consejo de Indias*. Sevilla, 16 de septiembre de 1809.

AYALA, Manuel Joseph de. *Discurso ingenuo, en que se manifiesta y prueba la precisa necesidad, y utilidad de establecer para el acierto seguro del gobierno universal y manejo de nuestras Indias*. Manuscrito – MA, V, fs. 320-328 (Biblioteca de Palacio – BP. 2820). [Publicado por: MUÑOZ PÉREZ, José. Los ‘Prontuarios americanos’ de Manuel José de Ayala (Un memorial desconocido e inédito de 12 de enero de 1763). *AHDE (Anuario de Historia del Derecho Español)*, n. 26, p. 669-692, 1956].

BERNARD, Gildas, *Le Secrétariat d’Etat et le Conseil Espagnol des Indes (1700-1808)*. Genève-Paris: 1972.

Biblioteca de Palacio. Representación hecha a S.M. por el Consejo de Indias. Madrid, 26 de febrero de 1714. Manuscrito 844 (fs. sem numeração).

CASTAÑEDA DELGADO, Paulino. *Don Vasco de Quiroga y su “Información en Derecho”*. Madrid: 1974.

CASTILLO DE BOBADILLA, Jerónimo. *Política para corregidores de vasallos en tiempos de paz y de guerra*. Madrid: Imprenta Real de la Gazeta, 1775 [original de 1597].

Carta a Fray Francisco de Bustamante, comisario general de las Indias en San Francisco de México. Toluca, 1 de enero de 1562.

Colección Somoza. Documentos para la Historia de Nicaragua. 17 vols. Madrid: 1954-1957.

CUEVAS, Mariano. *Documentos inéditos del siglo XVI para la Historia de México. Colegidos y anotados por...* México: 1914.

Disposiciones gubernativas para el virreinato del Perú, 1569-1580. Francisco de Toledo. Introducción por Guillermo Lohmann Villena. 2 vols. Sevilla: 1986-1989.

FERRER DE VALDECEBRO, Andrés. *Gobierno general, moral y político hallado en las fieras y animales silvestres, sacado de sus naturales virtudes y propiedades*. Barcelona: 1696 [original de 1658].

GAITÁN DE TORRES, Manuel. *Reglas para el gouierno destos Reynos y de los de las Indias, con aumento de su población y en la Real Hacienda, y armas de la mar dirigido al Excelentissimo Señor Conde Duque*. s.d., 1625. p. 40. [Biblioteca Nacional de España (BNE), mss. 3/3532].

- GARCÍA-GALLO, Alfonso. La evolución de la organización territorial de las Indias de 1492 a 1824. *AHJE (Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano)*, Quito, n. 5, p. 71-123, 1980.
- GARCÍA-GALLO, Alfonso. La evolución de la organización territorial de las Indias de 1492 a 1824. In: GARCÍA-GALLO, Alfonso. *Los orígenes españoles de las instituciones americanas: Estudios de Derecho Indiano*. Madrid: 1987. p. 811-888.
- GARCÍA-GALLO, Alfonso. Los principios rectores de la organización territorial de las Indias en el siglo XVI. *AHDE (Anuario de Historia del Derecho Español)*, n. 40, p. 313-348, 1970.
- GARCÍA-GALLO, Alfonso. Los principios rectores de la organización territorial de las Indias en el siglo XVI. In: GARCÍA-GALLO, Alfonso. *Estudios de Historia del Derecho indiano*. Madrid: 1972. p. 661-693.
- GARCÍA-GALLO, Alfonso. *Manual de Historia del Derecho español*. 2 vols. Madrid: s. n. [edición del autor], 1964.
- GARCÍA-GALLO, Concepción. La información administrativa en el Consejo de Indias: Las 'Noticias' de Diez de la Calle. In: *III Congreso del Instituto Internacional del Derecho Indiano: (Madrid, 17-23 de enero de 1972) actas y estudios*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1973. p. 361-376.
- GARCÍA ICAZBALCETA, Joaquín. *Nueva colección de documentos para la Historia de México*. 5 vols. México: 1886-1892.
- GÓNGORA, Mario. *El Estado en el Derecho indiano: Época de fundación, 1492-1570*. Santiago de Chile: 1951.
- GRACIÁN, Baltasar. *Oráculo manual (1653)*. In: GRACIÁN, Baltasar. *Tratados políticos*. Barcelona: 1941.
- HANKE, Lewis. *Los virreyes españoles en América durante el gobierno de la Casa de Austria: México*. 5 vols. Madrid: Atlas, 1976-1978. [Biblioteca de Autores Españoles].
- HANKE, Lewis. *Los virreyes españoles en América durante el gobierno de la Casa de Austria: Perú*. 7 vols. Madrid: Atlas, 1978-1980. [Biblioteca de Autores Españoles].
- KONETZKE, Richard. Estado y sociedad en las Indias. *Estudios americanos*, Sevilla, n. 8, p. 33-58, 1951.
- LALINDE ABADÍA, Jesús. España y la Monarquía Universal (En torno al concepto de 'Estado moderno'). *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 15, p. 109-166, 1986.
- LEVILLIER, Roberto. *La Audiencia de Charcas: Correspondencia de Presidentes y Oidores, documentos del Archivo de Indias*. 3 tomos. Madrid: J. Pueyo, 1918-1922.
- MARAVALL, José Antonio. *Estado moderno y mentalidad social: siglos XV a XVII*. vol. II. Madrid: Ediciones de la Revista de Occidente, 1972.
- MARILUZ URQUIJO, José M. El concepto de tierra nueva en la fundamentación de la peculiaridad indiana. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, [IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano], n. 101-102, p. 389-402, ene.-jun. 1976.

MARILUZ URQUIJO, José M. El 'Teatro de la legislación universal de España e Indias' y otras recopilaciones indianas de carácter privado. *RIHD (Revista del Instituto de Historia del Derecho)*, n. 8, p. 267-280, 1957.

MARILUZ URQUIJO, José M. Una academia de Derecho indiano bajo Carlos III. *RIHD (Revista del Instituto de Historia del Derecho)*, n. 7, p. 83-92, 1955-1956.

MATIENZO, Juan de. *Gobierno del Perú* (1567). Edición de G. Lohmann Villena. Paris-Lima: 1967.

MIRANDA, José. *Las ideas y las instituciones políticas mexicanas*: Primera parte, 1521-1820. 2ª ed. México: 1978.

MONTOTO, Santiago; ALTAMIRA, Rafael, *Colección de documentos inéditos para la Historia de Iberoamérica*. 14 vols. Madrid: 1927-1932. [em alguns volumes, "...Historia de Hispanoamérica"].

MORA Y JARABA, Pablo. *La ciencia vindicada contra los plumistas y definición de las Secretarías del Despacho Universal* (1747). Manuscrito – MA, 14, fs. 295-315 (Biblioteca de Palacio – BP. 2828) [Publicada por: ESCUDERO, José A. *Los Secretarios de Estado y del Despacho* (1474-1724). t. IV. Madrid: 1969. p. 1167-1186].

MURO ROMERO, Fernando. *Las Presidencias-Gobernaciones en Indias (siglo XVI)*. Sevilla: 1975.

OTS CAPDEQUÍ, José María. *Historia del Derecho español en América y del Derecho indiano*. Madrid: 1968.

PACHECO, Joaquín F.; CÁRDENAS, Francisco de; MENDOZA; Luis Torres de. *Colección de documentos inéditos relativos al descubrimiento, conquista y organización de las antiguas posesiones de América y Oceanía, sacados de los Archivos del Reino, y muy especialmente del de Indias*. 42 vols. Madrid: M. Bernaldo de Quirós, 1864-1884.

PASO Y TRONCOSO, Francisco del (editor). *Epistolario de Nueva España 1505-1818*. 16 vols. México: 1939-1942.

PÉREZ Y LÓPEZ, Antonio Xavier. *Teatro de la legislación universal de España e Indias...* 28 vols. Madrid: 1791-1798.

PHELAN, John L. *El reino milenario de los franciscanos en el Nuevo Mundo*. México: 1972.

PIETSCHMANN, Horst. *El Estado y su evolución al principio de la colonización española de América*. México: 1989.

RAMOS PÉREZ, Demetrio. *Historia de la colonización española en América*. Madrid: 1947.

REINA MALDONADO, Pedro de. *Norte claro del perfecto prelado en su pastoral gobierno*. 2 vols. Madrid: 1653.

SÁNCHEZ BELLA, Ismael. Los comentarios a las leyes de Indias. *AHDE (Anuario de Historia del Derecho Español)*, n. 24, p. 381-541, 1954.

SÁNCHEZ BELLA, Ismael. Quito, audiencia subordinada. *AHJE (Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano)*, n. 5, p. 03-47, 1980.

SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de. *Política indiana*. 2 tomos. Madrid: Imprenta Real de la Gazeta, 1776 [original de 1647].

TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. La costumbre jurídica en la América española (siglos XVI-XVIII). *RHD*

(*Revista de Historia del Derecho*), n. 14, p. 355-425, 1986.

TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. Las observaciones de Benito de la Mata Linares a la Constitución de Bayona. *Boletín de la Real Academia de la Historia*, Madrid, t. 178, cuaderno II, p. 243-266, 1981.

VARELA DE URETA, Alonso. *Discurso político práctico, que propone cuál debe ser la formación del Consejo Real y Supremo de las Indias*. Cádiz: 1733.

VARGAS MACHUCA, Bernardo de. *Milicia y descripción de las Indias* (1599). vol. I. Madrid: Imp. de Tomás Minuesa, 1892. [Colección de los libros raros o curiosos que tratan de América, t. VIII, IX].

VILLARROEL, fray Gaspar de. *Gobierno eclesiástico pacífico: concordia y unión de los dos cuchillos, pontificio y regio*. Madrid: 1656-1657.

ZAVALA, Silvio. *Ideário de Vasco de Quiroga*. México: 1941.

ZAVALA, Silvio. *Recuerdo de Vasco de Quiroga*. México: 1965.

ZEVALLOS, Gerónimo de. *Arte real para el buen gobierno de los reyes y príncipes, y de sus vasallos*: En el cual se refieren las obligaciones de cada uno, con los principales documentos para el buen gobierno. Toledo: Imprenta de Diego Rodríguez, 1623.

ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo. El oficio de gobernador en el Derecho indiano. In: ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo. *Estudios de Historia del Derecho*. t. I. Buenos Aires: 1988. p. 267-390.

ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo. *La organización política argentina en el período hispánico*. Buenos Aires: 1959.

REFERÊNCIAS EM NOTAS DE TRADUÇÃO

ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael. *Autonomía y descentralización legislativa en el régimen colonial español: siglos XVI a XVIII*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2011. 248p.

MARTÍN, Melquiades Andrés. Pensamiento teológico y vivencia religiosa en la Reforma española (1400-1600). In: GONZÁLEZ NOVALIN, José Luis (dir.). *Historia de la Iglesia en España*: Tomo III-2º (La Iglesia en la España de los siglos XV y XVI). Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos (La Editorial Católica), MCMLXXX.

TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. Casuísmo e sistema: O caso – uma palavra, um conceito com enraizamento social. Tradução de Micael Leão Michaelsen e Alfredo de J. Flores. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 56, p. 29-70, dez. 2024.



A COLEÇÃO CERULLI DE MANUSCRITOS ETÍOPES NA BIBLIOTECA APOSTÓLICA VATICANA

THE CERULLI COLLECTION OF ETHIOPIAN MANUSCRIPTS IN THE VATICAN APOSTOLIC LIBRARY

TULLIO SCOVAZZI*

Tradução: FRANCISCO HUMBERTO CUNHA FILHO** | RODRIGO VIEIRA COSTA***

RESUMO¹

O artigo aborda a coleção de manuscritos etíopes doados por Enrico Cerulli à Biblioteca Apostólica Vaticana em 1954. Esses manuscritos, obtidos durante sua atuação na África Oriental Italiana, levantam questões éticas e jurídicas sobre seu repatriamento para a Etiópia, de acordo com tratados internacionais, como o Tratado de Paz de 1947. O texto explora a trajetória de Cerulli como acadêmico e figura governamental, destacando sua contribuição aos estudos etíopes e suas polêmicas associações com o colonialismo italiano. O autor analisa a complexidade envolvendo a devolução desses manuscritos, considerando princípios éticos e normas jurídicas internacionais, além de precedentes históricos, como a devolução de manuscritos alemães pelo Vaticano em 1816. O artigo conclui sugerindo que a tendência do direito internacional é favorecer a restituição de objetos culturais aos seus países de origem, especialmente em casos de injustiça histórica, como conflitos armados e ocupações coloniais.

Palavras-chave: Bens culturais; Restituição; Coleção Cerulli.

ABSTRACT

This article examines the collection of Ethiopian manuscripts donated by Enrico Cerulli to the Vatican Apostolic Library in 1954. Acquired during his tenure in Italian East Africa, these manuscripts raise ethical and legal questions regarding their repatriation to Ethiopia under international treaties, such as the 1947 Peace Treaty. The text explores Cerulli's dual role as a scholar and government official, highlighting both his contributions to Ethiopian studies and his controversial ties to Italian colonialism. The study analyzes the complexities surrounding the restitution of these manuscripts, considering ethical principles, international legal frameworks, and historical precedents, including the Vatican's return of German manuscripts in 1816. The article concludes that contemporary trends in international law increasingly favor the restitution of cultural artifacts to their countries of origin, particularly in cases of historical injustices, such as armed conflicts and colonial occupations.

Keywords: Cultural property; Restitution; Cerulli Collection.

* Professor aposentado de Direito Internacional da Universidade de Milão-Bicocca. Especialista em Direito do Governo Italiano e dos Secretariados de Instituições e Acordos Internacionais em Reuniões e Negociações Relacionadas ao Direito do mar, Patrimônio cultural e Direitos Humanos.

tullio.scovazzi@unimib.it

** Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Presidente de Honra do Instituto Brasileiro de Direitos Culturais - IBDCult.

humbertocunha@unifor.br

*** Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA). Pesquisador-Líder do DiGiCULT/UFERSA – Estudos e Pesquisas em Direito Digital e Direitos Culturais. Membro do Instituto Brasileiro de Direitos Culturais - IBDCULT.

rodrigo.vieira@ufersa.edu.br

Recebido em 10-4-2025 | Aprovado em 10-4-2025²

¹ **Nota dos tradutores.** A ordem das notas do autor, levando em conta o texto original, foi alterada, por causa da inserção, entre elas, de notas dos tradutores. As referências do autor às notas originais foram traduzidas para menção à numeração ordinal. A normatização da publicação original foi mantida juntamente com a disposição das referências bibliográficas apenas nas notas de rodapé.

² Artigo convidado. Publicado originalmente em inglês na revista *Art Antiquity and Law*, v. XXIX, n. 2, p. 133-140, 2024.



SUMÁRIO

1 UM ACADÊMICO E VICE-GOVERNADOR; 2 A AQUISIÇÃO E A DOAÇÃO DOS MANUSCRITOS “CERULLI”; 3 RETENÇÃO OU DEVOLUÇÃO?; REFERÊNCIAS.**1 UM ACADÊMICO E VICE-GOVERNADOR**

Conforme documentado em uma publicação da Biblioteca Apostólica do Vaticano³, essa eminente instituição cultural mantém uma coleção de 325 manuscritos etíopes a ela doados pelo italiano Enrico Cerulli (1898-1988). A publicação reproduz em formato impresso o inventário dos manuscritos, que foi escrito à mão pelo próprio doador.

Cerulli, com formação jurídica, foi um notável estudioso das línguas e da literatura da Etiópia e de outros países da África Oriental e do Oriente Médio⁴. Já em 1919, ele apresentou um artigo para a Conferência Nacional para Colônias do Pós-Guerra, no qual defendeu a penetração econômica pacífica da Itália na Etiópia⁵, p. 98. Sua tese acadêmica sobre o direito consuetudinário dos *Majeerteen* foi publicada em partes na revista *Africa Italiana*. Entre muitas outras obras, entre 1936 e 1951, ele produziu quatro volumes sobre estudos etíopes^{6 7 8 9} e, em 1958, uma história da literatura etíope¹⁰.

Durante a maior parte de sua vida, Cerulli ocupou diversos cargos na administração do Estado italiano. Após ingressar no Ministério das Colônias, entre 1920 e 1925, ele foi “residente” (chefe administrativo) em Balad e Baidoa, Somália, e, entre 1926 e 1931, adido cultural na embaixada italiana em Addis Ababa, Etiópia. Ele foi membro da delegação italiana que negociou o Tratado de Amizade, Conciliação e Arbitragem de 1928 com a Etiópia¹¹, e chefe da delegação italiana para a demarcação das fronteiras entre a Somália britânica e a italiana (1929-1931). Em 1932, foi nomeado Diretor-Geral de Assuntos Políticos do Ministério das Colônias e, conseqüentemente, ocupou uma posição importante na formação da política colonial italiana.

³ CERULLI, Enrico. *Inventario dei manoscritti Cerulli etiopici*. Cidade do Vaticano: Biblioteca Apostólica Vaticana, 2004.

⁴ De acordo Lorenzi (2018), Cerulli “lançou uma longa sombra no campo de estudos etíopes”. Ao longo de mais de cinquenta anos, ele produziu uma enorme quantidade de trabalhos interdisciplinares que abrange história, etnografia, folclore, filologia, bibliografia, linguística semítica e cuxita. Grande parte desse trabalho continua influente até hoje. Ele também organizou e convocou, em 1959, em Roma, a primeira Conferência Internacional de Estudos Etíopes, realizada na *Accademia Nazionale dei Lincei*, estabelecendo, assim, o que se tornou o principal congresso de referência da área.

⁵ Ver: MONZALI, Luciano. *Il colonialismo italiano nella politica estera italiana 1879-1949 – Momenti e protagonisti*. Roma: Società Editrice Dante Alighieri, 2017.

⁶ CERULLI, Enrico. *Studi etiopici*: La lingua e la storia di Harar. Roma: Istituto per l'Oriente, 1936. v. 1.

⁷ CERULLI, Enrico. *Studi etiopici*: La lingua e la storia dei Sidamo. Roma: Istituto per l'Oriente, 1938. v. 2.

⁸ CERULLI, Enrico. *Studi etiopici*: Il linguaggio dei Giangerò ed alcune lingue sidama dell'Omo (basketo, ciara, zias-siè). Roma: Istituto per l'Oriente, 1938. v. 3.

⁹ CERULLI, Enrico. *Studi etiopici*: La lingua caffina. Roma: Istituto per l'Oriente, 1951. v. 4.

¹⁰ CERULLI, Enrico. *Storia della letteratura etiopica*. Milão: Nuova Accademia editrice, 1958b.

¹¹ [NT]: Conhecido como Tratado Ítalo-Etíope de 1928.

Após a ocupação militar e a anexação da Etiópia pela Itália, em 1936 — uma agressão de um membro da Liga das Nações contra outro membro —, Cerulli foi nomeado Vice-Governador da África Oriental Italiana (1937-1939), o segundo posto mais alto de uma colônia que incluía a Etiópia, Eritreia e Somália. Mais tarde, ele foi governador das províncias de Shoa e Harar.

Como várias atrocidades foram documentadas durante o período de invasão e ocupação italiana da Etiópia¹², não é surpreendente que, em 1947, Cerulli tenha sido incluído na lista de dez suspeitos de delitos de guerra, cujos nomes a Etiópia submeteu à Comissão das Nações Unidas para os Crimes de Guerra¹³ para serem entregues pela Itália para julgamento¹⁴, p. 123. Cerulli foi acusado pela Etiópia, entre outras coisas, de cumplicidade para assassinatos em massa, detenção e tortura de civis, negativa de nacionalidade ao povo Amhara, confisco e destruição de propriedades e uso de armas químicas¹⁵, p. 179. No entanto, por uma série de motivos, incluindo a falta de provas específicas contra Cerulli, o abandono da Etiópia por várias potências da Europa Ocidental por razões de conveniência política, a decisão etíope de limitar os pedidos aos dois acusados mais conhecidos (Badoglio e Graziani), evitaram a extradição, o julgamento e a prisão de Cerulli (e, no final, os outros nove acusados também se safaram)¹⁶.

No período pós-guerra, Cerulli atuou como diplomata italiano. Ele participou, entre outras coisas, das reuniões para o Tratado de Paz entre as Potências Aliadas e Associadas e a Itália (Paris, 1947) e das reuniões do Comitê da Assembleia Geral das Nações Unidas que discutiu a questão das ex-colônias italianas (1949). Sua presença na delegação italiana deu origem a reações intensas por parte do representante etíope, Akilu Habt Wald, que lhe imputou a acusação de criminoso de guerra¹⁷, p. 170, e do representante somali, Abdullahi Issa, que denunciou a elaboração de leis segregacionistas na Somália¹⁸, p. 185. Mais tarde, Cerulli foi nomeado como Embaixador da Itália no Irã (1950-1954).

¹² Segundo Pankhurst (1999b): “A invasão fascista italiana de 1935-1936 e a subsequente ocupação da Etiópia foram acompanhadas de inúmeras atrocidades: o uso de gás mostarda, o bombardeio de hospitais e ambulâncias da Cruz Vermelha, a execução sem julgamento de prisioneiros capturados, o massacre de Graziani, a matança no mosteiro de Däbrä Libanos e o fuzilamento de curandeiros acusados de profetizar o fim do governo fascista.” Para um exemplo, ver: CAMPBELL, Ian L. *The Addis Ababa Massacre: Italy's National Shame*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

¹³ [NT] Tradução do acrônimo em inglês UNWCC – *United Nations War Crimes Commission*.

¹⁴ Os outros eram: Pietro Badoglio, Rodolfo Graziani, Alessandro Lessona, Guido Cortese, Guglielmo Nasi, Alessandro Pirzio Biroli, Carlo Geloso, Sebastiano Gallina e Ruggero Tracchia. Ver: PANKHURST, Richard. *Italian Fascist War Crimes in Ethiopia*. *Northeast African Studies*, v. 6, n. 1-2, p. 83-140, 1999b.

¹⁵ LORENZI, James de. *The Orientalist on Trial: Enrico Cerulli and the United Nations War Crimes Commission*. *Northeast African Studies*, v. 18, n. 1-2, p. 165-200, 2018.

¹⁶ Segundo Pankhurst (1999, p. 137): “Os líderes europeus do pós-Segunda Guerra Mundial, por sua vez, estavam [...] despreparados para ver seus conterrâneos serem punidos por crimes contra não-europeus meia década antes, e preferiram um erro judiciário. Segundo Lorenzi (2018, p. 189): “Durante seus cinco anos de atividade, a Comissão [UNWCC] favoreceu consistentemente a Itália em detrimento da Etiópia por razões de conveniência política”.

¹⁷ LORENZI, James de. *The Orientalist on Trial: Enrico Cerulli and the United Nations War Crimes Commission*. *Northeast African Studies*, v. 18, n. 1-2, p. 165-200, 2018.

¹⁸ LORENZI, James de. *The Orientalist on Trial: Enrico Cerulli and the United Nations War Crimes Commission*. *Northeast African Studies*, v. 18, n. 1-2, p. 165-200, 2018.

Em reconhecimento à importância de seus estudos, Cerulli tornou-se membro e, posteriormente, foi eleito presidente (1973-1976) da *Accademia Nazionale dei Lincei*, a mais prestigiosa academia italiana. Em 1959, ele organizou na Academia uma memorável conferência internacional de estudos etíopes¹⁹.

Cerulli é descrito como tendo uma vida dupla nas duas funções de acadêmico e alto funcionário do Estado²⁰. Se ele tivesse sido levado à justiça, teríamos descoberto até que ponto sua segunda vida foi trespassada por crimes de guerra²¹.

2 A AQUISIÇÃO E A DOAÇÃO DOS MANUSCRITOS “CERULLI”

O Tratado de Paz de 1947²² com a Itália, mencionado acima, estabelece, entre outros aspectos, que:

No prazo de dezoito meses a partir da data entrada em vigor do presente Tratado, A Itália restituirá todas as obras de arte, todos os objetos religiosos, arquivos e objetos de valor histórico, pertencentes à Etiópia ou aos seus nacionais, e transportados da à Etiópia para a Itália, depois de 3 de outubro de 1935²³.

Notavelmente, no caso da Etiópia, a aplicação do Tratado de Paz antecede a Segunda Guerra Mundial e corresponde ao dia em que a Itália iniciou a agressão contra a Etiópia:

É fixada em 3 de outubro de 1935 a data, a partir da qual se tornarão aplicáveis as disposições do presente Tratado, no que concerne a todas as medidas ou fatos de qualquer natureza que acarretam a responsabilidades da Itália ou de nacionais italianos, com relação à Etiópia²⁴.

Devido à forte resistência do povo etíope contra a invasão italiana, os redatores do Tratado consideraram o estado de guerra, internacional ou interno, como contínuo durante o

¹⁹ Para os trabalhos, ver: ACCADEMIA NAZIONALE DEI LINCEI (Itália). *Atti del Convegno internazionale di studi Etiopici*. Roma: Accademia nazionale dei Lincei, 1960.

²⁰ Ver: VIDA, Giorgio Levo Della. Omaggio ad Enrico Cerulli. *Oriente Moderno*, v. 43, p. 795-798, 1963. Na página 796, o autor faz o comentário irônico de que Cerulli cuidadosamente ocultou de seus superiores sua reputação acadêmica, que certamente a teriam considerado motivo de censura.

²¹ Em um texto escrito no período pós-guerra, Cerulli (1958a, p. 1551) parece buscar justificar as “atrocidades” coloniais e o uso da força como um meio necessário para manter a dominação sobre territórios e povos estrangeiros distantes. (“Per afirmar e mantenere saldamente in ogni circostanza il proprio dominio su terre e genti tanto estranee e lontane, la forza è necessaria”: *ibid.*, p. 1553). No entanto, as considerações de Cerulli são de caráter genérico e não se aplicam ao seu caso particular. Ver: CERULLI, Enrico. *La fine del colonialismo*. Sansoni: Florença, 1958a.

²² [NT]: Adotamos a tradução oficial brasileira com a grafia do português da época para o referido tratado, cujo teor o Brasil foi signatário, de acordo com a redação do Decreto Legislativo n. 14, publicado no Diário do Congresso Nacional em 14 de agosto de 1948. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1940-1949/decretolegislativo-14-13-agosto-1948-376216-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 11 março 2025.

²³ *Ibid.* Artigo 37.

²⁴ *Ibid.* Artigo 38.

período entre 3 de outubro de 1935 e 5 de maio de 1941, quando o imperador Haile Selassie restabeleceu o poder em Adis Abeba com o apoio do exército britânico.

A obrigação estabelecida no Artigo 37 é clara em seu conteúdo: todos os bens culturais removidos da Etiópia a partir da data assinalada, por quaisquer motivos, pelo Estado italiano ou por seus cidadãos, deveriam ser devolvidos à Etiópia até 16 de março de 1949²⁵. A questão das modalidades de aquisição, em particular se a propriedade foi adquirida de boa-fé ou não, é irrelevante. Alguns detalhes que conhecemos a partir das negociações – em especial, que a Etiópia solicitou o acréscimo da palavra “arquivos” no artigo 37, que a Etiópia fracassou em sua tentativa de incluir uma disposição adicional segundo a qual a Itália seria obrigada a compensar a Etiópia por todos os objetos que não pudessem ser restaurados ou tivessem sido danificados²⁶ e que a Itália não obteve sucesso em exceção para objetos que haviam sido removidos da Etiópia em decorrência de escavações arqueológicas e missões científicas²⁷ – não alteram o significado substantivo da disposição.

De fato, a Itália restituiu vários desses bens culturais removidos da Etiópia durante a ocupação, embora não todos²⁸, incluindo o Obelisco de Axum, devolvido em abril de 2005²⁹ (mais de 56 anos após o prazo prescricional!³⁰).

Voltando aos manuscritos Cerulli, não sabemos quando ele os adquiriu, em particular se isso ocorreu antes de 3 de outubro de 1935 – quando ele era o adido cultural em Adis Abeba – ou depois dessa data – quando ele era vice-governador da Etiópia e governador de duas províncias. De qualquer forma, sabemos que ele adquiriu bens culturais após a data crítica, tanto para o Estado quanto em seu próprio nome, conforme relatado em uma nota informativa na revista *Annali dell’Africa Italiana*, publicada pelo Ministério da África italiana: “*Il 1° Settembre [1938] S. E. [= Sua Eccellenza] Cerulli è tornato a visitare la I Mostra d’arte Coloniale, procedendo a numerosi acquisti per conto del Governo Generale, del Museo Coloniale di Roma e suo personale*”^{31 32}.

Também permanece incerta a forma como Cerulli adquiriu os manuscritos, se por meio de transações comerciais convencionais, sob ameaça ou sob coação, ou uma combinação des-

²⁵ O Tratado de Paz entrou em vigor em 16 de setembro de 1947.

²⁶ Isso não diminui o fato de que, segundo as costumes internacionais sobre responsabilidade estatal, há uma obrigação da Itália pagar uma indenização à Etiópia, caso haja uma obrigação de devolver os manuscritos Cerulli da Itália à Etiópia, de acordo com o Art. 37 do Tratado de Paz, e se tal obrigação não puder ser cumprida porque os manuscritos estão atualmente sob a guarda de outro Estado.

²⁷ Ver: VEDOVATO, Giuseppe. *Il trattato di pace con l’Italia*. Florença, [s.e.], 1971, p. 76.

²⁸ Para o caso dos dois aviões não devolvidos à Etiópia (um deles é o primeiro avião fabricado na África). Ver: MAGNANI, Alberto. Gli aeroplani del Negus – L’aviazione etiopica 1929-1936. I *Sentieri della Ricerca*, n. 9-10, p. 305-316, 2009.

²⁹ Ver: SCOVAZZI, Tullio. Diviser c’est Détruire: Ethical Principles and Legal Rules in the Field of Return of Cultural Property. *Rivista di Diritto Internazionale*, n. 2, p. 341-395, 2011.

³⁰ É preferível não mencionar todas as justificativas duvidosas e infantis apresentadas no passado por círculos públicos e privados italianos para evitar o retorno do obelisco. Ver: PANKHURST, Richard. Ethiopia, the Axum Obelisk, and the Return of Africa’s Cultural Heritage. *African Affairs*, v. 98, n. 391, p. 229-239, p. 1999a.

³¹ [NT] Tradução livre da citação em italiano: “No dia 1º de setembro de 1938, S. E. Cerulli visitou novamente a I Mostra d’Arte Colonial, realizando inúmeras compras para o Governo Geral, o Museu Colonial de Roma e para si mesmo.”

³² *Annali dell’Africa Italiana* (1938, p. 1376). No mesmo periódico, ele escreveu dois artigos eruditos: um sobre a poesia etíope e outro sobre a colonização de uma província. São, respectivamente: “Poesie di guerra e d’amore dei Galla nell’A.O.I.”, *ibid.*, 1942, p. 115 e “La colonizzazione dell’Harar”, *ibid.*, 1943, p. 63.

ses fatores. É provável que nunca tenhamos acesso a essa informação. Entretanto, não é necessário, de fato, estabelecer que a aquisição foi resultado de ameaças ou coação para solicitar a devolução dos manuscritos.

Isso porque, como já foi observado, o artigo 37 do Tratado de Paz não faz qualquer distinção com base na forma como os bens culturais foram adquiridos e removidos: ele simplesmente estabelece uma data-limite; e porque a própria Itália apresentou com sucesso o argumento de que os bens culturais removidos pela Alemanha mesmo antes de 3 de setembro de 1943 – que é a data estabelecida pelo Tratado de Paz³³ aplicável, correspondente ao início da ocupação militar alemã de partes substanciais do território italiano – deveriam ser devolvidos à Itália, quando a aquisição pela Alemanha ou por cidadãos alemães foi efetuada por ilegalidades ou abusos, sem necessidade de considerar a questão de ameaça ou coação.

Um exemplo famoso é o Discóbolo, uma obra do escultor grego Míron (que viveu entre 480 e 440 a.C.). Após sua venda comercial em 1937 pela família Lancellotti ao *Reich* alemão, foi exportado da Itália em 1938, quando o ministro italiano das Relações Exteriores, Galeazzo Ciano, diante do interesse pessoal demonstrado pelo chanceler alemão Adolf Hitler, pressionou arbitrariamente para suspender a proibição de exportação emitida pelo Ministério da Educação Nacional. Depois da Segunda Guerra Mundial, o Discóbolo foi devolvido da Alemanha para a Itália, onde foi confiscado e adquirido pelo patrimônio cultural público.³⁴

Imagem 1

Cópia romana do Discóbolo perdido de Míron



³³ “Os bens identificáveis do estado e dos nacionais italianos que as forças armadas ou as autoridades alemãs tenham retirado, por força ou constrangimento, do território italiano e transportado para a Alemanha, depois do dia 3 de setembro de 1943, serão sujeitos à restituição” (Artigo 77, parágrafo 2).

³⁴ Os documentos referentes à venda do Discóbolo estão reproduzidos em: SIVIERO, Rodolfo. *Seconda mostra nazionale delle opere d'arte recuperate in Germania*. Sansoni: Florença, 1950. A escultura está em exposição no Museo Nazionale Romano, em Roma.

Fonte: Wikimedia Commons Q133732 (s.d.)³⁵.

Parece razoável argumentar que se pode presumir que um vice-governador de um território sujeito à dominação colonial tenha se aproveitado de sua posição oficial privilegiada ao adquirir bens culturais e removê-los do território. Em outras palavras, a situação em si mostra a exploração da fraqueza de um território para obter uma vantagem cultural em outro lugar.

Um fator complicador no caso Cerulli é que os manuscritos agora estão guardados em território de outro Estado, o Vaticano. A publicação do inventário nos informa que Cerulli doou sua coleção à Biblioteca Apostólica Vaticana em 1954, ou seja, após a entrada em vigor do Tratado de Paz³⁶. Além de ser um ato de liberalidade, pode-se questionar se a doação foi concebida especificamente para impedir a aplicação do artigo 37 do Tratado de Paz, já que a Cidade-Estado do Vaticano não é signatária deste tratado? Até o momento, não se pode dar uma resposta definitiva a esta questão. Sabemos que, após a doação, o próprio Cerulli consultava frequentemente “seus” manuscritos na biblioteca, bem como elaborou pessoalmente o seu inventário.³⁷

De qualquer forma, uma doação só pode ocorrer se for aceita pelo donatário. Mesmo que o Vaticano seja um terceiro interessado, o fato de o artigo 37 do Tratado de Paz obrigar a Itália a devolver as obras de arte à Etiópia e o fato de Cerulli ter sido um ex-vice-governador da África Oriental italiana não poderiam ser ignorados pelo Vaticano que poderia ter se recusado a receber a doação.

Nesse sentido, há um precedente relevante. Em 1816, o Papa Pio VII, à época chefe do Estado Pontifício, concordou em devolver à Biblioteca Palatina em Heidelberg vários manuscritos alemães que haviam sido saqueados durante a guerra, em 1622, por Maximiliano, Duque da Baviera, e doados, em 1623, ao Papa Gregório XV, que os confiou à Biblioteca Apostólica Vaticana³⁸. Por motivos de coerência, foi quase impossível para o Papa resistir ao pedido de devolução dos manuscritos feito pelo príncipe Metternich, em nome da Áustria, e pelo príncipe Hardenberg, em nome da Prússia, ambos agindo em favor da cultura germânica³⁹. A Áustria e a Prússia (juntamente com a Grã-Bretanha) tinham acabado de apoiar a missão a Paris do escultor Antonio Canova, enviado pelo Papa para recuperar para Roma os objetos culturais anteriormente saqueados e removidos para a França, pelo derrotado Napoleão.

³⁵ [NT] Optamos por inserir uma imagem da escultura para ilustrar o caso descrito pelo autor. A fotografia encontra-se sob licença aberta na página Wikimedia Commons com a seguinte legenda em francês: “‘Discobole Lancelotti’, copie romaine, vers [[120|120 ap. J.-C.]]”. Disponível em: https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Discobolus_in_National_Roman_Museum_Palazzo_Massimo_alle_Terme.JPG. Acesso em: 01 abr. 2025.

³⁶ Segundo Raineri (2009, p. 8) “O embaixador Enrico Cerulli doou sua coleção pessoal de manuscritos etíopes para a Biblioteca Apostólica Vaticana em 1954. O fundo era constituído por 325 itens. [...] A data da doação pode ser deduzida indiretamente a partir de *L’attività della Santa Sede nel 1954*, onde, relativamente aos códices da Biblioteca Apostólica, se pode ler que, no mesmo ano, no mesmo ano, ‘o fundo dos manuscritos foi aumentado com compras e doações, entre as quais se destacam 843 dramas populares persas, 300 códices etíopes e 9 turcos’”.

³⁷ *Ibid.*, p. 10: “O próprio doador elaborou, por conta própria, o inventário do acervo em fichas ou em um caderno, e consultou os códices da ‘sua’ coleção 254 vezes entre 13 de fevereiro de 1957 e 9 de outubro de 1972”.

³⁸ Ver também os relevantes documentos de: BASTGEN, Hubert. *Vatikanische Dokumente zur Herausgabe der Codices an die Heidelberger Universität im Jahre 1816. Neue Heidelberger Jahrbücher*, p. 52-99, 1929.

³⁹ Naquela época, Heidelberg estava localizada no estado de Baden.

A Áustria e a Prússia basearam seus pedidos em dois fundamentos principais. O primeiro era o argumento jurídico de que a aquisição original era um ato ilegal que não poderia ser corrigido com o passar do tempo, ou seja, não poderia gerar uma prescrição aquisitiva:

Il lui [= Prince Metternich] serait facile d'entrer dans la discussion des titres qui justifient la demande de l'université d'Heidelberg, de s'étendre sur l'injustice de l'acte hostile qui déplaça la propriété particulière d'un établissement entièrement étranger à la guerre, d'examiner si le laps de temps pouvait rendre légitime une possession, qui ne l'était point dans son origine^{40 41}.

O segundo argumento foi a necessidade de natureza cultural em garantir que textos únicos de importância fundamental para o estudo das origens das línguas germânicas fossem devolvidos ao país ao qual estavam diretamente vinculados: *"Le Soussigné [Prince Metternich] se borne seulement à observer [...] qu'il serait de la plus grande importance, même pour l'étude de la langue, de rendre à l'Allemagne ces monuments précieux de son ancienne littérature"*⁴².

Por fim, o Papa concordou em devolver 847 manuscritos alemães a Heidelberg. Entretanto, de acordo com Bastgen⁴⁴, ele reteve 1.954 manuscritos em latim, 393 em grego e 278 em hebraico, que também haviam sido saqueados em 1622 da Biblioteca Palatina e doados a ele, mas que não estavam relacionados à cultura alemã. Ele também concordou em doar à Biblioteca Palatina cinco manuscritos adicionais que não haviam sido saqueados, mas que eram de grande interesse para a biblioteca: a saber, quatro manuscritos em latim sobre a história da Universidade de Heidelberg e o *Otfridi Monachi Versio Quatuor Evangeliorum*, uma paráfrase dos Evangelhos, escrita em alemão antigo.

Considerando que, por razões culturais, os manuscritos alemães estão melhor protegidos em Heidelberg do que em Roma, onde os manuscritos etíopes estariam melhor protegidos, se aplicássemos o mesmo raciocínio?

3 RETENÇÃO OU DEVOLUÇÃO?

É hora de abordar brevemente a questão de saber se, segundo o direito internacional, os Manuscritos Cerulli devem ser devolvidos do Vaticano à Etiópia.

Antes de tudo, deve-se observar que não parece que a Etiópia tenha solicitado a devolução dos manuscritos. Em resposta a uma pergunta feita pelo autor, o Prefeito da Biblioteca

⁴⁰ [NT] Tradução livre da citação em francês: "Ele [=Príncipe Metternich] poderia facilmente argumentar sobre os títulos que justificam a solicitação da Universidade de Heidelberg, explicando a injustiça do ato hostil que transferiu a propriedade particular de um estabelecimento inteiramente estrangeiro à guerra e examinar se o tempo poderia tornar legítima uma posse que não o era em sua origem."

⁴¹ Carta de 26 de outubro de 1815 de Metternich ao cardeal Consalvi, o Secretário de Estado do Papa.

⁴² [NT] Tradução livre da citação em francês: "O signatário [Príncipe Metternich] limita-se a observar que seria de extrema importância, inclusive para o estudo da língua, devolver à Alemanha esses valiosos monumentos de sua antiga literatura."

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Acima na vigésima oitava nota.

Apostólica Vaticana respondeu que não recebeu nenhum pedido do governo etíope para a devolução de nenhum material⁴⁵.

É verdade que a associação *Global Alliance for Justice – The Ethiopian Cause* (GAJEC) realizou uma conferência em 2015 em Washington, nos Estados Unidos, que resultou em uma declaração pugnando por “justiça pelos crimes de guerra cometidos pela Itália fascista contra a Etiópia entre 1936 e 1941”. Entre outras coisas, a declaração, observando que “reparações adequadas e restituição de bens são devidamente exigidas ao governo italiano, ao Vaticano e outros colaboradores [do fascismo]”, conclamou:

[...] the Vatican, in particular His Holiness Pope Francis I, to undertake the Christian duty of offering a formal and a public apology to the Ethiopian people for its complicity with Fascist Italy as well as restituting to Ethiopia the looted properties including over 500 manuscripts currently in the custody of the Vatican⁴⁶.

No entanto, uma apelação interposta por uma associação privada é diferente de um pedido entre Estados, que é a única forma de pedido relevante para os fins do direito internacional. É necessária uma solicitação oficial, principalmente porque a Cidade do Vaticano não está vinculada ao Tratado de Paz entre as Potências Aliadas e a Itália.

Deve-se acrescentar que a questão da restituição de bens culturais removidos está longe de ser resolvida sob normas costumeiras do direito internacional. Embora não seja possível detalhar o assunto aqui por razões de espaço⁴⁷, parece que uma tendência evolutiva está se desenvolvendo no direito internacional consuetudinário atual, segundo a qual os pedidos relacionados ao deslocamento de bens culturais devem ser tratados de modo a alcançar uma solução equitativa, levando em consideração todos as circunstâncias relevantes, como:

- os fatores que cercam a saída do bem cultural de seu Estado de origem, em particular a legalidade da saída segundo a lei do Estado de origem ou a injustiça substancial da saída; nesse caso específico, a moralidade também tem um papel a desempenhar, e a exploração da fraqueza de um território sob dominação colonial para obter uma vantagem cultural parece ir de encontro aos princípios éticos;
- a importância do objeto cultural para o Estado de origem, inclusive seu significado simbólico;
- o dano à integridade do contexto cultural do qual o objeto cultural foi retirado;
- o tempo decorrido desde que o bem cultural foi retirado do Estado de origem;
- o respeito e o cuidado usado para preservar o objeto cultural no Estado detentor;

⁴⁵ E-mail em 1º de agosto de 2023, em arquivo com o autor.

⁴⁶ [NT] Tradução livre da citação em inglês: “Ao Vaticano, em particular Sua Santidade o Papa Francisco I, cabe o dever cristão de oferecer um pedido de desculpas formal e público ao povo etíope pela cumplicidade do Estado Pontifício com a Itália fascista, bem como restituir à Etiópia os bens saqueados, incluindo mais de 500 manuscritos atualmente sob custódia do Vaticano.”

⁴⁷ Alguns desenvolvimentos podem ser encontrados em Scovazzi, acima, na vigésima primeira nota. Para uma análise mais completa, sobre a questão dos deslocamentos de bens culturais, ver: FRIGO, Manlio. *Circulation de biens culturels, détermination de la loi applicable et méthodes de règlement des litiges*. Leiden: Brill, 2016. Ver: FARIA, José-Angelo Estrella. *La protection des biens culturels d'intérêt religieux en droit international public et en droit international privé*. Leiden: Brill, 2021.

- o compromisso do Estado de origem de cuidar da preservação do bem cultural caso ele seja devolvido a ele.

Nesse sentido, os participantes da Conferência Internacional de Especialistas sobre a Restituição de Bens Culturais, realizada em Seul em 2012, recomendaram, entre outros aspectos, que:

Os Estados discutem casos relacionados à devolução de objetos culturais não regidos por instrumentos legais internacionais, buscando soluções equitativas que considerem todos os aspectos relevantes e específicos, como a integridade do contexto cultural, a relevância do objeto para os Estados envolvidos, os aspectos éticos da sua remoção, o tratamento dado pelo possuidor atual e o compromisso dos Estados de origem com a segurança e a proteção dos objetos. [...]

Ao tentarem alcançar soluções equitativas, os Estados devem considerar meios de cooperação com outros Estados, entidades e indivíduos por meio da política cultural em geral, incluindo empréstimos, exposições temporárias, atividades de escavação conjuntas, pesquisa e restauração.

As Diretrizes Operacionais para a Implementação Convenção sobre as Medidas a serem Adotadas para Proibir e Impedir a Importação, Exportação e Circulação de Propriedade Ilícitas dos Bens Culturais, que foram adotadas por consenso em 2015 pela Reunião dos Estados Partes da Convenção⁴⁸, estabelecem o seguinte:

Quanto a itens de propriedade cultural ilegalmente exportados, removidos ou roubados e importados para outro Estado Parte antes da entrada em vigor da Convenção, os Estados Partes são encorajados a encontrar uma solução mutuamente aceitável, de acordo com o espírito e os princípios da Convenção, levando em consideração todos os aspectos relevantes.

Em conclusão, parece inegável que a tendência atual do direito internacional costumeiro é a de favorecer o retorno de objetos culturais a seu Estado de origem, se certas condições forem atendidas, principalmente quando a remoção ocorreu em condições de injustiça substantiva. Guerra e dominação colonial, mesmo que atribuíveis a um terceiro Estado, são condições típicas de injustiça substantiva da qual um benefício cultural não deve ser obtido. Além das complexidades jurídicas envolvidas nos pedidos de repatriação, espera-se que o Vaticano, que é uma grande potência nas áreas de moralidade e cultura, também deveria levar em conta os aspectos extrajurídicos do caso⁴⁹.

⁴⁸ Ver: SCOVAZZI, Tullio; FERRI, Paolo Giorgio. Recent Developments in the Fight against the Illicit Export of Archaeological Objects: The Operational Guidelines to the 1970 UNESCO Convention. *Art, Antiquity and Law*, v. 20, n. 3, p. 195-228, 2015.

⁴⁹ Ver: HERMAN, Alexander; GALLO, Chiara. Vatican Rules: Cultural Collections, Inalienability and the Power of the Pope. *Art, Antiquity and Law*, v. 29, n. 2, p. 101-114, 2024.

REFERÊNCIAS

ACCADEMIA NAZIONALE DEI LINCEI (Itália). *Atti del Convegno internazionale di studi Etiopici*. Roma: Accademia nazionale dei Lincei, 1960.

BASTGEN, Hubert. Vatikanische Dokumente zur Herausgabe der Codices an die Heidelberger Universität im Jahre 1816. *Neue Heidelberger Jahrbücher*, p. 52-99, 1929.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 14, de 14 de agosto de 1948. Aprova o Tratado de Paz celebrado em Paris a 10 de fevereiro de 1947, entre a Itália e os Estados Unidos, a China, França, o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1940-1949/decretolegislativo-14-13-agosto-1948-376216-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 11 mar. 2025.

CAMPBELL, Ian L. *The Addis Ababa Massacre: Italy's National Shame*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

CERULLI, Enrico. *Inventario dei manoscritti Cerulli etiopici*. Cidade do Vaticano: Biblioteca Apostólica Vaticana, 2004.

CERULLI, Enrico. La colonizzazione dell'Harar. *Annali dell'Africa Italiana*, ano 5, n. 2, 1943.

CERULLI, Enrico. *La fine del colonialismo*. Sansoni: Florença, 1958a.

CERULLI, Enrico. Poesie di guerra e d'amore dei Galla nell'A.O.I. *Annali dell'Africa Italiana*, ano 1, n. 1, 1938.

CERULLI, Enrico. *Storia della letteratura etiopica*. Milão: Nuova Accademia editrice, 1958b.

CERULLI, Enrico. *Studi etiopici: Il linguaggio dei Giangerò ed alcune lingue sidama dell'Omo (basketo, ciara, ziassiè)*. Roma: Istituto per l'Oriente, 1938. v. 3.

CERULLI, Enrico. *Studi etiopici: La lingua caffina*. Roma: Istituto per l'Oriente, 1951. v. 4.

CERULLI, Enrico. *Studi etiopici: La lingua e la storia dei Sidamo*. Roma: Istituto per l'Oriente, 1938. v. 2.

CERULLI, Enrico. *Studi etiopici: La lingua e la storia di Harar*. Roma: Istituto per l'Oriente, 1936. v. 1.

FARIA, José-Angelo Estrella. *La protection des biens culturels d'intérêt religieux en droit international public et en droit international privé*. Leiden: Brill, 2021.

FRIGO, Manlio. *Circulation de biens culturels, détermination de la loi applicable et méthodes de règlement des litiges*. Leiden: Brill, 2016.

HERMAN, Alexander; GALLO, Chiara. Vatican Rules: Cultural Collections, Inalienability and the Power of the Pope. *Art, Antiquity and Law*, v. 29, n. 2, p. 101-114, 2024.

LORENZI, James de. The Orientalist on Trial: Enrico Cerulli and the United Nations War Crimes Commission. *Northeast African Studies*, v. 18, n. 1-2, p. 165-200, 2018.

MAGNANI, Alberto. Gli aeroplani del Negus – L'aviazione etiopica 1929-1936. *I Sentieri della Ricerca*, n. 9-10, p. 305-316, 2009.

MONZALI, Luciano. *Il colonialismo italiano nella politica estera italiana 1879-1949 – Momenti e protagonisti*. Roma: Società Editrice Dante Alighieri, 2017.

PANKHURST, Richard. Ethiopia, the Axum Obelisk, and the Return of Africa's Cultural Heritage. *African Affairs*, v. 98, n. 391, p. 229-239, 1999a.

PANKHURST, Richard. Italian Fascist War Crimes in Ethiopia. *Northeast African Studies*, v. 6, n. 1-2, p. 83-140, 1999b.

RAINERI, Osvaldo. *Inventario dei manoscritti Cerulli etiopici*: introduzione, integrazioni e indici a cura di Osvaldo Raineri. Cidade do Vaticano: Biblioteca Apostólica Vaticana, 2004.

SCOVAZZI, Tullio; FERRI, Paolo Giorgio. Recent Developments in the Fight against the Illicit Export of Archaeological Objects: The Operational Guidelines to the 1970 UNESCO Convention. *Art, Antiquity and Law*, p. 195-228, v. 20, n. 3, 2015.

SCOVAZZI, Tullio. Diviser c'est Détruire: Ethical Principles and Legal Rules in the Field of Return of Cultural Property. *Rivista di Diritto Internazionale*, n. 2, p. 341-395, 2011.

SIVIERO, Rodolfo. *Seconda mostra nazionale delle opere d'arte recuperate in Germania*. Sansoni: Florença, 1950.

VEDOVATO, Giuseppe. *Il trattato di pace con l'Italia*. Florença, [s.e.], 1971.

VIDA, Giorgio Levo Della. Omaggio ad Enrico Cerulli. *Oriente Moderno*, v. 43, p. 795-798, 1963.

WIKIMEDIA COMMONS. *Discobolus in National Roman Museum Palazzo Massimo alle Terme*. 2015. Disponível em: https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Discobolus_in_National_Roman_Museum_Palazzo_Massimo_alle_Terme.JPG. Acesso em: 01 abr. 2025.



POVOS INDÍGENAS, JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E MARCO TEMPORAL EM MATO GROSSO DO SUL

INDIGENOUS PEOPLES, TRANSITIONAL JUSTICE, AND THE "TIME FRAME" THESIS IN MATO GROSSO DO SUL

RAFAEL LAMERA GUESTA CABRAL* | ALESSANDRO MARTINS PRADO**

RESUMO

O artigo analisa a repressão política contra os povos indígenas de Mato Grosso do Sul, a partir dos estudos de Justiça de Transição e dos impactos da tese do marco temporal sobre os processos de demarcação de terras dos povos nativos. O objetivo central foi demonstrar como a transição democrática no Brasil negligenciou os direitos indígenas, perpetuando violências institucionais e omissões estatais, especialmente no campo fundiário. A metodologia adotada foi uma análise documental e qualitativa, com base em fontes oficiais, como os relatórios da Comissão Nacional da Verdade (CNV), do Conselho Indigenista Missionário (CIMI), ações judiciais do Ministério Público Federal e documentos internacionais de direitos humanos. Os resultados apontam que Mato Grosso do Sul concentra os maiores índices de violência letal e suicídios entre indígenas, revelando um legado de repressão estatal agravado durante a ditadura militar e não superado após 1988. O estudo conclui que a tese do marco temporal representa um entrave à efetivação dos direitos originários e que a ausência de mecanismos específicos de Justiça de Transição para os povos indígenas contribui para a continuidade dos conflitos. A demarcação de terras é apresentada como medida fundamental de reparação histórica e garantia de justiça social.

Palavras-chave: Indígenas; Justiça de Transição; Marco Temporal; Repressão; Mato Grosso do Sul.

ABSTRACT

This article examines the political repression faced by Indigenous peoples in the Brazilian state of Mato Grosso do Sul, through the lens of transitional justice studies and the legal controversy surrounding the timeframe thesis for land demarcation. The central objective is to demonstrate how Brazil's democratic transition failed to include Indigenous peoples in its reparation mechanisms, perpetuating institutional violence and state omission, particularly in territorial matters. The methodology employed consists of qualitative and documentary analysis, drawing on official reports from the National Truth Commission (CNV), the Indigenist Missionary Council (CIMI), legal actions by the Federal Prosecutor's Office, and documents issued by international human rights bodies. The findings reveal that Mato Grosso do Sul has the highest rates of Indigenous homicides and suicides in the country, a legacy of state violence intensified during the military dictatorship and unresolved since the 1988 Constitution. The article argues that the timeframe thesis poses a legal barrier to the enforcement of original land rights and that the absence of transitional justice mechanisms specific to Indigenous populations contributes to ongoing conflict. The recognition and demarcation of traditional lands are presented as essential measures for historical reparation and social justice.

Keywords: Indigenous peoples; Transitional Justice; Timeframe Thesis; Repression; Mato Grosso do Sul

* Doutor em Direito pela Universidade de Brasília, UnB. Professor Associado de História do Direito, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, UFRSA.
rafaelcabral@ufersa.edu.br

** Doutorando em Direito pelo Instituto Toledo de Ensino – ITE Bauru. Professor efetivo da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, UEMS, Unidade Universitária de Paranaíba.
alessandrocenteuems@gmail.com

Recebido em 10-4-2025 | Aprovado em 10-4-2025¹

¹ Artigo convidado. Originalmente, a primeira versão desta pesquisa foi publicada em formato de capítulo de livro, na obra organizada por MARTINS, Argemiro Cardoso; ROESLER, Claudia Rosane; PAIXÃO, Cristiano. *Os tempos do Direito: diacronias, crise e historicidade*. 1ed. São Paulo: Max Limonad, 2021, v. 1, p. 183-218. A atual versão é



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E OS DADOS DO RELATÓRIO DA COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE – CNV PARA OS POVOS INDÍGENAS; 2 OS INDÍGENAS DE MATO GROSSO DO SUL E OS DESAFIOS DO SISTEMA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS; 2.1 OS INDÍGENAS SUL-MATO-GROSSENSES ENTRE O SPI E A POLÍTICA DE CONFINAMENTO (1915-1968); 2.2 1968: A NOVA POLÍTICA INDIGENISTA NA DITADURA MILITAR; 3 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO PARA OS POVOS INDÍGENAS? A REPERCUSSÃO DA TESE DO MARCO TEMPORAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E NO CONGRESSO NACIONAL; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o Estado de Mato Grosso do Sul tem vivenciado um aumento expressivo nos conflitos agrários envolvendo comunidades indígenas e proprietários rurais. As reportagens divulgadas pela imprensa e os registros das instituições judiciais locais retratam um ambiente de tensão permanente, revelando, de forma implícita, o enfraquecimento do sistema de proteção aos direitos dos povos originários.

Um dos episódios mais emblemáticos desse cenário ocorreu em 2016, quando integrantes da comunidade Tey Kuê, pertencente às etnias Guarani-Kaiowá, retomaram a posse da Fazenda Yvu, situada no município de Caarapó-MS. Em resposta, foram alvo de um ataque perpetrado por milícias armadas. O fato, amplamente noticiado e reconhecido como o Massacre de Caarapó, consistiu em uma ofensiva organizada por fazendeiros locais, com o apoio de pistoleiros e jagunços encapuzados. O grupo, utilizando retroescavadeiras e armamento pesado, promoveu a destruição do acampamento indígena e reprimiu violentamente a comunidade instalada na área².

Conforme os dados apurados pela força-tarefa Avá Guarani³, coordenada pelo Ministério Público Federal (MPF), a reocupação das terras ocorreu em 12 de junho de 2016, envolvendo entre 40 e 50 indígenas. Na ocasião, os fazendeiros comunicaram a ação à Polícia Federal, que se dirigiu ao local. Durante a vistoria, os agentes não encontraram reféns e ouviram dos indígenas que o proprietário da fazenda poderia retirar, no prazo de 24 horas, o gado e os demais bens. Sem a emissão de mandado judicial de reintegração de posse, os policiais deixaram o local e retornaram à cidade de Dourados-MS.

revisada e atualizada pelos autores, principalmente após a decisão do Supremo Tribunal Federal no caso da rejeição da tese do marco temporal (2023) e a reação do Congresso Nacional com a promulgação da Lei 14.701, de 20 de outubro de 2023.

² Um vídeo que registra parte do ataque realizado por milícias armadas contra os indígenas foi coletado pela Força-Tarefa do Ministério Público Federal e pode ser visualizado aqui: <https://www.youtube.com/watch?v=SGV0xUzTRag>.

³ A força-tarefa foi criada no ano de 2015, pelo então procurador-geral do MPF, Rodrigo Janot, com o objetivo de investigar as violações aos direitos indígenas em Mato Grosso do Sul. Após o trabalho investigativo, o MPF/MS noticiou, em 18 de agosto de 2016, que os fazendeiros envolvidos no ataque foram presos, com indícios de crimes de formação de milícia privada, homicídio, lesão corporal, constrangimento ilegal e dano qualificado (incêndio). Para maiores detalhes do relato, acessar: <http://www.mpf.mp.br/regiao3/sala-de-imprensa/noticias-r3/mpf-ms-fazendeiros-sao-presos-por-envolvimento-em-ataque-a-indigenas-em-caarapo-ms>.

Dois dias depois, em 14 de junho, o MPF registrou uma reação organizada por produtores rurais da região, que, insatisfeitos com a permanência dos indígenas, mobilizaram entre 200 e 300 pessoas. O grupo, fortemente armado com revólveres, espingardas e rojões, partiu em direção à comunidade com o objetivo de expulsá-la à força. Testemunhas relataram que aproximadamente 40 caminhonetes cercaram o território reocupado e, com o auxílio de uma pá carregadeira, os invasores iniciaram uma série de disparos contra os indígenas, além de destruírem pertences e estruturas do acampamento. Como consequência da ofensiva, um indígena foi morto e pelo menos uma dezena de pessoas ficou ferida por disparos de arma de fogo.

O Massacre de Caarapó inscreve-se na longa e violenta trajetória dos conflitos fundiários que envolvem os povos indígenas no Brasil. Mato Grosso do Sul, estado com a segunda maior população indígena do país, lidera os índices nacionais de homicídios contra indígenas. Essa realidade também repercute nos elevados índices de suicídio entre membros de diferentes etnias, evidenciando o impacto estrutural da violência e da exclusão sobre essas populações⁴
5.

O relatório "Violência contra os Povos Indígenas no Brasil – Dados de 2015", elaborado pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI), revela que os assassinatos ocorridos no Mato Grosso do Sul concentram-se, majoritariamente, na região de Dourados e Amambai, localizadas ao sul do Estado. Esses municípios respondem por 65% dos homicídios cometidos contra indígenas naquela unidade federativa. Em uma análise de maior amplitude, observa-se que, do total de 891 homicídios registrados contra povos indígenas no Brasil entre 2003 e 2015, 426 ocorreram em território sul-mato-grossense⁶, p. 79.

Os dados mais recentes apresentados no Relatório "Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil – Dados de 2023" revelam que os altos índices de violência persistem, diante dos poucos avanços na demarcação de terras e dos sucessivos ataques aos direitos dos povos indígenas. Atrás apenas de Roraima, que registrou 47 casos de assassinatos de indígenas em 2023, o estado de Mato Grosso do Sul contabilizou 43 homicídios⁷, concentrados majoritariamente na região sul do estado — ou seja, nas mesmas localidades já apontadas no relatório publicado em 2015.

⁴ Em reportagem de Rubens Valente (2017), do Jornal Folha de São Paulo (05/10/2017), a mortalidade entre crianças indígenas de até cinco anos de idade cresceu 18,5% no país e os suicídios entre os índios de todas as idades aumentaram 18% na comparação entre 2015 e 2016. Segundo Valente, o Ministério da Saúde divulgou que a taxa de suicídio entre indígenas no período 2011-2015, de 15,2 para cada grupo de 100 mil habitantes, é quase o triplo da taxa registrada entre os não indígenas, de 5,9/100 mil. O maior destaque ocorreu justamente em Mato Grosso do Sul que, em 2016, 20% dos 30 índios que se mataram no Estado tinham de cinco a 14 anos de idade. Segundo dados do CIMI, de 2000 a 2016, 782 indígenas cometeram suicídio em Mato Grosso do Sul.

⁵ Em 2023, o CIMI indicou que a taxa de suicídios entre indígenas no Mato Grosso do Sul é três vezes superior à média do país, com 24 casos a cada 100 mil habitantes. CIMI. Conselho Indigenista Missionário. *Taxa de suicídios entre indígenas no Mato Grosso do Sul é três vezes superior à média do País*. Disponível em: [https://cimi.org.br/2023/09/taxa-de-suicidios-entre-indigenas-no-mato-grosso-do-sul-e-tres-vezes-superior-a-media-do-pais/#:~:text=No%20Mato%20Grosso%20do%20Sul%2C%20ocorre-ram%2C%20em%20m%C3%A9dia%2C%2024,Cimi\)%2C%20referentes%20a%202022](https://cimi.org.br/2023/09/taxa-de-suicidios-entre-indigenas-no-mato-grosso-do-sul-e-tres-vezes-superior-a-media-do-pais/#:~:text=No%20Mato%20Grosso%20do%20Sul%2C%20ocorre-ram%2C%20em%20m%C3%A9dia%2C%2024,Cimi)%2C%20referentes%20a%202022). Acesso em: 12. Mai. 2025.

⁶ CIMI. Conselho Indigenista Missionário. *Relatório Violência contra os Povos Indígenas no Brasil – Dados de 2015*. 2015. Disponível em: <http://caci.cimi.org.br/dadosabertos/relatorios/cimi/2015.pdf>. Acesso em: 10. jan. 2018.

⁷ CIMI. *Relatório Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil – Dados de 2023*. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2024/07/relatorio-violencia-povos-indigenas-2023-cimi.pdf>. Acesso em: 12. mai. 2025.

Entre julho de 2024 e janeiro de 2025, diversos episódios de violência contra os povos indígenas Guarani e Kaiowá foram registrados no Mato Grosso do Sul, revelando uma grave escalada de conflitos agrários em áreas de retomada. Os dados colhidos a partir de reportagens locais e institucionais indicam ao menos três assassinatos de indígenas — entre eles, Neri Ramos da Silva e Fred, ambos da etnia Guarani Kaiowá —, além de 14 feridos, incluindo mulheres e crianças. Os casos ocorreram principalmente na Terra Indígena Nhanderu Marangatu, no município de Antônio João, e em áreas de retomada como Panambi-Lagoa Rica, em Douradina. A violência se manifesta de diferentes formas: ataques armados de fazendeiros contra indígenas, ferimentos causados por armas de fogo e balas de borracha durante operações da Polícia Militar, destruição de barracos, intimidações e ameaças constantes. Os episódios mais graves ocorreram entre agosto e setembro de 2024, com ataques organizados durante ações de retomada territorial⁸. As comunidades indígenas denunciam o uso desproporcional da força por parte de agentes de segurança pública e a ausência de medidas eficazes de proteção por parte do Estado.

Diante da gravidade dos fatos, o Governo Federal prorrogou, no início de 2025, a presença da Força Nacional por mais 90 dias nas áreas em conflito. A Funai passou a monitorar a situação em três estados (MS, PR e RS), e uma comitiva interministerial visitou os territórios afetados para dialogar com as lideranças e avaliar a implementação de políticas emergenciais. As lideranças Guarani e Kaiowá têm intensificado seus protestos em Brasília, clamando pelo fim da violência, pela demarcação de seus territórios tradicionais e pela responsabilização dos autores dos crimes. Além das mortes e feridos, há impactos severos sobre a vida comunitária: insegurança alimentar, medo constante, dificuldade de acesso a serviços básicos e paralisação das atividades tradicionais. As áreas de retomada seguem em estado de vulnerabilidade extrema, agravada pela morosidade do processo de regularização fundiária e pela pressão constante de setores do agronegócio.

⁸ Esses dados podem ser encontrados aqui: AGÊNCIA BRASIL. *Indígenas pedem fim da violência em Mato Grosso do Sul*. 8 ago. 2024. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2024-08/indigenas-pedem-fim-da-violencia-em-mato-grosso-do-sul>. Acesso em: 12 maio 2025; AGÊNCIA BRASIL. *Áreas de retomada guarani em MS enfrentam dificuldades e violência*. 21 set. 2024. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2024-09/areas-de-retomada-guarani-em-ms-enfrentam-dificuldades-e-violencia>. Acesso em: 12 maio 2025; AGÊNCIA BRASIL. *Comitiva federal visita áreas de conflitos indígenas em MS*. 25 jul. 2024. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2024-07/comitiva-federal-visita-areas-de-conflitos-indigenas-em-ms>. Acesso em: 12 maio 2025; CIMI – CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. *Guarani Kaiowá é assassinado na Terra Indígena Nhande Ru Marangatu*. 18 set. 2024. Disponível em: <https://cimi.org.br/2024/09/assassinato-nhande-ru-marangatu>. Acesso em: 12 maio 2025; FUNAI. *Funai adota providências e monitora conflitos envolvendo indígenas no Paraná, Mato Grosso do Sul e Rio Grande do Sul*. 29 jul. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br/assuntos/noticias/2024/funai-adota-providencias-e-monitora-conflitos-envolvendo-indigenas-no-parana-mato-grosso-do-sul-e-rio-grande-do-sul>. Acesso em: 12 maio 2025; G1 MATO GROSSO DO SUL. *Ministério da Justiça prorroga prazo e mantém Força Nacional por mais 90 dias em área de conflito em MS*. 14 jan. 2025. Disponível em: <https://g1.globo.com/ms/mato-grosso-do-sul/noticia/2025/01/14/ministerio-da-justica-prorroga-prazo-e-mantem-forca-nacional-por-mais-90-dias-em-area-de-conflito-em-ms.ghtml>. Acesso em: 12 maio 2025; G1 MATO GROSSO DO SUL. *O que se sabe sobre o conflito agrário entre fazendeiros e indígenas que deixou 11 feridos em MS*. 6 ago. 2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/ms/mato-grosso-do-sul/noticia/2024/08/06/o-que-se-sabe-sobre-o-conflito-agrario-entre-fazendeiros-e-indigenas-que-deixou-11-feridos-em-ms.ghtml>. Acesso em: 12 maio 2025; e MINISTÉRIO DOS POVOS INDÍGENAS. *Nota: Assassinato de indígena Guarani Kaiowá na TI Nhande Ru Marangatu*. 20 set. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/povosindigenas/pt-br/assuntos/noticias/2024/09-1/nota-assassinato-de-indigena-guarani-kaiowa-na-ti-nande-ru-marangatu>. Acesso em: 12 maio 2025.

Esses episódios evidenciam não apenas a fragilidade das garantias constitucionais dos povos indígenas, mas também a urgência de uma resposta institucional articulada, capaz de conter a violência, assegurar a integridade física e cultural dessas populações e avançar no reconhecimento e demarcação de suas terras tradicionais. Com uma média em ascensão dos casos de assassinatos de indígenas em todo o país, o Mato Grosso do Sul representa um dos maiores desafios ao sistema de proteção dos direitos dos povos originários.

A atuação estatal, marcada por ineficácia, tem falhado na promoção de soluções pacíficas para as demarcações de terras e no encerramento dos conflitos armados que atingem essas comunidades. Segundo dados mais recentes do CIMI, o envolvimento de policiais militares em milícias privadas investigadas pelas mortes dos indígenas guarda semelhanças com as violências registradas contra indígenas no Mato Grosso do Sul, onde forças policiais são acusadas de atuarem como escoltas privadas de fazendeiros, compartilhando informações e dando suporte a ataques de seguranças privados contra comunidades Guarani e Kaiowá⁹, p. 9.

Entendemos que os elevados índices de violência registrados nas últimas décadas não podem ser analisados de forma isolada. A repressão de cunho político, econômico, cultural e humanitário contra os povos indígenas constitui um fator estrutural relevante tanto para a compreensão da história do Brasil quanto para a análise dos ciclos desenvolvimentistas a partir da transição do século XIX para o XX. No Mato Grosso do Sul, a questão indígena está profundamente vinculada a esses processos, sendo representativa da complexidade histórica que os envolve.

Esse panorama é fruto de um longo processo histórico que pode ser identificado, entre outros aspectos: (i) nos limites institucionais e operacionais do extinto Serviço de Proteção aos Índios (SPI); (ii) nos ciclos de colonização e expansão territorial impulsionados pela política da "Marcha para o Oeste", promovida durante o governo Getúlio Vargas; (iii) no modelo de ocupação fundiária implementado no Mato Grosso do Sul; (iv) na atuação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), marcada por contradições e limites em sua função protetiva; (v) nas violações sistemáticas de direitos ocorridas durante o regime militar, especialmente com o uso de violência institucionalizada para a remoção e repressão de comunidades indígenas; e (vi) mais recentemente na inexistência de mecanismos efetivos de justiça de transição que reconheçam os danos causados pelas políticas de exceção aplicadas entre 1964 e 1985 aos povos indígenas, que foram completamente atacados com a Lei n. 14.701, de 20 de outubro de 2023¹⁰.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 representou um ponto de inflexão nas lutas indígenas por reconhecimento e proteção jurídica. Com a inclusão de um capítulo específico voltado aos povos indígenas, a nova ordem constitucional passou a reconhecer formalmente a existência e a legitimidade das organizações sociais, dos costumes, das línguas, das crenças e das tradições dessas comunidades. Além disso, foram reconhecidos os seus direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas, cabendo à União a responsabilidade de promover sua demarcação, bem como de protegê-las e assegurar o respeito a todos os bens ali existentes.

⁹ CIMI. Relatório Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil — Dados de 2023. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2024/07/relatorio-violencia-povos-indigenas-2023-cimi.pdf>. Acesso em: 12. mai. 2025.

¹⁰ Essa é a legislação que incorpora a tese do marco temporal de 05 de outubro de 1988 para o reconhecimento de terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas brasileiros.

A Constituição de 1988 representa, nesse contexto, um marco fundamental no processo de abertura política e de construção de mecanismos de justiça de transição voltados também aos povos indígenas, historicamente afetados pelas políticas de Estado implementadas durante os regimes autoritários, especialmente entre 1964 e 1985. Contudo, a efetivação do horizonte normativo inaugurado pela nova ordem constitucional tem enfrentado constantes retrocessos. Tais retrocessos não apenas violam comandos constitucionais, mas também perpetuam práticas historicamente lesivas aos povos indígenas, reiterando um sentimento de continuidade do passado autoritário, agora manifestado nos conflitos agrários, na violência sistêmica e na omissão estatal.

A presente pesquisa teve como objetivo analisar, sob a ótica dos fundamentos teóricos e jurídicos que estruturam a justiça de transição, os pontos de inflexão da questão indígena no Estado de Mato Grosso do Sul. A política desenvolvimentista conduzida pela ditadura militar impôs graves violações aos direitos humanos dos povos originários. De acordo com os dados da Comissão Nacional da Verdade (CNV), essas violações não podem ser qualificadas como isoladas ou eventuais. Ao contrário, apresentaram caráter sistêmico, derivando diretamente de políticas públicas estruturais e decisões estatais que tanto promoveram ações concretas quanto se omitiram diante das violações.

A persistente inércia dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário frente a essa agenda tem contribuído para a intensificação dos conflitos fundiários, o agravamento da violência e a continuidade de práticas de extermínio contra populações indígenas. A transição do regime autoritário para a democracia, portanto, mostrou-se insuficiente para engendrar uma justiça de transição que efetivamente incluísse os povos indígenas em sua centralidade e especificidade.

Para alcançar os objetivos propostos foram analisados diversos documentos de relevância nacional e internacional em cotejo com uma revisão bibliográfica. Entre eles, destacam-se: os textos do Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade¹¹, com ênfase no capítulo 5 – *Violações de Direitos Humanos dos Povos Indígenas*; os relatórios anuais e temáticos do Conselho Indigenista Missionário (CIMI); as ações civis públicas e ações penais promovidas pelo Ministério Público Federal no Estado de Mato Grosso do Sul; além dos relatórios e pareceres produzidos no âmbito do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, especialmente no contexto das Nações Unidas (ONU), da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e da Organização dos Estados Americanos (OEA). O método mais adequado para a análise dos documentos mencionados foi a análise documental crítica com abordagem qualitativa, associada à análise de conteúdo.

Os resultados da pesquisa foram organizados em três partes principais. Na primeira, foi sistematizado o estado da arte sobre a justiça de transição no Brasil, com ênfase na inclusão – ou ausência – dos povos indígenas nesse processo, a partir das evidências documentadas pela CNV. Na segunda parte, abordou-se a trajetória histórica e a configuração atual das violações de direitos enfrentadas pelas comunidades indígenas no Mato Grosso do Sul, evidenciando a permanência de práticas autoritárias e estruturais. Por fim, a terceira parte apresenta uma análise crítica e sistemática dos limites e desafios enfrentados pela justiça de transição na incorporação dos direitos dos povos indígenas, com vistas à superação das omissões históricas e à construção de um modelo inclusivo de reparação e memória.

¹¹ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório: textos temáticos*. Brasília: CNV, 2014. 416 p. v. 2.

1 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E OS DADOS DO RELATÓRIO DA COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE – CNV PARA OS POVOS INDÍGENAS

O historiador italiano Carlo Ginzburg, logo no início de sua obra *O fio e os rastros: verdadeiro, falso, fictício*¹², lança mão do mito grego do Minotauro para introduzir suas inquietações sobre a atividade historiográfica. No mito, Teseu, ajudado por Ariadne, recebe um fio para se orientar no labirinto e derrotar o minotauro. A provocação central de Ginzburg emerge da seguinte observação: “Dos rastros que Teseu deixou ao vagar pelo labirinto, o mito não fala”.

A metáfora utilizada por Ginzburg comporta diversas interpretações. Recuperar um passado inacessível de forma direta é tão desafiador quanto revisitar os fatos e acontecimentos que compõem a trajetória política e jurídica de uma nação. Frequentemente, os rastros são encobertos ou silenciados por ações estatais. Ainda assim, como o próprio autor salienta, é imprescindível estabelecer conexões entre o fio – isto é, o fio do relato, que permite a orientação no labirinto da realidade – e os vestígios deixados no percurso¹³.

A transição do regime militar autoritário para a democracia no Brasil se deu por caminhos sinuosos e complexos. Nesse contexto, há vestígios que não apenas possibilitam a revisão dos acontecimentos, mas também permitem problematizá-los, suscitando novas questões. O processo foi marcado pela lentidão e pela condução gradual e segura, e, mesmo após mais de quatro décadas desde 1985, ainda convivemos com os efeitos de uma justiça de transição tardia, porém essencial para o aprimoramento democrático do país.

Nos estudos sobre justiça de transição, quatro pilares estruturam suas diretrizes principais: i) o direito à memória e à verdade; ii) a reparação dos danos causados às vítimas; iii) a responsabilização penal dos agentes violadores de direitos humanos; e iv) a reforma institucional voltada à consolidação democrática. O primeiro pilar refere-se à necessidade de revelar a verdade sobre os crimes praticados por representantes do Estado durante períodos autoritários, permitindo ao país reconstruir sua memória histórica. O segundo pilar diz respeito à reparação, em sentido amplo, das vítimas que tiveram seus direitos fundamentais violados. A terceira dimensão enfatiza a importância de processar e punir os responsáveis pelas violações sistemáticas, como torturas, sequestros, assassinatos, estupros e outros atos de violência. Por fim, o quarto pilar consiste na reforma das instituições envolvidas nessas práticas abusivas, com vistas à promoção de uma reconciliação duradoura.^{14 15 16}

No contexto brasileiro, a ausência de uma justiça de transição imediatamente após a redemocratização suspendeu temporariamente um conjunto de expectativas que se formaram com a promulgação da nova Constituição. Apesar da existência de iniciativas isoladas por

¹² GINZBURG, Carlo. *O fio e os rastros: verdade, falso, fictício*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ VAN ZYL, Paul. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, n. 1, p. 32-55, jan./jun. 2009.

¹⁵ SELIGMANN-SILVA, Márcio. Anistia e (in)justiça no Brasil: o dever de justiça e a impunidade. In: SANTOS, Cecília McDowell et al. (Orgs.). *Desarquivando a ditadura: memória e justiça no Brasil*. São Paulo: Hucitec, 2009. v. 2.

¹⁶ SANTOS, Cecília MacDowell. A justiça ao serviço da memória: mobilização jurídica transnacional, direitos humanos e memória da ditadura. In: SANTOS, Cecília McDowell et al. (Orgs.). *Desarquivando a ditadura: memória e justiça no Brasil*. São Paulo: Hucitec, 2009. v. 2.

parte de organizações da sociedade civil — e, posteriormente, de ações estatais — voltadas à abertura de arquivos e ao acesso à informação sobre o passado autoritário, a construção de uma justiça de transição só se consolidou de forma mais robusta a partir dos anos 2000.

No plano governamental, merecem destaque a atuação da Comissão de Investigação sobre Mortes e Desaparecimentos Políticos, instituída nos anos 1990, a Comissão de Anistia (a partir de 2002), as aberturas parciais dos arquivos militares para familiares e pesquisadores, os Planos Nacionais de Direitos Humanos, durante o governo Lula, e, de modo relevante, diversas iniciativas da sociedade civil. Estas se concretizaram, especialmente, nas Caravanas de Anistia e nas Comissões da Verdade criadas nos estados, municípios e instituições, a exemplo daquelas promovidas pela OAB e por universidades públicas¹⁷.

Em 2008, um novo capítulo da justiça de transição passou a ser debatido publicamente após o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CF/OAB) ajuizar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 153. A ação solicitava ao Supremo Tribunal Federal (STF) uma interpretação conforme à Constituição Federal de 1988, no que se refere ao §1º do art. 1º da Lei n. 6.683/1979 — conhecida como Lei de Anistia. O objetivo era excluir da anistia os crimes comuns cometidos por agentes estatais contra opositores políticos durante o regime militar, os quais foram classificados como conexos a crimes políticos. Em termos práticos, a ação não buscava anular a Lei de Anistia, mas sim abrir caminho para responsabilizar os autores de graves violações de direitos humanos que, além de crimes políticos, perpetraram delitos comuns, como estupro, sequestros, torturas e ocultações de cadáveres.

O STF, contudo, rejeitou a ADPF 153 por maioria, declarando constitucionais os efeitos da anistia de 1979 também para os crimes comuns cometidos por agentes do Estado. Como destaca Marques¹⁸, a interpretação conferida pelo STF sustenta o discurso da pacificação e do esquecimento, esvaziando a legitimidade do regime democrático constitucional em vigor.

Poucos meses após essa decisão, em 24 de novembro de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) proferiu sentença no caso *Gomes Lund e Outros vs. Brasil* (conhecido como *Guerrilha do Araguaia*)¹⁹. Em síntese, a Corte declarou que as disposições da Lei de Anistia brasileira representam um obstáculo à investigação e à punição de graves violações de direitos humanos, sendo, por isso, incompatíveis com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Com base nesse entendimento, a CIDH concluiu que a Lei de Anistia não pode produzir efeitos jurídicos válidos e tampouco servir como empecilho para a responsabilização dos agentes estatais envolvidos. A Corte afirmou ainda que tal entendimento deve se aplicar não apenas ao caso em julgamento, mas também a outros episódios semelhantes de graves violações de direitos humanos.

Na mesma decisão, a Corte responsabilizou o Estado brasileiro pelos desaparecimentos forçados de militantes e outras violações graves, como a supressão do direito à personalidade jurídica, o atentado à vida, à integridade física e à liberdade pessoal. A CIDH concluiu que o

¹⁷ Para aprofundamento, ver: CABRAL, Rafael Lamera Giesta. Reforma das instituições para a democracia e o legado autoritário: a branda justiça de transição no Brasil. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 22, n. 3, p. 84-108, set./dez., 2017.

¹⁸ MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. Julgar o passado? Verdade histórica e verdade judicial na ADPF 153. *Revista Jurídica da Ufersa*, Mossoró, vol. 2, n. 3, 2018.

¹⁹ Para maiores detalhes, ver a decisão da Corte Interamericana no caso *Gomes Lund vs. Brasil* na íntegra: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf.

Brasil descumpriu a obrigação de harmonizar seu ordenamento jurídico interno com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, impondo, por consequência, uma série de medidas reparatórias ao Estado, com o objetivo de garantir a proteção dos direitos das vítimas — diretas e indiretas — da repressão estatal promovida sob a égide da interpretação dada à Lei de Anistia.

Conforme ressalta Marques²⁰, p. 82, o desafio contemporâneo reside na “luta pela desconstrução de uma possível ‘coisa julgada histórica’ instituída pelo julgamento da ADPF 153”. Pode-se considerar que essa desconstrução vem se aprofundando desde 2010, com a intensificação de ações, grupos de trabalho e pesquisas acadêmicas voltadas à justiça de transição, cujos resultados têm ganhado visibilidade pública.

Ainda que timidamente, a decisão da CIDH no caso *Gomes Lund* impulsionou, menos de um ano depois, a criação da Comissão Nacional da Verdade (CNV), instituída pela Lei n. 12.528/2011²¹. Embora o relatório final da CNV, apresentado ao governo em dezembro de 2014, tenha embasado iniciativas do Ministério Público Federal para responsabilização penal de agentes violadores de direitos humanos, os inquéritos foram sistematicamente arquivados, em virtude de decisões judiciais que reafirmaram o entendimento anteriormente firmado pelo STF, em detrimento da jurisprudência da Corte Interamericana²².

As atividades da CNV não possuíam caráter jurisdicional ou persecutório. Tratava-se de um trabalho voltado à recuperação da memória histórica, com o objetivo de elucidar as graves violações de direitos humanos ocorridas entre 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988. Buscava-se, assim, assegurar os direitos à verdade e à memória, e contribuir para a reconciliação nacional. O acervo da Comissão, disponível ao público no Projeto Memórias Reveladas e em seu próprio sítio eletrônico, constitui uma fonte de grande relevância para pesquisas em história do direito e história do Brasil, revelando episódios antes invisibilizados no debate político e social.

É nesse histórico que os povos indígenas foram incorporados ao relatório final da CNV. Composto o acervo de textos temáticos no segundo volume, a questão indígena foi tratada no Texto 5 – Violações de Direitos Humanos dos Povos Indígenas. Sob a responsabilidade da conselheira Maria Rita Kehl, o texto refletiu uma pequena extensão real dos crimes contra os povos indígenas, uma vez que os dados eram resultantes apenas de casos documentados.

Se pudéssemos eleger uma chave de leitura para interpretar as violações relatadas no relatório, a invasão de terras indígenas, certamente, seria uma delas. A partir da reorganização territorial dos índios, o Estado acaba por promover uma “colonização dirigida”, fruto de uma política fundiária que ignora a presença do indígena, que se desdobra em uma ação desenvolvimentista de desestruturação do sistema protetivo com corrupção, aculturação radical e extermínio de nativos com a introdução de doenças por ausência de controle epidemiológico.

²⁰ MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. Julgar o passado? Verdade histórica e verdade judicial na ADPF 153. *Revista Jurídica da Ufersa*, Mossoró, vol. 2, n. 3, 2018.

²¹ BRASIL. Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Brasília, DF, 2011.

²² Para uma consulta mais detalhada, ver o relatório técnico produzido pelo Ministério Público Federal em 2017, registrando que das 26 denúncias realizadas após os indícios e provas levantadas no relatório final da CNV, nenhuma teve desfecho adequado.

O relatório teve como ponto de partida o levantamento de dados e informações que colocam em destaque um modelo de política de Estado que flertou com ações e omissões de grande impacto contra os indígenas. O período de 1946 a 1988 foi didaticamente dividido em dois momentos distintos: no primeiro, “em que a União estabeleceu condições propícias ao esbulho de terras indígenas e se caracterizou majoritariamente (mas não exclusivamente) pela omissão, acobertando o poder local, os interesses privados e deixando de fiscalizar a corrupção em seus quadros” ²³, p. 204; e um segundo momento, em que “o protagonismo da União nas graves violações de direitos dos índios fica patente, sem que omissões letais, particularmente na área de saúde e no controle da corrupção, deixem de existir” ²⁴, p. 204.

Estima-se que, no período temporal analisado pela CNV, 8.350 indígenas foram mortos em decorrência direta de agentes governamentais ou da sua omissão. Grande parte das violações que culminaram na morte de indígenas está ligada aos movimentos institucionalizados de esbulho da terra indígena.

O esbulho, em geral, teve como marco inicial as ações de ocupação das terras para fins de colonização. Os direitos indígenas sempre estiveram subordinados aos planos governamentais. No trabalho de Magalhães²⁵, p. 1.145, é possível registrar que, mesmo com proteções ao direito territorial dos índios, a legislação tendia a abrir espaço para políticas agressivas em relação às terras indígenas. O destaque foi para a Lei de Terras, de 1850, em que o Império incorporou as terras de índios que viviam com a população “civilizada”. Dessas disputas entre vilas, províncias e Império sobre as terras indígenas, o processo de aldeamento se fortaleceu com a tendência de transformá-las em terras devolutas.

Aldear os índios, segundo Magalhães²⁶, p. 1.145-1.146, “significava reuni-los e sedentarizá-los sob governo missionário ou leigo, prática esta que teve seu início ainda no século XVI [...]”. Com os aldeamentos, o Estado passava a “ocupar” as terras tradicionais e, após a Constituição de 1891, permitiu-se aos Estados-membros declará-las terras devolutas, sendo concedidas a particulares. O esbulho institucionalizado impôs uma colonização dirigida que, ao mesmo tempo em que incitava – indiretamente, pelo Estado – a invasão de tais terras, promovia seu arrendamento, com posterior regularização por órgãos administrativos dos Estados ou do Poder Judiciário.

Esse ciclo cunhado de “desenvolvimentista” acabava por usurpar também o trabalho indígena, confinando-os em pequenos aldeamentos e com forte abuso de poder. O relatório da CNV indica que o panorama de fundo desse ciclo se assentava nos altos índices de corrupção das lideranças locais vinculadas às políticas indigenistas, como o SPI, abordado pelo Relatório Figueiredo, e da Fundação Nacional do Índio – FUNAI, criada em 1967 em substituição ao SPI.

As ações de repressão e exceção por parte do governo brasileiro contra comunidades indígenas foram reconhecidas por diversas CPIs no Congresso Nacional (no Senado, em 1955, e na Câmara dos Deputados, em 1963, 1968 e 1977) e também por condenações no Tribunal Russell II, em 1974, 1976 e 1980.

²³ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório: textos temáticos*. Brasília: CNV, 2014. 416 p. v. 2.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Diversidade cultural e Justiça de Transição: os casos de perseguição aos índios durante a ditadura militar e a transição política no Brasil. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Florença, n. 44, tomo II, p. 1137-1166, 2015.

²⁶ *Ibidem*.

Desde a década de 1940, com a adoção da política denominada “Marcha para o Oeste”, o governo de Getúlio Vargas, em consonância com administrações estaduais que já haviam promovido a ocupação de territórios tradicionalmente indígenas — como no caso do Estado do Paraná²⁷ —, instituiu uma ação federal orientada à exploração e à colonização da região Centro-Oeste. Tal política, segundo registra a Comissão Nacional da Verdade^{28, p. 206}, resultava em “contato com populações indígenas isoladas e favorecia a invasão e a titulação de terras indígenas por terceiros”.

Com o recrudescimento do regime autoritário, especialmente após a promulgação do Ato Institucional nº 5 (AI-5), a política indigenista sofreu alterações que, em médio e longo prazos, contribuíram para o enfraquecimento do sistema de proteção aos povos indígenas. Foram então criadas estruturas de repressão específicas, como prisões destinadas a indígenas — a exemplo do Reformatório Krenak e da Fazenda Guarani, ambos em Minas Gerais —, além da prática sistemática de remoções forçadas de grupos indígenas para áreas já habitadas por etnias historicamente rivais. A política estatal passou a considerar os indígenas como potenciais inimigos internos, sob o argumento da segurança nacional. Nesse contexto, instituiu-se, em 1969, a Guarda Rural Indígena (GRIN), composta por indígenas recrutados sobretudo nas regiões do Araguaia, Tocantins e Minas Gerais, para atuar como força policial nas terras indígenas. Inicialmente celebrada, essa força paramilitar foi posteriormente denunciada em inquérito conduzido pela Chefia da Divisão de Segurança e Informação do Ministério do Interior, acusada da prática de arbitrariedades, espancamentos e diversos abusos^{29, p. 212}.

Além da condição de desterritorialização e da indução a conflitos fundiários, a CNV identificou uma omissão substancial da política pública de saúde a partir de 1969. Concomitantemente, observou-se a implementação de uma forte política de assimilação cultural, promovida pelo plano de desenvolvimento do Estado, a qual se constituiu em verdadeiro projeto de etnocídio. A descaracterização dos povos indígenas enquanto sujeitos de direitos favoreceu processos de fragmentação social, resultando em elevadas taxas de mortalidade, massacres e perseguição sistemática ao movimento indígena.

O relatório da CNV, em suas 60 páginas dedicadas à temática indígena, conferiu destaque à repressão sofrida pelos povos indígenas no Estado do Mato Grosso do Sul. Detentor da segunda maior população indígena do país, o Estado ainda vivencia intensos conflitos fundiários, cuja origem remonta às práticas denunciadas entre 2012 e 2014 e que possuem vínculos diretos com o período de 1946 a 1988.

Na seção seguinte, será apresentado um balanço crítico do percurso histórico dessas violações, com ênfase nas políticas de desenvolvimento aplicadas no Mato Grosso do Sul e suas repercussões contemporâneas, à luz das abordagens da justiça de transição e da história do direito.

²⁷ No relatório, registra-se que “entre 1930 e 1960, o governo do Estado do Paraná titula terras indígenas para empresas de colonização e particulares no oeste do estado. O governo Moysés Lupion, em particular, notabiliza-se por práticas de espoliação de terras indígenas. Os interesses econômicos de proprietários se faziam representar nas instâncias de poder local para pressionar o avanço da fronteira agrícola sobre áreas indígenas” BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório: textos temáticos*. Brasília: CNV, 2014. 416 p. v. 2.

²⁸ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório: textos temáticos*. Brasília: CNV, 2014. 416 p. v. 2.

²⁹ *Idem*.

2 OS INDÍGENAS DE MATO GROSSO DO SUL E OS DESAFIOS DO SISTEMA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O advento do regime republicano impôs novos e significativos desafios à sobrevivência dos povos indígenas, especialmente nas regiões Centro-Oeste e Norte do território brasileiro. Com a promulgação da Constituição Federal de 1891³⁰, instaurou-se um novo ciclo jurídico-político em que a titularidade das terras devolutas foi transferida da União para os Estados. A ausência de qualquer menção aos indígenas e aos seus direitos, inclusive o direito à terra, reflete não apenas uma omissão deliberada, mas também uma concepção constitucional da época, fortemente influenciada pelo modelo liberal norte-americano, que favorecia textos constitucionais concisos e com baixa densidade normativa.

Contudo, ao conceder autonomia aos entes estaduais para a administração das terras devolutas, a nova ordem constitucional acabou por acirrar disputas territoriais, consolidando um quadro de exclusão e marginalização indígena. Esse novo arranjo federativo, ao priorizar os interesses agrários e a ocupação produtiva da terra, relegou os povos originários a uma condição de invisibilidade institucional e os expôs, mais uma vez, ao centro dos conflitos fundiários.

Somente em 1910 o Estado brasileiro passou a instituir, de forma mais sistemática, uma política de proteção aos indígenas. Em 20 de junho daquele ano, o presidente Nilo Peçanha decretou a criação do Serviço de Proteção aos Índios (SPI), por meio do Decreto nº 8.072/1910³¹. A medida tinha como finalidade declarada a defesa e integração dos povos indígenas à sociedade nacional, embora também estivesse pautada por objetivos pacificadores, isto é, voltados à repressão de resistências armadas à ocupação de territórios tradicionalmente ocupados pelos nativos. Tal ambiguidade se expressa na própria vinculação institucional inicial do SPI: até 1918, o órgão esteve subordinado à Seção de Localização de Trabalhadores Nacionais³², inserida no Ministério da Agricultura, o que evidencia a orientação assimilacionista do aparato estatal. A política indigenista daquele momento visava, em última análise, converter o indígena em trabalhador integrado à ordem econômica nacional.

Paralelamente à criação do SPI, a estrutura jurídica da tutela foi consolidada por meio do Código Civil de 1916, que atribuía aos “silvícolas” a condição de relativamente incapazes, sujeitos à proteção estatal enquanto perdurasse sua presumida incapacidade de integração. Essa tutela também foi normatizada pelo Decreto nº 5.484, de 27 de junho de 1928, que estabeleceu critérios para o enquadramento dos indígenas nascidos em território brasileiro. Aos considerados “não inteiramente integrados”, caberia ao Estado, por intermédio dos inspetores do SPI, exercer funções de guarda, proteção e vigilância.

A menção expressa aos povos indígenas em textos constitucionais somente ocorreu no contexto do governo provisório de Getúlio Vargas, com a Constituição de 1934. Nesse momento, o projeto nacional desenvolvimentista exigia a unificação simbólica de todos os seg-

³⁰ O art. 64 da Constituição Federal de 1891 dispunha: “Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União sómente a porção de território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federaes”.

³¹ BRASIL. *Decreto nº 8.072, de 20 de junho de 1910*. Cria o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais e aprova o respectivo regulamento. Rio de Janeiro, RJ, 1910.

³² Decreto-lei n. 3.454, de 06 de janeiro de 1918.

mentos sociais em torno da identidade nacional. Em 1939, como desdobramento dessa política, foi instituído o Conselho Nacional de Proteção aos Índios (CNPI), que passou a atuar como instância coordenadora das ações voltadas às populações indígenas.

O SPI manteve-se em funcionamento até 1967, já sob o regime da ditadura militar, quando foi substituído pela recém-criada Fundação Nacional do Índio (FUNAI). A trajetória do SPI é marcada por profundas controvérsias: se, por um lado, representou uma tentativa institucional de garantir alguma forma de proteção aos indígenas, por outro, foi também um instrumento de assimilação forçada, com práticas sistemáticas de violação de direitos³³. Sua criação está relacionada não apenas às tensões internas decorrentes da expansão das fronteiras agrícolas sobre territórios tradicionais, mas também à crescente pressão internacional sobre o Brasil, especialmente após denúncias de massacres de indígenas apresentadas durante o XVI Congresso de Americanistas, realizado em 1908, na cidade de Viena, Áustria, conforme relata Abreu³⁴.

O encerramento das atividades do SPI decorreu de uma grave crise institucional, denunciada com ampla documentação na Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) que deu origem ao Relatório Jarbas Figueiredo³⁵. O documento revelou uma série de práticas criminosas e de desmandos administrativos que vinham se acumulando ao longo dos anos. Em uma das passagens do extenso relatório, consta o seguinte registro: “A Comissão constatou, de início, a geral corrupção e anarquia total imperantes no SPI em toda a sua área, também através dos tempos. A gama inteira de crimes ali se praticavam, ferindo as normas do Estatuto, do Código Penal e do Código Civil”³⁶, p. 4.912. Mais adiante, o relatório acrescentava:

Os delitos cometidos podem ser apresentados grupados por espécie, conforme o esquema abaixo:

- 1- CRIMES CONTRA A PESSOA E A PROPRIEDADE DO ÍNDIO
 - 1.1 Assassinatos de índios (individuais e coletivos: tribos)
 - 1.2 Prostituição de índias
 - 1.3 Sevícias
 - 1.4 Trabalho escravo
 - 1.5 Usurpação do trabalho do índio
 - 1.6 Apropriação e desvio de recursos oriundos do patrimônio indígena
 - 1.7 Dilapidação do patrimônio indígena
 - a) Venda de gado
 - b) Arrendamento de terras

³³ Para maiores detalhes, ver: FREIRE, Carlos Augusto da Rocha (Org.). *Memória do SPI: textos, imagens e documentos sobre o Serviço de Proteção aos Índios (1910-1967)*. Rio de Janeiro: Museu do Índio/FUNAI, 2011.

³⁴ ABREU, Alzira Alves. *Serviço de Proteção ao Índio*. In: ABREU, Alzira Alves et al. (Org.). *Dicionário histórico-biográfico pós-30*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001.

³⁵ O relatório foi considerado perdido por aproximadamente 40 anos. Redescoberto, o Relatório Figueiredo pode ser acessado no portal eletrônico do Museu do Índio, disponível em: <http://www.docvirt.com/docreader.net/DocReader.aspx?bib=museudoindio>.

³⁶ FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA DO ESTADO DE MINAS GERAIS (Minas Gerais). *Ministério do Interior (Relatório Figueiredo)*. 1968. Disponível em: <https://www.ufmg.br/brasildoc/temas/5-ditadura-militar-e-populacoes-indigenas/5-1-ministerio-do-interior-relatorio-figueiredo/>. Acesso em: 21 fev. 2018.

- c) Venda de madeiras
- d) Exploração de minérios
- e) Venda de castanha e outros produtos de atividade extrativistas e de colheita
- f) Venda de produtos de artesanato indígena
- g) Doação criminosa de terras
- h) Venda de veículos
- 2- ALCANCE DE IMPORTÂNCIAS INCALCULÁVEIS
- 3- ADULTERAÇÃO DE DOCUMENTOS OFICIAIS
- 4- FRAUDE EM PROCESSO DE COMPROVAÇÃO DE CONTAS
- 5- DESVIO DE VERBAS ORÇAMENTÁRIAS
- 6- APLICAÇÃO IRREGULAR DE DINHEIROS PÚBLICOS
- 7- OMISSÕES DOLOSAS
- 8- ADMISSÕES FRAUDULENTAS DE FUNCIONÁRIOS
- 9- INCÚRIA ADMINISTRATIVA.

Tamanhos são os crimes. O Serviço de Proteção aos Índios degenerou a ponto de persegui-los até ao extermínio. Relembrem-se aqui os vários massacres, muitos dos quais denunciados como escândalo, sem, todavia, merecer maior interesse das autoridades³⁷, p. 4915-4916.

A criação da FUNAI deu-se em meio à herança complexa do Serviço de Proteção aos Índios (SPI), que era marcada por graves deficiências na gestão das políticas indigenistas. Na prática, a nova fundação manteve diversos traços das problemáticas históricas associadas ao SPI. Um dos fatores decisivos para a continuidade dessa lógica foi a sua vinculação ao Ministério do Interior, órgão que tinha entre suas prioridades a implementação de projetos estratégicos vinculados à segurança nacional, como a construção de infraestrutura rodoviária, energética (hidrelétricas) e de ocupação de áreas consideradas "vazias" do território nacional. Nesse contexto, a presença indígena era vista não como parte da nação, mas como obstáculo ao progresso. A narrativa dominante consolidou-se na rotulação dos povos indígenas como entraves ao desenvolvimento econômico, atribuindo-lhes um papel marginal e frequentemente hostil às diretrizes do Estado.

Manter essa lógica teve um custo elevado — humano, social, político, cultural e econômico — especialmente para os povos indígenas afetados. Essa violência simbólica e material, entretanto, também funcionou como uma operação de apagamento seletivo da memória coletiva, impondo um controle profundo sobre a forma como as experiências dos povos indígenas foram registradas, lembradas e transmitidas. Ser indígena no Mato Grosso do Sul, hoje, significa conviver com esse legado de estigmas e preconceitos institucionalizados em múltiplos domínios: desde os espaços públicos e privados até as esferas políticas, religiosas e culturais, com forte internalização social desse imaginário discriminatório.

³⁷ FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA DO ESTADO DE MINAS GERAIS (Minas Gerais). *Ministério do Interior (Relatório Figueiredo)*. 1968. Disponível em: <https://www.ufmg.br/brasildoc/temas/5-ditadura-militar-e-populacoes-indigenas/5-1-ministerio-do-interior-relatorio-figueiredo/>. Acesso em: 21 fev. 2018.

Durante a ditadura militar, essa lógica foi intensificada. O relatório final da Comissão Nacional da Verdade (CNV) oferece pistas importantes para a reconstituição da atuação do regime autoritário em relação aos povos indígenas. Embora não esgote o tema, o documento fornece informações suficientes para delinear programas de pesquisa voltados à compreensão da política indigenista no período ditatorial. Ele revela práticas sistemáticas de violação de direitos, omissões deliberadas e ações articuladas entre diferentes órgãos do Estado para assegurar a subordinação dos povos originários aos interesses estratégicos e econômicos do regime.

No caso específico do Mato Grosso do Sul, a situação se agravou com a criação do Estado homônimo, resultado da divisão do antigo Estado de Mato Grosso, ocorrida em 11 de outubro de 1977. Essa divisão, promovida durante o governo do general Ernesto Geisel, refletia os objetivos do projeto desenvolvimentista da ditadura militar, com foco na consolidação de fronteiras estratégicas, especialmente com o Paraguai e a Bolívia, na construção de obras de infraestrutura e no fortalecimento do partido governista da época, a Aliança Renovadora Nacional (ARENA). Apesar da falta de consulta popular, a divisão territorial foi justificada como um avanço administrativo e de planejamento, mas suas repercussões políticas e sociais foram assimétricas. As promessas de benefícios à população local, reiteradas por décadas, não se materializaram de forma equitativa — e as comunidades indígenas, em particular, foram sistematicamente excluídas dos efeitos positivos anunciados.

A proposta de separação territorial não era inédita. Desde o governo provisório de Getúlio Vargas, lideranças políticas da região sul do antigo Estado de Mato Grosso já cogitavam a criação de um novo ente federativo. O próprio Vargas chegou a criar o Território Federal de Ponta Porã, ensaiando uma organização administrativa específica para a região. Contudo, mesmo com essa tradição separatista, o processo de efetivação da divisão em 1977 ocorreu sem a participação dos povos indígenas, que ficaram à margem tanto das decisões quanto dos eventuais benefícios administrativos, orçamentários e de planejamento decorrentes da criação do novo Estado.

A CNV já havia indicado, com base em uma série de depoimentos e documentos, que o período de 1946 a 1988 foi vivido de forma distinta pelos povos indígenas. A cisão desse ciclo é perceptível especialmente a partir do Ato Institucional nº 5 (AI-5), de 1968, que consolidou o autoritarismo e ampliou os mecanismos repressivos do Estado. Para os povos indígenas do Mato Grosso do Sul, essa divisão cronológica também serve como chave interpretativa para se compreender dois movimentos distintos, ainda que articulados por uma mesma lógica de dominação: de um lado, a política de integração forçada e vigilância; de outro, a exclusão sistemática da cidadania plena e dos direitos territoriais, mesmo após a criação do novo ente federativo.

Dessa forma, compreender o contexto e as especificidades da condição indígena na região sul do Estado de Mato Grosso do Sul exige reconhecer essa articulação histórica entre militarização, desenvolvimentismo e exclusão. A seguir, examinar-se-ão com maior profundidade as características desse processo, com foco nas comunidades indígenas diretamente impactadas por essas políticas estatais e pela reconfiguração geopolítica promovida pela ditadura militar.

2.1 OS INDÍGENAS SUL-MATO-GROSSENSES ENTRE O SPI E A POLÍTICA DE CONFINAMENTO (1915-1968)

O povoamento por não índios na região que hoje corresponde ao Estado de Mato Grosso do Sul ocorreu a partir de 1830, diante da constituição da Província de Mato Grosso. O processo colonizador sofreu novas especificidades após a guerra do Paraguai, no final dos anos 1860.

Os primeiros registros de confronto com as frentes de ocupação do território indígena ocorreram ainda no século XIX, com as ações de uma companhia estrangeira na exploração da erva-mate nativa, a Companhia Mate Laranjeira. O governo imperial havia autorizado, ainda em 1882, um arrendamento de terras na região. Após a Constituição de 1891 tornar as terras devolutas de domínio dos Estados, a Mate Laranjeira ampliou grande parte de seu território, “tornando-se um dos maiores arrendamentos de terras devolutas do regime republicano em todo o Brasil para um grupo particular”³⁸, p. 98.

Como registra Brand³⁹, as concessões feitas pelo governo do Estado de Mato Grosso à companhia, acabaram por atingir grande extensão territorial dos índios Kaiowá/Guarani, ao mesmo tempo em que muitos indígenas foram arregimentados para atuarem como trabalhadores rurais nas fazendas de exploração da erva-mate nativa. A coleta da erva era a “única alternativa de trabalho ‘assalariado’”, recompensado muitas vezes por roupas e ferramentas.

A relação de domínio sobre a terra era assentada na forma de arrendamentos que, como destaca Brand⁴⁰, se converteriam em um grande empreendimento privado sobre terras públicas e com a própria proteção estatal. Acompanhando os registros desses contratos nos anos de 1882, 1890, 1894 e 1916, a empresa, que no início não poderia impedir, direta ou indiretamente que os moradores do território também pudessem coletar os ervais, foi protegida pelo Estado, até o momento em que o próprio governo prestaria auxílio para impedir que forasteiros, de forma clandestina, pudessem ter acesso aos ervais para fins de contrabando.

A história das relações entre a empresa Mate Laranjeira e seus trabalhadores era degradante:

Segundo os relatos disponíveis, o trabalho dos *mineros* era extremamente penoso e desenvolvido em condições análogas à escravidão, uma vez que o trabalhador, além de ser engajado mediante um adiantamento, ficava obrigado a abastecer-se nos armazéns da própria empresa e não poderia deixar o trabalho enquanto não saldasse integralmente seus débitos⁴¹, p. 211.

Muitos indígenas foram submetidos à condição análoga à de escravos e a fuga dos ervais era a forma de libertação das dívidas que nunca cessavam frente aos empórios da empresa.

³⁸ BRAND, Antônio. Os Kaiowá/Guarani no Mato Grosso do Sul e o processo de confinamento – a “entrada de nossos contrários”. In: CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO REGIONAL MATO GROSSO DO SUL; COMISSÃO PRÓ ÍNDIO DE SÃO PAULO; PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 3ª REGIÃO (Orgs.). *Conflito de Direitos sobre as Terras Guarani Kaiowá no Estado de Mato Grosso do Sul*. São Paulo: Palas Athena, 2000. p. 93-131.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ QUEIROZ, Paulo Roberto Cimó. A Companhia Mate Laranjeira, 1891-1902: contribuição à história da empresa concessionária dos ervais no antigo sul de Mato Grosso. *Revista Territórios & Fronteiras*, Cuiabá, v. 8, n. 1, jan.-jun., 2015.

Na primeira metade do século XX, oito reservas indígenas foram criadas na região sul do Estado. Os Kaiowá, em 1915, foram fixados na Reserva Benjamin Constant, em Amambaí. Em 1917, a Reserva Indígena de Dourados. Em 1924, a Reserva para os Kaiowá, em Caarapó. A partir de 1927, criaram-se as reservas em Porto Lindo, para o povo guarani; outra na região de fronteira com o Paraguai, na cabeceira do Rio Pirajuy; a reserva da Aldeia Cerro Peron; uma reserva em Ponta Porã; e a Reserva Taquaperi^{42 43}.

O processo de confinamento ao qual eram submetidos colocavam os indígenas em uma situação inédita frente suas experiências políticas e culturais:

Os índios eram vistos como transitórios, não houve qualquer preocupação de se escolherem terras de ocupação tradicional, em alguns casos, sequer se preocuparam com o suprimento de água potável, demarcando áreas sem nenhum curso d'água, como a Reserva Indígena Limão Verde, por exemplo⁴⁴, p. 85.

Esse confinamento compulsório dos indígenas em pequenos espaços de terras, fruto da “colonização orientada”, foi fundamental para ampliar o fluxo migratório sobre as terras devolutas, em que foi possível constatar que muitos desses espaços acabaram sendo arrendados para empresas privadas com o aval do Estado e da União^{45 46 47}.

Com o processo de ocupação das terras indígenas, o SPI criou em 1917, a Reserva Indígena de Dourados – RID, com uma área de 3.600 hectares, via decreto estadual. A reserva passou a abrigar indígenas de três etnias diferentes (Kaiowá, Guarani e Terena) e que, embora tivessem boas relações, guardavam em si diferenças próprias à condição de indígenas, dentro de um sistema multiétnico^{48 49}.

⁴² BRAND, Antônio. Os Kaiowá/Guarani no Mato Grosso do Sul e o processo de confinamento – a “entrada de nossos contrários”. In: CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO REGIONAL MATO GROSSO DO SUL; COMISSÃO PRÓ ÍNDIO DE SÃO PAULO; PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 3ª REGIÃO (Orgs.). *Conflito de Direitos sobre as Terras Guarani Kaiowá no Estado de Mato Grosso do Sul*. São Paulo: Palas Athena, 2000. p. 93-131.

⁴³ CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. *Colonialismo, território e territorialidade: a luta pela terra dos Guarani e Kaiowa em Mato Grosso do Sul*. 2013. 471 f. Tese (Doutorado) - Curso de História, Universidade Estadual Paulista, Assis, 2013.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ BRAND, Antônio. Os Kaiowá/Guarani no Mato Grosso do Sul e o processo de confinamento – a “entrada de nossos contrários”. In: CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO REGIONAL MATO GROSSO DO SUL; COMISSÃO PRÓ ÍNDIO DE SÃO PAULO; PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 3ª REGIÃO (Orgs.). *Conflito de Direitos sobre as Terras Guarani Kaiowá no Estado de Mato Grosso do Sul*. São Paulo: Palas Athena, 2000. p. 93-131.

⁴⁶ PEREIRA, Levi Marques. A atuação do órgão indigenista oficial brasileiro e a produção do cenário multiétnico da Reserva Indígena de Dourados, MS. In: Encontro Anual da ANPOCS, 38., 2014, Caxambu. *Anais [...]*. Caxambu: ANPOCS, 2014. p. 1-28. Disponível em: <http://www.anpocs.com/index.php/papers-38-encontro/gt-1/gt21-1>. Acesso em: 12 fev. 2018.

⁴⁷ LIMA, Antônio Carlos de Souza. *Um grande certo de paz: poder tutelar, indianidade e formação do Estado no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 1995.

⁴⁸ PEREIRA, Levi Marques. A atuação do órgão indigenista oficial brasileiro e a produção do cenário multiétnico da Reserva Indígena de Dourados, MS. In: Encontro Anual da ANPOCS, 38., 2014, Caxambu. *Anais [...]*. Caxambu: ANPOCS, 2014. p. 1-28. Disponível em: <http://www.anpocs.com/index.php/papers-38-encontro/gt-1/gt21-1>. Acesso em: 12 fev. 2018.

⁴⁹ Pereira (2014) ainda registrou que o Decreto Estadual n. 401, de 1917, que criou a RID somente foi legalizado como patrimônio da União em 1965.

A primeira instituição não governamental que atuou na RID foi a Missão Evangélica Caiuá, que acabou por desenvolver inúmeros projetos de acultramento em cooperação com o SPI na região⁵⁰. Na prática, a RID tornou-se um experimento de superlotação indígena: “à medida que os problemas decorrentes da superlotação da RID ganhavam evidência, mais o local se tornava atraente para novas intervenções indigenistas [...]. Assim, os moradores de outras terras indígenas passaram a se deslocar em massa para a RID”^{51, p. 5}.

Essas ações potencializaram os conflitos entre os próprios indígenas na reserva, principalmente após Getúlio Vargas, no início da década de 1940 e em pleno Estado Novo, ter promovido a política de povoamento de terras no interior do país, idealizada como “Marcha para o Oeste”. A forma dessa ocupação ocorria mediante a criação de Colônias Agrícolas.

Como observou Lenharo,

Através da criação das Colônias Agrícolas Nacionais, podemos avançar um pouco mais a nossa compreensão da política de trabalho e colonização que Vargas imprimiu durante o Estado Novo. Foi no bojo da proclamação da ‘Marcha para o Oeste’ que os trabalhadores foram convocados para conquistar o interior do país e contribuir com o seu quinhão para a edificação da nacionalidade. Os que responderam aos apelos para a criação da colônia em Goiás – informa um estudo recente –, deixaram claro mais o desejo de conseguir terra do que de colaborar para a grande obra patriótica. De modo semelhante, não seria nada fácil para o regime mobilizar a massa volátil de ‘baianos’ escavadores da terra e construtores de cidades, irrompendo Mato Grosso a dentro. [...] O que o Estado Novo lançara com intenções de um projeto estatista, as companhias privadas reformularam-no, voltando-se particularmente para a especulação febril da terra^{52, p. 50-51}.

Em Dourados-MS, a grande onda migratória ocorreu com a criação da Colônia Agrícola Nacional de Dourados – CAND, em 1943, em uma área aproximada de 300 mil hectares, que seriam divididas em lotes de 30 hectares para os colonos. A chegada da colônia marca a diminuição do poderio da Mate Laranjeira naquela região⁵³, mas ao mesmo tempo, promoveu um outro tipo de problema que, segundo Pereira⁵⁴, acabou registrando que os lotes da CAND se sobrepuseram em parte do território indígena.

Os conflitos entre a posse e expansão do processo de povoamento foi registrado por intensa troca de ofícios entre o agente do SPI no Posto Indígena “Francisco Horta”, de Dourados, e o Coronel Nicolau B. H. Barboza, chefe da Inspetoria Regional da 5ª Região, em Campo

⁵⁰ PEREIRA, Levi Marques. A atuação do órgão indigenista oficial brasileiro e a produção do cenário multiétnico da Reserva Indígena de Dourados, MS. In: Encontro Anual da ANPOCS, 38., 2014, Caxambu. *Anais [...]*. Caxambu: ANPOCS, 2014. p. 1-28. Disponível em: <http://www.anpocs.com/index.php/papers-38-encontro/gt-1/gt21-1>. Acesso em: 12 fev. 2018.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² LENHARO, Alcir. A terra para quem nela não trabalha (a especulação com a terra no oeste brasileiro nos anos 50). *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v. 6, n. 12, p. 47-64, mar./ago., 1986.

⁵³ Brand (2000, p. 107) registra que em ato concomitante à criação da CAND, Vargas implantou o Território Federal de Ponta-Porã e acabou por anular grande parte dos direitos da Cia. Mate Laranjeira.

⁵⁴ PEREIRA, Levi Marques. A atuação do órgão indigenista oficial brasileiro e a produção do cenário multiétnico da Reserva Indígena de Dourados, MS. In: Encontro Anual da ANPOCS, 38., 2014, Caxambu. *Anais [...]*. Caxambu: ANPOCS, 2014. p. 1-28. Disponível em: <http://www.anpocs.com/index.php/papers-38-encontro/gt-1/gt21-1>. Acesso em: 12 fev. 2018.

Grande. Parte desses registros podem ser encontrados em Brand⁵⁵, p. 104, que identificou que o SPI tinha pleno conhecimento das invasões de terras indígenas pelos colonos, bem como pelo clima de tensão que se observava em Dourados, na área da colônia federal. Segundo registros de um ofício, datada de 28 de janeiro de 1947, o agente local do SPI informava ao inspetor que “a perseguição em Dourados contra os índios é quase geral”.

A intermediação entre o Posto Indígena – PI e a Inspetoria era no sentido de transferir os indígenas das áreas em conflito para as bases do próprio PI, para restabelecê-los em lotes. Por outro lado, a luta por demarcação das terras indígenas, já existente, assumia novas características. Em uma troca de ofícios, Brand identificou um relatório dirigido ao diretor do SPI, em 09 de julho de 1952, relatando uma visita do chefe da Inspetoria Regional à colônia e à Reserva Indígena de Panambi:

[...] Constatou que os índios estavam ‘na mais lastimável situação de seres humanos’, agravada pelo ‘clima de insegurança que paira sobre eles com a ameaça constante por parte de terceiros, de abandonarem o que lhes resta de sua aldeia, onde seus antepassados, como eles, ali nasceram, viveram e se encontram enterrados os seus entes mais queridos’. E continua dizendo ser esse ‘o crime dos homens civilizados e de negócios públicos, na tentativa de banicção pacífica dos índios do Panambi’⁵⁶, p. 105.

Os indígenas, diante das péssimas condições às quais estavam submetidos, resistiram e os conflitos naquela região não foram resolvidos até o momento, conforme se observa nos altos índices de homicídio contra os povos indígenas na região sul do Estado⁵⁷.

Nos primeiros anos de existência da CAND, a relação entre indígenas e não indígenas se modifica se compararmos as experiências do período de exploração da Cia Mate Laranjeira com a nova fase de colonização, que acompanha as derrubadas das matas e abertura de fazendas para exploração agrícola e pecuária na região. Para os indígenas, a abertura de fazendas nas regiões de mata promovia o “esparramamento” de vários grupos de nativos, dispersando as organizações de aldeias e dismantelando as experiências de famílias extensas. Com o povoamento, “a perda da terra traduziu-se na dispersão dos seus moradores e não simplesmente em sua transferência para dentro das reservas”⁵⁸, p. 108.

⁵⁵ BRAND, Antônio. Os Kaiowá/Guarani no Mato Grosso do Sul e o processo de confinamento – a “entrada de nossos contrários”. In: CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO REGIONAL MATO GROSSO DO SUL; COMISSÃO PRÓ ÍNDIO DE SÃO PAULO; PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 3ª REGIÃO (Orgs.). *Conflito de Direitos sobre as Terras Guarani Kaiowá no Estado de Mato Grosso do Sul*. São Paulo: Palas Athena, 2000. p. 93-131.

⁵⁶ BRAND, Antônio. Os Kaiowá/Guarani no Mato Grosso do Sul e o processo de confinamento – a “entrada de nossos contrários”. In: CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO REGIONAL MATO GROSSO DO SUL; COMISSÃO PRÓ ÍNDIO DE SÃO PAULO; PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 3ª REGIÃO (Orgs.). *Conflito de Direitos sobre as Terras Guarani Kaiowá no Estado de Mato Grosso do Sul*. São Paulo: Palas Athena, 2000. p. 93-131.

⁵⁷ CIMI. *Relatório Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil – Dados de 2023*. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2024/07/relatorio-violencia-povos-indigenas-2023-cimi.pdf>. Acesso em: 12. mai. 2025.

⁵⁸ BRAND, Antônio. Os Kaiowá/Guarani no Mato Grosso do Sul e o processo de confinamento – a “entrada de nossos contrários”. In: CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO REGIONAL MATO GROSSO DO SUL; COMISSÃO PRÓ ÍNDIO DE SÃO PAULO; PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 3ª REGIÃO (Orgs.). *Conflito de Direitos sobre as Terras Guarani Kaiowá no Estado de Mato Grosso do Sul*. São Paulo: Palas Athena, 2000. p. 93-131.

Essa nova fase do modelo de “colonização dirigida” causou grandes prejuízos às populações indígenas. O relatório da CNV conseguiu identificar parte desse processo quando analisou a prática do esbulho sobre as terras indígenas, ora pelos arrendamentos de terras, posteriormente legalizado pelo SPI, ora pelas invasões de terras, indiretamente incitadas pelo Estado.

Em Lenharo⁵⁹, p. 52, por exemplo, é possível identificar que muitas das ações do Estado caminhavam no sentido da legalização, facilitando a venda de lotes a particulares: “ficava assegurado ao posseiro a preferência na compra da terra ocupada, se estivesse quites com o fisco”, em referência à política do Estado de Mato Grosso entre as décadas de 1940 e 1950.

A exemplo dessas ações, Brand⁶⁰, p. 122 encontrou um edital, publicado em 21 de março de 1953, no Jornal do Comércio, em que se oferecia a venda de uma área de uma reserva indígena, como se terra devoluta fosse. No mesmo período registraram-se “denúncias da 5ª IR à Delegacia Especial de Terras e Colonização de que a própria coletoria de Amambai estava fornecendo certidões negativas a requerentes de terras sobre as reservas indígenas de Sasoró, Porto Lindo e Benjamin Constant”⁶¹.

Outro exemplo, identificado na CNV⁶², indica a Lei n. 1.077/1958, em que a Assembleia do Estado de Mato Grosso declarou as terras do povo Kadiwéu como devolutas, reduzindo para 100 mil hectares sua reserva, com o objetivo de permitir a legalização da ocupação de terras indígenas. Em 1961, o STF julgou inconstitucional a lei estadual, mantendo a área dentro dos limites originais, mas o processo oficial de declaração de terras devolutas possui efeitos incontornáveis, que acabaram por fomentar inúmeras invasões e usurpação das terras indígenas.

O período entre as décadas de 1940 e 1960 registra o movimento de expulsão, remoção e intrusão de territórios indígenas. Segundo Pereira⁶³, p. 7, na década de 1960, a política indigenista do SPI “impôs a divisão de terra em lotes entre as famílias indígenas. A intenção do SPI era, principalmente, incutir nos indígenas o senso de cuidado e responsabilidade com a propriedade privada”. Na prática, a medida representava uma violência profunda nas comunidades indígenas, principalmente por violar suas terras sagradas. O princípio religioso, a ser preservado, não permitia o recorte das terras em lotes.

A resistência acabava por impor aos indígenas um temor de exclusão em outros etapas importantes da vida coletiva e muitos acabaram se convencendo de que aceitar o lote seria

⁵⁹ LENHARO, Alcir. A terra para quem nela não trabalha (a especulação com a terra no oeste brasileiro nos anos 50). *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v. 6, n. 12, p. 47-64, mar./ago., 1986.

⁶⁰ BRAND, Antônio. Os Kaiowá/Guarani no Mato Grosso do Sul e o processo de confinamento – a “entrada de nossos contrários”. In: CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO REGIONAL MATO GROSSO DO SUL; COMISSÃO PRÓ ÍNDIO DE SÃO PAULO; PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 3ª REGIÃO (Orgs.). *Conflito de Direitos sobre as Terras Guarani Kaiowá no Estado de Mato Grosso do Sul*. São Paulo: Palas Athena, 2000. p. 93-131.

⁶¹ No relatório da CNV (2014, p. 213), certidões negativas fraudulentas de inexistência de índios foram emitidas em outras regiões do país pela própria FUNAI, para áreas indígenas, destacando o depoimento de sua maior liderança na época: “O próprio presidente da Funai, General Ismarth Araújo de Oliveira, admitiu, em depoimento à CPI que o órgão não tinha total conhecimento das áreas habitadas por populações indígenas e que, portanto, não havia condições de determinar com exatidão se havia ou não habitantes nas áreas pleiteadas por investidores”.

⁶² BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório: textos temáticos*. Brasília: CNV, 2014. 416 p. v. 2.

⁶³ PEREIRA, Levi Marques. A atuação do órgão indigenista oficial brasileiro e a produção do cenário multiétnico da Reserva Indígena de Dourados, MS. In: Encontro Anual da ANPOCS, 38., 2014, Caxambu. *Anais [...]*. Caxambu: ANPOCS, 2014. p. 1-28. Disponível em: <http://www.anpocs.com/index.php/papers-38-encontro/gt-1/gt21-1>. Acesso em: 12 fev. 2018.

uma alternativa mínima à sobrevivência⁶⁴. No entanto, a condição multiétnica desafiava a convivência pacífica entre os indígenas e a própria RID já havia sido dividida pelo SPI em duas aldeias, a Jaguapiru, lideradas por Terenas, e a Bororó, sob a liderança dos Kaiowá; “os registros escritos sobre a história da RID são repletos de eventos marcados por tensões e rivalidades entre os segmentos étnicos, especialmente no que se refere à representação política”⁶⁵, p. 14.

A década de 1960 foi marcada por inúmeras violações aos direitos humanos e territoriais dos povos indígenas. Em 1963 e 1968 ocorreram CPIs na Câmara dos Deputados para avaliar as denúncias no âmbito do SPI. Embora a CNV tenha identificado o trabalho investigativo, poucos resultados foram relevantes para estancar as violações ou punir os violadores dos direitos indígenas. Para se ter uma ideia do comprometimento, registrou-se que o próprio responsável pela lei 1.077/1958, em Mato Grosso, Rachid Mamed, do PSD/MT, que declarou as terras devolutas dos povos Kadiwéu, acabou por compor a CPI da Câmara em 1963 como membro da comissão, já que fora eleito para deputado federal⁶⁶, p. 206.

A transição entre SPI e FUNAI, a partir de 1968, corresponde ao segundo momento para refletirmos a condição indígena dentro desse percurso histórico. Por outro lado, como se pode observar, muitas dessas áreas de conflito de terras não tiveram início no período da ditadura militar. Elas já estavam presentes há muito tempo. No entanto, como destaca Lenharo⁶⁷, p. 47, os conflitos agrários que vinham sendo fomentados em momentos anteriores, “[agravaram] o estado de violência a partir da política geral de colonização que os governos militares incrementaram desde os anos 60”.

A seguir, passa-se ao segundo movimento desse percurso.

2.2 1968: A NOVA POLÍTICA INDIGENISTA NA DITADURA MILITAR

O relatório da Comissão Nacional da Verdade (CNV)⁶⁸ evidenciou diversas formas de violação dos direitos dos povos indígenas durante o regime militar brasileiro. Essas violações se manifestaram de múltiplas formas, tais como: i) esbulho possessório de terras tradicionalmente ocupadas por comunidades indígenas; ii) extermínio de etnias inteiras em decorrência da ausência de políticas públicas de saúde; e iii) submissão dos indígenas a um sistema prisional pautado por torturas, maus-tratos, prisões arbitrárias e apropriação forçada de sua força de trabalho.

⁶⁴ PEREIRA, Levi Marques. A atuação do órgão indigenista oficial brasileiro e a produção do cenário multiétnico da Reserva Indígena de Dourados, MS. In: Encontro Anual da ANPOCS, 38., 2014, Caxambu. *Anais [...]*. Caxambu: ANPOCS, 2014. p. 1-28. Disponível em: <http://www.anpocs.com/index.php/papers-38-encontro/gt-1/gt21-1>. Acesso em: 12 fev. 2018.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório: textos temáticos*. Brasília: CNV, 2014. 416 p. v. 2.

⁶⁷ LENHARO, Alcir. A terra para quem nela não trabalha (a especulação com a terra no oeste brasileiro nos anos 50). *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v. 6, n. 12, p. 47-64, mar./ago., 1986.

⁶⁸ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório: textos temáticos*. Brasília: CNV, 2014. 416 p. v. 2.

Ao analisar o conteúdo do relatório, constata-se o desenvolvimento do Reformatório Krenak, instituição que, conforme descreve Magalhães⁶⁹, p. 1.155, configurava-se como uma combinação de presídio e campo de concentração, onde indígenas eram encarcerados por motivos considerados irrelevantes, submetidos a trabalhos forçados e vítimas recorrentes de torturas e maus-tratos. Soma-se a isso, a criação da Guarda Rural Indígena (GRIN), instituída a partir de 1969, com o objetivo de recrutar indígenas oriundos das margens dos rios Araguaia e Tocantins, bem como de Minas Gerais, para atuarem como forças policiais em áreas indígenas. Posteriormente, a GRIN passou a ser acusada de praticar arbitrariedades, espancamentos e diversos abusos, conforme registrado na mesma fonte⁷⁰, p. 1.155 ⁷¹.

Durante o período da ditadura militar, o Reformatório Krenak (1968) e a Fazenda Guarani (1972) funcionaram como verdadeiros campos de concentração e centros de tortura direcionados aos indígenas. Um levantamento inédito conduzido por Marcelo Zelic⁷² e Corrêa⁷³ identificou, ao mapear a origem dos povos detidos, que 31 indígenas sul-mato-grossenses foram deslocados de seus territórios para experiências de encarceramento na Fazenda Guarani (entre os quais um indígena Kaiowá e um Terena) e outros 25 indígenas para o Reformatório Krenak (12 Terena, 5 Kaiowá e 8 Kadiwéu).

As justificativas oficiais para a inserção desses indígenas no sistema prisional especial incluíam acusações como embriaguez, vadiagem, homicídios e roubos. Entretanto, observam-se também registros de prisões motivadas por conflitos com chefes de Postos Indígenas, distúrbios mentais, agressões com arma branca, uso de entorpecentes e episódios de violência sexual⁷⁴. A presença indígena no Reformatório Krenak, contudo, pode ter ocorrido antes de sua formalização em 1968. Documentos analisados por Brand⁷⁵, p. 104-105, revelam que, ainda em 1949, durante os conflitos agrários em Dourados, houve correspondência entre o Posto Indígena de Dourados e a 5ª Inspetoria Regional do Serviço de Proteção aos Índios (SPI), indicando que o líder indígena conhecido como capitão Henrique fora detido e deportado para a colônia penal localizada na fazenda dos índios Krenak, em Minas Gerais. Capitão Henrique havia se envolvido em conflitos fundiários e, segundo relatos de Marco Veron (Reserva Caarapó) e Valdomiro Aquino (Panambizinho), chegou a matar um indígena que estaria comercializando indevidamente lotes doados pela Comissão de Acompanhamento de Negócios da Demarcação (CAND) a famílias indígenas.

A aplicação do direito penal aos povos indígenas sempre suscitou intensos debates, sobretudo devido ao fato de que, desde o Código Civil de 1916, os indígenas eram considerados

⁶⁹ MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Diversidade cultural e Justiça de Transição: os casos de perseguição aos índios durante a ditadura militar e a transição política no Brasil. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Florença, n. 44, tomo II, p. 1137-1166, 2015.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório: textos temáticos*. Brasília: CNV, 2014. 416 p. v. 2.

⁷² ZELIC, Marcelo. *O campo de concentração de índios de Minas Gerais*. Disponível em: <http://caci.cimi.org.br/#!/dossie/977/?loc=-9.925565912405494,-62.314453125,4>. Acesso em: 10. fev. 2018.

⁷³ CORRÊA, José Gabriel Silveira. *A ordem a se preservar: a gestão dos índios e o reformatório agrícola indígena Krenak*. 2000. 216 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Antropologia Social, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000. Disponível em: <http://www.docvirt.com/docreader.net/DocReader.aspx?bib=Museu-dolndio&PagFis=201524&Pesq>. Acesso em: 17 fev. 2018.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ BRAND, Antônio. Os Kaiowá/Guarani no Mato Grosso do Sul e o processo de confinamento – a “entrada de nossos contrários”. In: CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO REGIONAL MATO GROSSO DO SUL; COMISSÃO PRÓ ÍNDIO DE SÃO PAULO; PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 3ª REGIÃO (Orgs.). *Conflito de Direitos sobre as Terras Guarani Kaiowá no Estado de Mato Grosso do Sul*. São Paulo: Palas Athena, 2000. p. 93-131.

relativamente incapazes para os atos da vida civil, e essa condição civil frequentemente influenciava sua responsabilização penal. Este sistema tutelar permaneceu em vigor por décadas, criando um vácuo normativo de difícil superação.

O critério para a aplicação de regime penal especial aos indígenas foi formalmente instituído ainda no governo de Washington Luís, por meio do Decreto nº 5.484, de 1928, que visava regulamentar a situação jurídica dos indígenas nascidos em território nacional. O elemento central do decreto era a avaliação do grau de integração do indígena à sociedade envolvente, sendo necessário comprovar um período mínimo de cinco anos de integração. Contudo, restava a dúvida: quem seria a autoridade competente para realizar tal avaliação? Seriam os agentes policiais ou os inspetores do SPI?

A redação do decreto agravava a complexidade da situação, sobretudo por seu artigo 2º, que classificava os indígenas em diversas categorias: nômades, arranchados, aldeados, residentes em povoações indígenas ou em centros agrícolas, ou ainda aqueles que viviam de forma promíscua com a população não indígena. Para efeito de aplicação do direito penal, os dois primeiros grupos, bem como aqueles com menos de cinco anos de residência em povoação indígena, eram equiparados a menores de idade, submetidos ao Código Penal então vigente.

Embora o decreto previsse que os indígenas não deveriam cumprir penas em celas comuns e que suas penas poderiam ser reduzidas caso vivessem em povoações indígenas, autorizava, por outro lado, seu recolhimento a estabelecimentos industriais especiais ou a colônias correccionais, com o objetivo declarado de disciplinamento. Nos termos do artigo 28, §1º, do referido decreto, o indígena poderia permanecer em prisão disciplinar pelo período que o inspetor considerasse necessário, não podendo ultrapassar cinco anos.

A ausência de mecanismos de controle e a subjetividade nas decisões dos agentes do SPI resultaram em múltiplas violações à liberdade dos indígenas, conforme denunciado no Relatório Figueiredo (1968). De acordo com Feijó, o Decreto nº 5.484/1928 continuou sendo aplicado até a promulgação do Estatuto do Índio, instituído pela Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973.

Feijó⁷⁶ destaca que, ao contrário do decreto de 1928, o Estatuto do Índio, ao prever um regime especial de semiliberdade para o indígena condenado criminalmente, não condicionou essa medida à comprovação de integração do indivíduo à sociedade nacional. Nessa zona de indefinição normativa, muitos indígenas foram submetidos a colônias correccionais ou a centros de tortura em Minas Gerais — como o Reformatório Krenak e a Fazenda Guarani — independentemente de seu grau de integração.

Os indígenas que integraram esse sistema repressivo foram identificados por Corrêa⁷⁷, com os dados sistematizados no Dossiê *O campo de concentração de índios de Minas Gerais*, disponível no sistema CACI – Cartografia de Ataques Contra Indígenas, mantido pelo Conselho

⁷⁶ FEIJÓ, Julianne Holder da Câmara Silva. O Direito Penal e o Índio: desafios históricos sob a nova perspectiva constitucional. *Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL*, Maceió, vol. 6, n. 1, p. 69-85, 2015.

⁷⁷ CORRÊA, José Gabriel Silveira. A ordem a se preservar: a gestão dos índios e o reformatório agrícola indígena Krenak. 2000. 216 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Antropologia Social, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000.

Indigenista Missionário (CIMI)⁷⁸. Entre 1969 e 1972, foram registrados 105 indígenas no Reformatório Krenak, oriundos dos seguintes estados: Mato Grosso do Sul (31), Acre (1), Mato Grosso (4), Tocantins (8), Maranhão (5), Pernambuco (4), Bahia (3) e Minas Gerais (10). Na Fazenda Guarani, entre 1973 e 1979, contabilizaram-se 38 entradas de indígenas provenientes de Mato Grosso do Sul (6), Amazonas (1), Mato Grosso (1), Tocantins (5), Bahia (8), Pernambuco (2) e Espírito Santo (1). Conforme já assinalado, a embriaguez era o motivo mais recorrente para a transferência desses indivíduos a Minas Gerais, contrariando a norma que exigia que a prisão disciplinar ocorresse próxima à moradia do indígena. Além disso, há registros de transferências motivadas por distúrbios mentais, o que reforça o caráter discriminatório e arbitrário da repressão empreendida contra os povos originários.

O alto índice de indígenas sul-mato-grossenses detidos pela ditadura militar em um curto espaço temporal chama atenção. Não é possível estabelecer uma ligação se as prisões estavam diretamente relacionadas aos conflitos territoriais ou se essas informações foram manipuladas no sistema de controle de entrada e saída dos indígenas. No entanto, esse é um cenário que não pode ser ignorado, principalmente quando o ciclo desenvolvimentista se intensificou no período ditatorial pelo novo formato de ocupação territorial e de desenvolvimento econômico na região sul do Mato Grosso do Sul. Tratava-se da implementação de agricultura mecanizada, realizada pela FUNAI e por ONGs^{79 80 81}.

Com a plantação de soja na região a partir da década de 1970, o “esparramo” das famílias extensas generalizou-se, e grandes áreas indígenas foram ocupadas, “em um progressivo processo de inviabilização da permanência dos índios no local”^{82, p. 126}. A abrangência do confinamento foi promovida pelo próprio governo federal:

Por meio do Ofício n. 0413/69, o Ministério da Agricultura solicitou ao Ministro do Interior a cedência de 500 hectares da Reserva Indígena de Dourados para a instalação de uma estação experimental de pesquisas agropecuárias. Essa reserva possuía, no período, uma população de 1.600 índios, como consta em ofício da Funai de 27 de agosto de 1969, em resposta às pretensões do Ministério da Agricultura. Na argumentação contra a cedência da área solicitada, está bem explícito o problema dos ‘índios desaldeados’, dizendo que a reserva indígena ‘representa o último refúgio dos remanescentes Terena, Guarani e Caiuá, que vivem espelhados nas fazendas do

⁷⁸ CIMI. Conselho Indigenista Missionário. *CACI – Cartografia de Ataques Contra Indígenas. Dossiê O campo de concentração de índios de Minas Gerais*. 2018. Disponível em: <http://caci.cimi.org.br/#!/dossie/977/?loc=-22.28909641872304,-55.37109374999999,6&init=true>. Acesso em: 20. fev. 2018.

⁷⁹ PEREIRA, Levi Marques. A atuação do órgão indigenista oficial brasileiro e a produção do cenário multiétnico da Reserva Indígena de Dourados, MS. In: Encontro Anual da ANPOCS, 38., 2014, Caxambu. *Anais [...]*. Caxambu: ANPOCS, 2014. p. 1-28. Disponível em: <http://www.anpocs.com/index.php/papers-38-encontro/gt-1/gt21-1>. Acesso em: 12 fev. 2018.

⁸⁰ BRAND, Antônio. Os Kaiowá/Guarani no Mato Grosso do Sul e o processo de confinamento – a “entrada de nossos contrários”. In: CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO REGIONAL MATO GROSSO DO SUL; COMISSÃO PRÓ ÍNDIO DE SÃO PAULO; PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 3ª REGIÃO (Orgs.). *Conflito de Direitos sobre as Terras Guarani Kaiowá no Estado de Mato Grosso do Sul*. São Paulo: Palas Athena, 2000. p. 93-131.

⁸¹ CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. *Colonialismo, território e territorialidade: a luta pela terra dos Guarani e Kaiowa em Mato Grosso do Sul*. 2013. 471 f. Tese (Doutorado) - Curso de História, Universidade Estadual Paulista, Assis, 2013.

⁸² BRAND, Antônio. Os Kaiowá/Guarani no Mato Grosso do Sul e o processo de confinamento – a “entrada de nossos contrários”. In: CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO REGIONAL MATO GROSSO DO SUL; COMISSÃO PRÓ ÍNDIO DE SÃO PAULO; PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 3ª REGIÃO (Orgs.). *Conflito de Direitos sobre as Terras Guarani Kaiowá no Estado de Mato Grosso do Sul*. São Paulo: Palas Athena, 2000. p. 93-131.

município de Dourados e que estão sendo despedidos por força da mecanização geral da agricultura e da legislação trabalhista⁸³, p. 123.

Ao lado da intensificação do esbulho territorial dos indígenas, com a criação de uma espécie de especulação imobiliária promovida pelo plantio de soja, que “exigia a incorporação de novos lotes pelos poucos agricultores que conseguiram se firmar nesse ramo de atividade, [consolidando-se] assim, um mercado de venda e arrendamento de lotes”⁸⁴, p. 17, a ditadura militar deu início a um processo de controle sobre a memória indígena nas regiões em conflitos pela terra. O movimento consistia em produzir uma narrativa em que identificasse o indígena como um inimigo virtual interno, como um risco à segurança nacional e à ideia de nação.

Como bem destacado pelo relatório da CNV, o regime militar estabeleceu uma profunda inversão de valores na tradição histórica brasileira:

[...] os índios, que na Colônia, no Império e na República foram vistos e empregados na conquista e na defesa do território brasileiro [...], passam a suspeitos, a virtuais inimigos internos, sob a alegação de serem influenciados por interesses estrangeiros ou simplesmente por seu território ter riquezas minerais, estar situado nas fronteiras e ou se encontrar no caminho de algum projeto de desenvolvimento⁸⁵, p. 211.

Assim, a FUNAI acabou por ser aparelhada por um sistema de vigilância e controle sem precedentes em sua história. A partir de 1970, a CNV⁸⁶, p. 211 conseguiu identificar que o órgão indigenista passou a ser uma fonte de informação sobre segurança, com a participação de militares egressos de órgãos de informação, e contando no seu quadro com o general Bandeira Mello, que, antes de assumir a presidência da FUNAI, era diretor da divisão de segurança e informação do Ministério do Interior.

Esse controle e monitoramento de lideranças indígenas, ao lado das políticas de omissão na manutenção de barreiras epidemiológicas aos povos indígenas a partir década de 1970, foram capazes de intensificar a desintegração e promover a repressão política e mortandade de várias etnias em todo território nacional. A nova política indigenista avançou com o processo de *desindianização*, objetivando a atração, o convívio, a integração e a futura emancipação⁸⁷. Na prática, esse processo promoveu a descaracterização dos indígenas enquanto sujeitos de direitos, afetando, principalmente seus direitos territoriais, dada a assimilação cultural com não índios.

O resgate ou a recuperação da memória tem dominado grande parte das narrativas produzidas sobre nossas experiências pós redemocratização. A CNV, como fruto de um direito à memória e à verdade, insere-se nesse contexto.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ PEREIRA, Levi Marques. A atuação do órgão indigenista oficial brasileiro e a produção do cenário multiétnico da Reserva Indígena de Dourados, MS. In: Encontro Anual da ANPOCS, 38., 2014, Caxambu. *Anais [...]*. Caxambu: ANPOCS, 2014. p. 1-28. Disponível em: <http://www.anpocs.com/index.php/papers-38-encontro/gt-1/gt21-1>. Acesso em: 12 fev. 2018.

⁸⁵ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório: textos temáticos*. Brasília: CNV, 2014. 416 p. v. 2.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*.

Os conflitos observados no Estado, quando registrados sob a hipótese de uma recuperação da memória sobre os direitos territoriais, acabam por direcionar a uma outra história. Esses desafios compõem o cenário da justiça de transição para os indígenas, como se será na seção seguinte.

3 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO PARA OS POVOS INDÍGENAS? A REPERCUSSÃO DA TESE DO MARCO TEMPORAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E NO CONGRESSO NACIONAL

Com a Constituição Federal de 1988, houve o rompimento do paradigma da assimilação cultural para o reconhecimento da diversidade cultural indígena, protegendo suas tradições, culturas e línguas. O capítulo destinado aos indígenas, embora possa ser reconhecido como um marco fundamental e histórico para o restabelecimento do sistema protetivo, não foi capaz de promover uma justiça de transição aos indígenas.

A ideia de uma transição lenta, gradual e segura para o processo de abertura e redemocratização idealizado pelo regime militar não teve o objetivo de resguardar ou incluir os indígenas. Sem uma justiça de transição específica para as vítimas de violações pelo Estado na década de 1980 e 1990, os povos indígenas enfrentaram outros desafios que afetam suas comunidades até o presente.

O processo de desagregação de cultura, tradições e direitos indígenas não foi encerrado pela ditadura militar, e a ausência de reparações mantém conflitos territoriais de longa duração na região de Mato Grosso do Sul.

Em 2014, o relatório da CNV⁸⁸, p. 253-254, após identificar uma série de violações aos direitos indígenas entre 1946-1988, recomendou ao Estado brasileiro 13 ações específicas, com destaque: i) ao pedido público de desculpas do Estado aos povos indígenas pelo esbulho das terras indígenas e pelas demais graves violações de direitos humanos ocorridas sob sua responsabilidade direta ou indireta no período investigado, visando a instauração de um marco inicial de um processo reparatório amplo e de caráter coletivo a esses povos; ii) o reconhecimento de que a perseguição aos povos indígenas visando a colonização de suas terras durante o período investigado constitui-se como crime de motivação política, por incidir sobre o próprio modo de ser indígena; iii) instalação de uma Comissão Nacional Indígena da Verdade, exclusiva para o estudo das graves violações de direitos humanos contra os povos indígenas, visando aprofundar os casos não detalhados no estudo; iv) proposição de medidas legislativas para alteração da Lei n. 10.559/2002, de modo a contemplar formas de anistia e reparação coletiva aos povos indígenas; e v) regularização e desintrusão das terras indígenas como a mais fundamental forma de reparação coletiva pelas graves violações sofridas pelos povos indígenas.

Em apartada síntese, esses cinco pontos representam o núcleo fundamental das recomendações da CNV ao governo brasileiro. No entanto, essas iniciativas ainda não foram colocadas em prática, mas isso não significa que ações independentes nesse sentido não tenham ocorrido desde o início da redemocratização.

O processo de reparação às violações aos povos indígenas começou a partir das próprias reivindicações das comunidades afetadas pelo esbulho possessório. A partir da década de

⁸⁸ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório: textos temáticos*. Brasília: CNV, 2014. 416 p. v. 2.

1980, na ausência consciente do Estado, os indígenas deram início ao movimento de reocupação de suas terras tradicionais.

Os possíveis marcos para esse movimento de reação em Mato Grosso do Sul podem ter origem em dois momentos nevrálgicos para a organização política dos indígenas: o primeiro, em 1978, quando os índios das aldeias de Guaimbé e Rancho Jacaré foram expulsos de suas terras tradicionais e encurralados em outras comunidades indígenas com culturas absolutamente diferentes e, no segundo momento, após o assassinato da maior liderança indígena do povo Guarani Kaiowá, Marçal de Souza, ocorrido em 25 de novembro de 1983, em Bela Vista-MS⁸⁹, p. 68.

Em um estudo publicado em 2000, organizado pela CIMI-MS, Maucir Pauletti, Micheal Feeney, Nereu Schneider e Olívio Mangolim registraram a história de luta pela terra pelo povo Guarani e Kaiowá, indicando que, durante as décadas de 1980 e 1990, os indígenas reocuparam terras tradicionais (*tekoha*, em Guarani) nas aldeias Jaguaripé, Jaguari, Sete Cerros e Gua-suti, e avançaram na demarcação de 16 *tekoha* tradicionais.

Os registros dos autores são muito relevantes para identificarmos os movimentos de resistência dos indígenas e os usos, os argumentos e as estratégias de fazendeiros e do próprio Estado para rejeitar as demandas das comunidades indígenas, mesmo nas situações em que as demarcações já eram uma realidade de fato.

O trabalho da FUNAI, da Polícia Federal, do Ministério Público Federal e de instituições não governamentais nesse processo é fundamental para as primeiras vitórias aos indígenas. No entanto, as consequências para os índios foram severas. Os quadros de suicídios das etnias Guarani e Kaiowá, entre 1986 e 1999, alcançaram o número de 305. As maiores incidências ocorreram na região de Dourados-MS, com 120 suicídios, seguida por Amambai (45), Caarapó (44), Taquapery e Porto Lindo, com 27 em cada reserva. De 1992 a 1999, dos 227 suicídios registrados (138 homens e 89 mulheres), 154 ocorreram entre jovens de até 25 anos⁹⁰, p.63-64.

Os altos índices de suicídios indígenas nessas localidades refletem a grave situação a qual foram submetidas, principalmente com o processo de usurpação de suas terras, fruto de um modelo contraditório de demarcação efetivado pelo governo federal, visando a liberação de terras para atender os interesses de colonizadores. Segundo Pauletti *et al.*⁹¹, há fortes indicadores que apontam a eliminação dos casos de suicídios após as demarcações ocorridas entre 1992 e 1999:

Em todas as áreas que foram retomadas pelos Guarani e Kaiowá em que houve o processo de reconstrução do modo de ser e viver, o suicídio não é a macabra realidade das reservas; na maioria absoluta sequer ocorre. Naquelas reservas de onde saíram esses grupos que foram retomar os seus territórios sagrados, houve sensível diminuição dos casos de suicídios, alertando para o fato de que o encurralamento é

⁸⁹ PAULETTI, Maucir *et. al.* Povo Guarani e Kaiowá: uma história de luta pela terra no Estado de Mato Grosso do Sul. In: CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO REGIONAL MATO GROSSO DO SUL; COMISSÃO PRÓ ÍNDIO DE SÃO PAULO; PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 3ª REGIÃO (Orgs.). *Conflito de Direitos sobre as Terras Guarani Kaiowá no Estado de Mato Grosso do Sul*. São Paulo: Palas Athena, 2000. p. 45-92.

⁹⁰ PAULETTI, Maucir *et. al.* Povo Guarani e Kaiowá: uma história de luta pela terra no Estado de Mato Grosso do Sul. In: CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO REGIONAL MATO GROSSO DO SUL; COMISSÃO PRÓ ÍNDIO DE SÃO PAULO; PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 3ª REGIÃO (Orgs.). *Conflito de Direitos sobre as Terras Guarani Kaiowá no Estado de Mato Grosso do Sul*. São Paulo: Palas Athena, 2000. p. 45-92.

⁹¹ *Ibidem*.

fator altamente negativo para o povo e que tem levado centenas de Guarani e Kaiowá a cometer suicídio, por falta de perspectivas de vida, nas áreas superpovoadas⁹², p. 66.

Os suicídios ainda acompanham as histórias dos indígenas em Mato Grosso do Sul. Dos 106 registros ocorridos em 2016, 30 ocorreram no Estado: “o sistema registrou óbitos por lesões autoprovocadas em 6 vítimas com faixa etária entre 5 e 14 anos, 23 vítimas com faixa etária entre 15 e 49 anos e 1 vítima com 50 ou mais”⁹³, p. 106. De 2000 a 2016, Mato Grosso do Sul já registrou 782 suicídios indígenas. De 2019 a 2022, o Estado registrou mais 131 suicídios⁹⁴.

A retomada das demarcações de reservas indígenas no Estado ainda está em curso, mesmo diante da pior marca de distribuição de terras indígenas do país. O confinamento está circunscrito a apenas 6.777 km² do Estado, correspondendo a 1,89% do território total do Estado. A densidade populacional indígena é 40% maior do que a população não indígena⁹⁵.

A forma como as reparações têm sido buscadas pelos órgãos de apoio e proteção aos indígenas tem no poder Judiciário um ponto de partida e chegada. No início de 2016, a CPI FUNAI/INCRA solicitou informações do MPF/MS sobre o andamento da questão indígena em Mato Grosso do Sul e foi indicado a existência de 43 ações judiciais em curso:

Terra Indígena Cachoeirinha (Miranda e Aquidauana): 10 ações (Declaratórias, Reintegração de Posse, Interdito Proibitório e cautelares incidentais); Terra Indígena Buriti (Sidrolândia e Dois Irmãos do Buriti): 10 ações; Terra Indígena Taunay-Ipegue (Aquidauana): 6 ações; Terra Indígena Limão Verde (Aquidauana): 2 ações; Terra Indígena Pilad Rebuá (Miranda): 2 ações; Terra Indígena Kadiwéu (Porto Murtinho): 13 ações⁹⁶.

Ações judiciais são tramitadas na Justiça de Mato Grosso do Sul desde a época da ditadura militar e tal fato carrega em si uma trajetória histórica de alto impacto. A atuação do poder Judiciário sob a ditadura, em especial no enfrentamento da questão indígena foi bem retratado por Magalhães⁹⁷, p. 1.159, que identificou no STF a aplicação de normas que garantiram os direitos dos índios às terras que ocupavam desde tempos imemoriais. No entanto, destacou a autora que “isso não significou [...] que a atuação do STF fosse capaz de conter os

⁹² *Ibidem*.

⁹³ CIMI. Conselho Indigenista Missionário. *Relatório Violência contra os Povos Indígenas no Brasil – Dados de 2016*. 2016. Disponível em: <https://www.cimi.org.br/pub/Relatorio2016/relatorio2016.pdf>. Acesso em 15. jan. 2018.

⁹⁴ BONOTTO, Gustavo. Mato Grosso do Sul é o 2º estado com maior taxa de suicídio indígena no país. Disponível em: https://www.campograndenews.com.br/brasil/cidades/mato-grosso-do-sul-e-o-2o-estado-com-maior-taxe-suicidio-indigena-no-pais?utm_source=chatgpt.com. Acesso em: 18 mai. 2025.

⁹⁵ CIMI. Conselho Indigenista Missionário. *CACI – Cartografia de Ataques Contra Indígenas. Dossiê O campo de concentração de índios de Minas Gerais*. 2018. Disponível em: <http://caci.cimi.org.br/#/dossie/977/?loc=-22.28909641872304,-55.37109374999999,6&init=true>. Acesso em: 20. fev. 2018.

⁹⁶ BRASIL. Ministério Público Federal. Ofício n. 005/2016 – MPF/PRMS/EKS. Comissão Parlamentar de Inquérito – FUNAI e INCRA. Campo Grande: MPF, 2016b.

⁹⁷ MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Diversidade cultural e Justiça de Transição: os casos de perseguição aos índios durante a ditadura militar e a transição política no Brasil. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Florença, n. 44, tomo II, p. 1137-1166, 2015.

excessos do regime em relação aos índios. Questões como mortes, tortura, remoções forçadas, desterritorialização e mesmo aprisionamentos não foram judicializadas”⁹⁸.

Em nível nacional, Demetrio e Kozicki⁹⁹ identificaram 9 processos judiciais envolvendo povos indígenas e com parâmetros reparatórios da justiça de transição, de 1979 a 2015. O destaque nesses resultados foi a escolha do STF pela tese do marco temporal da ocupação, nos termos da Súmula 650: “Os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto”. Na prática, estabelecer reformas transicionais com a vigência dessa interpretação impede, completamente, o direito dos povos indígenas à recuperação de suas terras tradicionais.

A súmula foi emitida em 2010 e teve por objetivo estabelecer que a data da promulgação da Constituição de 1988, em 05 de outubro, passa a ser o marco temporal para a comprovação de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. Segundo Magalhães^{100, p. 1.163}, como a súmula “se tornou um precedente obrigatório a ser observado em casos semelhantes praticamente exclui a possibilidade de que os povos exterminados ou expropriados durante a ditadura militar possam recuperar seus direitos originários às terras”.

Nesse mesmo sentido caminham as críticas de Demetrio e Kozicki, ao alegarem que, “para os povos indígenas, pouco importa a data da promulgação de um documento jurídico, o que estes buscam é a possibilidade de que o Estado reconheça que esses territórios são seus, para que, assim, possam continuar sobrevivendo, seja no aspecto biológico, cultural ou social”^{101, p. 161}.

A Súmula 650 já foi utilizada contra os interesses indígenas em Mato Grosso do Sul, no caso da reserva Limão Verde, em Aquidauana-MS (STF, Agravo Regimental n. 803.463-AgR/MS, 2014)¹⁰².

A tese do marco temporal para demarcação de terras indígenas no Brasil, tal como delineada na contemporaneidade, constitui uma construção jurídico-política relativamente recente, embora suas raízes estejam ligadas ao processo histórico de (re)definição dos direitos territoriais dos povos originários a partir da Constituição Federal de 1988.

A promulgação da Constituição em 1988 representa uma inflexão no tratamento jurídico conferido aos povos indígenas, rompendo com a lógica assimilacionista que havia pautado as Constituições anteriores e adotando uma abordagem multicultural. O art. 231 do texto constitucional consagra os “direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, reconhecendo expressamente a diversidade cultural, linguística e organizacional dos povos indígenas: *Art. 231, caput*: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, lín-

⁹⁸ Para maiores detalhes sobre a atuação do poder Judiciário na ditadura militar, ver o estudo de Anthony Pereira (2010).

⁹⁹ DEMETRIO, André; KOZICKI, Katya. A (In)Justiça de Transição para os Povos Indígenas no Brasil. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 129-169, mar. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2017/28186>. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/28186>. Acesso em: 21 fev. 2018.

¹⁰⁰ MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Diversidade cultural e Justiça de Transição: os casos de perseguição aos índios durante a ditadura militar e a transição política no Brasil. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Florença, n. 44, tomo II, p. 1137-1166, 2015.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de abril de 2010. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, DF, 06 ago. 2010.

guas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam [...]” §1º: “São terras tradicionalmente ocupadas aquelas habitadas em caráter permanente, utilizadas para suas atividades produtivas, imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e necessárias à sua reprodução física e cultural [...]”.

Importa destacar que a Constituição não faz qualquer menção a uma data específica que funcione como marco temporal para aferição da ocupação tradicional. Ao contrário, admite implicitamente que povos indígenas podem ter sido deslocados de seus territórios por meios violentos ou ilegítimos, o que não descaracteriza o vínculo tradicional com a terra.

O surgimento da ideia de um “marco temporal” como critério jurídico relevante se deu no âmbito do julgamento da Petição 3388 (Caso Raposa Serra do Sol), apreciada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009. O litígio versava sobre a validade da demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, situada no estado de Roraima.

Embora o STF tenha confirmado a constitucionalidade da demarcação em terras contínuas, durante os votos dos ministros – notadamente Menezes Direito e Carlos Ayres Britto – emergiu a noção de que apenas as terras efetivamente ocupadas pelos povos indígenas na data de promulgação da Constituição (5 de outubro de 1988) poderiam ser reconhecidas como “tradicionalmente ocupadas”, salvo em hipóteses de conflito possessório ou esbulho forçado devidamente comprovado.

Importante destacar que, naquele momento, tal entendimento não adquiriu efeito vinculante nem foi fixado como tese com repercussão geral. Contudo, a decisão passou a ser invocada como precedente relevante em instâncias administrativas e judiciais subsequentes, inaugurando a consolidação informal da tese do marco temporal como critério de interpretação do art. 231 da Constituição.

O fortalecimento institucional da tese do marco temporal ocorreu em âmbito administrativo, especialmente a partir do Parecer nº 001/2017/GAB/CGU/AGU¹⁰³, aprovado pelo então presidente Michel Temer com efeito vinculante no âmbito da administração pública federal. Esse parecer passou a orientar a atuação da Funai e de outros órgãos estatais no sentido de que o reconhecimento de terras indígenas deveria se restringir àquelas comprovadamente ocupadas em 5 de outubro de 1988, salvo demonstração cabal de expulsão ou disputa possessória judicializada. O efeito prático foi o travamento de dezenas de processos de demarcação de terras de povos indígenas, além de favorecer interpretações restritivas sobre o conceito constitucional de “ocupação tradicional”.

Durante o governo de Jair Bolsonaro, a aplicação da tese do marco temporal foi não apenas mantida, mas aprofundada. A nomeação de dirigentes da Funai alinhados à tese restritiva e a adoção de medidas administrativas baseadas no Parecer 001/2017 resultaram em uma drástica redução das demarcações de terras indígenas. O marco temporal foi convertido em política de Estado e incorporado ao discurso político como instrumento de segurança jurídica para proprietários não indígenas, especialmente no agronegócio.

¹⁰³ BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Parecer nº 001/2017/GAB/CGU/AGU*. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/agu>. Acesso em: 15 maio 2025.

O Executivo federal, ademais, passou a defender ativamente a tese junto ao STF e no Congresso Nacional, estimulando a elaboração de projetos de lei que procuravam institucionalizar o marco temporal como norma legal.

O retorno do tema ao Supremo Tribunal Federal deu-se por meio do Recurso Extraordinário 1017365, com repercussão geral reconhecida sob o Tema 1031. O caso envolvia a Terra Indígena Ibirama-Laklãnõ, em Santa Catarina, e tornava-se o paradigma para definir se o marco temporal é ou não compatível com o texto constitucional. No início do julgamento, iniciado em 2021, o ministro Kassio Nunes Marques proferiu voto favorável à tese do marco temporal, delineando fundamentos que sustentam sua constitucionalidade e sua relevância para a segurança jurídica nacional.

Um dos principais argumentos do ministro foi o de que a ausência de um marco temporal explícito abriria margem para uma “expansão ilimitada” das reivindicações territoriais, inclusive sobre áreas que já teriam sido incorporadas ao mercado imobiliário e urbano do País. Tal cenário, segundo seu voto, poderia comprometer gravemente a previsibilidade e a estabilidade das relações fundiárias brasileiras, especialmente em regiões densamente ocupadas e economicamente produtivas.

Nesse contexto, Nunes Marques ressaltou que a consolidação de um marco temporal é uma exigência de ordem prática e institucional, uma vez que permitiria conferir segurança jurídica tanto às comunidades indígenas quanto aos demais atores sociais e econômicos. Ele afirmou que permitir a reivindicação de terras a partir da simples alegação de esbulho ancestral – sem limites temporais objetivos – comprometeria a pacificação social e abriria espaço para conflitos indefinidos. Como argumentou: “Uma teoria que defenda os limites das terras a um processo permanente de recuperação de posse em razão de um esbulho ancestral naturalmente abre espaço para conflitos de toda a ordem, sem que haja horizonte de pacificação”¹⁰⁴.

O ministro também fez uma distinção conceitual relevante entre “posse tradicional” e “posse imemorial”. Para ele, o conceito de tradicionalidade da ocupação deve ser vinculado a uma referência histórica mais objetiva – no caso, a data da promulgação da Constituição Federal de 1988 –, sob pena de se esvaziar o próprio sentido jurídico da posse como fato reconhecível no tempo e no espaço. Em sua avaliação, a posse imemorial, por não ser delimitável de modo concreto, introduziria insegurança jurídica e inviabilizaria a atuação eficiente do Estado na resolução de litígios territoriais.

Outro ponto enfatizado por Nunes Marques diz respeito à interpretação sistemática do artigo 231 da Constituição Federal. O dispositivo reconhece aos povos indígenas os direitos sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas, cabendo à União promover a demarcação no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Carta de 1988. Para o ministro, esse prazo demonstra a intenção do constituinte originário de estabelecer um marco objetivo – ou seja, a data de 5 de outubro de 1988 – para o reconhecimento da ocupação tradicional, tornando imprópria a reivindicação de terras com base em ocupações anteriores, que não tenham sido objeto de efetivo exercício possessório na data referida.

¹⁰⁴ AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. *STF inicia julgamento sobre marco temporal das terras indígenas*. Brasília, 26 ago. 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/788205-stf-inicia-julgamento-sobre-marco-temporal-das-terras-indigenas/>. Acesso em: 19 maio 2025.

Além dos aspectos jurídicos e temporais, o voto também abordou questões ambientais. O ministro argumentou que a ampliação da Terra Indígena Ibirama-Laklãnõ, tal como requerida pela Fundação Nacional do Índio (Funai), sobrepor-se-ia a uma área de proteção ambiental. Para ele, essa superposição seria indevida e violaria outros dispositivos constitucionais voltados à preservação ambiental e ao equilíbrio do ordenamento territorial. Assim, ao se considerar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o marco temporal apresentar-se-ia como um critério de ponderação adequado entre o direito dos povos indígenas e outros interesses constitucionalmente protegidos. Por fim, o voto também evocou aspectos de soberania e governabilidade. Segundo Nunes Marques, a inexistência de balizas temporais claras para a definição dos direitos territoriais indígenas comprometeria “a soberania e a independência nacional”, ao permitir a reconfiguração do território sem previsibilidade ou controle institucional. Tal argumento se ancora na ideia de que o ordenamento jurídico deve estabelecer critérios objetivos e aplicáveis de maneira uniforme, evitando que o reconhecimento de direitos constitucionais fundamentais acabe por gerar conflitos interinstitucionais e instabilidade social.

Em síntese, o argumento favorável ao marco temporal parte da premissa de que a Constituição Federal de 1988 procurou equilibrar o reconhecimento dos direitos históricos dos povos indígenas com a necessidade de estabilidade nas relações territoriais e de viabilidade na implementação de políticas públicas. A delimitação temporal teria, assim, função instrumental na efetivação do próprio direito à terra, ao impedir que ele se transforme em um vetor de incerteza jurídica e de desorganização fundiária.

Os opositores ao marco temporal argumentam que sua adoção comprometeria direitos constitucionais, aprofundaria conflitos fundiários e ameaçaria tanto a integridade das comunidades indígenas quanto a preservação ambiental em áreas de relevante interesse ecológico. Um dos principais pontos levantados por representantes dos povos indígenas é que a imposição de um limite temporal – especificamente a data de 5 de outubro de 1988 – para o reconhecimento de terras tradicionalmente ocupadas viola o caráter originário e imprescritível dos seus direitos territoriais. A exigência de comprovação de ocupação física na data da promulgação da Constituição ignora os múltiplos contextos de expulsão violenta, remoções forçadas e deslocamentos causados por políticas estatais, conflitos armados ou pressões econômicas. Assim, argumenta-se que o marco temporal colocaria em risco a sobrevivência de diversas comunidades que, por circunstâncias históricas e estruturais, não estavam em suas terras em 1988.

Além disso, as lideranças indígenas alertam para o potencial efeito desestabilizador da adoção da tese do marco temporal¹⁰⁵. Longe de promover segurança jurídica, ela poderia deflagrar uma onda de judicializações, inclusive com questionamentos sobre territórios já demarcados, reabrindo disputas que já haviam sido pacificadas sob o amparo das normas constitucionais vigentes. Nessa perspectiva, a adoção do marco temporal tenderia a provocar um verdadeiro “caos jurídico” no país, ao deslegitimar atos administrativos consolidados e estimular conflitos fundiários em todo o território nacional.

¹⁰⁵ ISA – Instituto Socioambiental. *Dossiê sobre o marco temporal: resistência e mobilização indígena*. São Paulo: ISA, 2022. Disponível em: <https://www.socioambiental.org>. Acesso em: 15 maio 2025; APIB – Articulação dos Povos Indígenas do Brasil. *Relatórios e notas técnicas sobre demarcações*. Brasília: APIB, 2023. Disponível em: <https://apiboficial.org>. Acesso em: 15 maio 2025.

Ainda em 2021, o ministro Edson Fachin, manifestou-se de forma clara e fundamentada contra o marco temporal. Em seu voto, afirmou que a proteção constitucional aos direitos territoriais dos povos indígenas independe de qualquer limite temporal arbitrário, bem como da demonstração de esbulho renitente. Para o ministro, a Constituição Federal de 1988 reconhece que os direitos indígenas sobre suas terras são originários, ou seja, preexistentes à própria formação do Estado brasileiro e, portanto, não condicionados à data de sua promulgação. Fachin enfatizou, ainda, que o procedimento administrativo de demarcação não cria um novo direito, mas apenas declara a existência de um direito originário.

Nesse sentido, a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas é um ato de reconhecimento por parte do Estado brasileiro, e não de constituição ou concessão de direitos. Como afirmou o ministro, “a demarcação é um ato meramente declaratório”, cabendo ao Estado apenas reconhecer uma situação de fato e de direito já existente, em respeito à Constituição e aos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário¹⁰⁶.

A posição contrária ao marco temporal também encontra fundamento em princípios constitucionais e internacionais. Do ponto de vista interno, o artigo 231 da Constituição Federal assegura aos povos indígenas os direitos às terras que tradicionalmente ocupam, sem fazer referência a qualquer marco cronológico. Internacionalmente, convenções como a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil, reforçam a obrigação dos Estados de proteger os direitos territoriais dos povos indígenas com base em critérios culturais e históricos, e não em critérios temporais restritivos. Portanto, os argumentos contrários ao marco temporal convergem para a defesa da inconstitucionalidade da tese, por afronta aos direitos fundamentais dos povos indígenas e por incompatibilidade com o regime jurídico internacional de proteção aos direitos humanos. A adoção do marco temporal, além de desconsiderar a historicidade dos processos de expulsão e deslocamento, comprometeria a função declaratória do Estado na demarcação das terras e representaria uma ruptura com o compromisso constitucional de respeito à diversidade étnica, à dignidade da pessoa humana e ao pluralismo jurídico.

O julgamento, iniciado em 2021 e concluído em 2023, resultou na rejeição da tese por maioria de votos (9 a 2). O STF reafirmou o caráter originário dos direitos territoriais indígenas e rechaçou a imposição de uma data fixa como critério limitador do direito à demarcação. A Corte entendeu que a Constituição não admite condicionantes temporais para o reconhecimento da posse tradicional indígena, especialmente diante da possibilidade histórica de expulsões violentas.

Em resposta à decisão do STF, o Congresso Nacional aprovou o Projeto de Lei nº 2903/2023, convertido na Lei nº 14.701/2023, que institui a tese do marco temporal como diretriz legal, além de trazer outras disposições contrárias à jurisprudência consolidada da Corte Suprema. Embora o projeto tenha sido sancionado com vetos presidenciais, o Congresso derrubou parte significativa desses vetos, promovendo uma confrontação institucional direta entre os Poderes Legislativo e Judiciário. A constitucionalidade da nova lei é objeto de ações diretas de inconstitucionalidade atualmente em trâmite no STF, que deverá decidir se o Con-

¹⁰⁶ AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. *STF inicia julgamento sobre marco temporal das terras indígenas*. Brasília, 26 ago. 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/788205-stf-inicia-julgamento-sobre-marco-temporal-das-terras-indigenas/>. Acesso em: 19 maio 2025.

gresso pode, por meio de lei ordinária, redefinir os contornos jurídicos de um direito fundamental reconhecido expressamente pela Constituição e já interpretado pelo Judiciário com repercussão geral.

Como se pode observar, as medidas para uma justiça de transição aos povos indígenas têm se tornado cada dia mais distantes. O estabelecimento do marco temporal em 1988 para o reconhecimento de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, frente ao contexto da ditadura militar, não é razoável e sua manutenção viola as recomendações da CNV para o governo brasileiro.

Ao lado dessas dificuldades, que impedem o processo de reparação, o controle sobre a memória tem promovido outros desafios para os povos indígenas em Mato Grosso do Sul. Trata-se dos embates políticos nas demarcações de terra e nos usos da mídia para desqualificar os interesses indígenas.

Em uma matéria publicada pelo jornal *Agora MS*, em 04 de agosto de 2008, a frase “Mato Grosso do Sul não será terra de índio” foi atribuída ao então governador do Estado, André Puccinelli. O contexto desse conflito se referia às publicações de portarias pela FUNAI, instituindo grupos de trabalhos, com o apoio do MPF, para demarcações de terras indígenas no Estado. Poucos anos depois, durante seu mandato presidencial (2019–2022), Jair Bolsonaro reiteradamente declarou sua oposição à ampliação de terras indígenas, o que reflete uma orientação política e administrativa contrária aos direitos territoriais dos povos originários. Em diversas ocasiões públicas, Bolsonaro afirmou que, sob sua gestão, “não demarcaria um centímetro de terra indígena” no Brasil¹⁰⁷. Tal postura evidencia não apenas uma ruptura com as diretrizes constitucionais estabelecidas no artigo 231 da Constituição Federal de 1988, mas também reforça a tentativa de consolidar uma interpretação restritiva dos direitos territoriais indígenas, em consonância com a tese do marco temporal. Ao declarar abertamente sua recusa em cumprir o dever constitucional de demarcação, o ex-presidente interferiu diretamente na atuação dos órgãos estatais competentes — como a Fundação Nacional dos Povos Indígenas (Funai) e o Ministério da Justiça —, promovendo um ambiente institucional de paralisação das políticas públicas de reconhecimento e proteção das terras tradicionalmente ocupadas. Essa política se insere em um contexto mais amplo de desmonte institucional e favorecimento de interesses econômicos ligados ao agronegócio, à mineração e à exploração de recursos naturais, em detrimento dos direitos constitucionais dos povos indígenas e da preservação ambiental.

Em um estudo rigoroso de acompanhamento do conflito, Cavalcante¹⁰⁸ promoveu uma análise sobre os movimentos de políticos ruralistas, associações de criadores, mídia e governo contra as ações demarcatórias.

A partir de 2007, período em que houve a assinatura do Compromisso de Ajustamento de Conduta – CAC entre a FUNAI e o MPF para demarcações de terras indígenas, as reações começaram: i) houve manifestos contrários à demarcação de 17 deputados estaduais da Comissão de Agricultura, Pecuária e Políticas Rural, Agrária e Pecuária da Assembleia Legislativa

¹⁰⁷ G1. *Bolsonaro diz que não demarcará 'nem mais um centímetro' de terra indígena*. G1, 01 jan. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/01/01/bolsonaro-diz-que-nao-demarcara-nem-mais-um-centimetro-de-terra-indigena.ghtml>. Acesso em: 19 maio 2025.

¹⁰⁸ CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. *Colonialismo, território e territorialidade: a luta pela terra dos Guarani e Kaiowa em Mato Grosso do Sul*. 2013. 471 f. Tese (Doutorado) - Curso de História, Universidade Estadual Paulista, Assis, 2013.

de Mato Grosso do Sul; ii) acusações de que a FUNAI não teria legitimidade e imparcialidade necessária para demarcar terras, em detrimento do direito de propriedade; iii) mobilizações de prefeitos da região sul do Estado, contrários às medidas, e com apoio do governo do Estado; iv) e discursos no plenário do Senado Federal (10/09/2008), do senador Valter Pereira, afirmando que a FUNAI entende o índio como se fosse aquele encontrado em 1500; v) e tentativas do próprio poder Legislativo estadual de anular os efeitos das portarias emitidas pela FUNAI¹⁰⁹.

A imprensa local possui ligações diretas com os interesses de ruralistas e políticos e, sempre que possível, contribui para que a opinião pública construa uma imagem negativa sobre o indígena. Em 28 de julho de 2008, Cavalcante¹¹⁰ identificou o jornal *Correio do Estado* publicando a manchete “Acordo da FUNAI com o MPF deve afastar investimentos”. O objetivo da reportagem era dar a impressão de que 26 municípios afetados pela medida perderiam suas áreas cultiváveis para os indígenas e que, com isso, investimentos importantes poderiam ser afugentados, com riscos e prejuízos aos trabalhadores, que poderiam perder empregos nas usinas de açúcar e álcool na região.

Em menos de dez dias, Cavalcante¹¹¹, p. 359-360 identificou nove publicações concentradas, com manchetes negativas sobre a demarcação de terras. Charges também foram utilizadas, apresentando “os índios como se fossem uma classe de privilegiados e que os não índios seriam os exploradores que pagariam alto preço para que os primeiros pudessem receber tais privilégios”.

A desqualificação da imagem do indígena, tal como fora construída pela ditadura militar, retoma com o mesmo vigor nos anos 2000. A ideia de que os índios podem ser inimigos virtuais, aptos a colocarem em risco o progresso, o desenvolvimento regional e nacional, foi acionada. Em 13 de junho de 2012, a revista *Veja* publicou uma imagem de duas áreas divididas por uma estrada vicinal: de um lado, uma propriedade particular, e, do outro, a Terra Indígena Panambizinho, no município de Dourados, com a frase: “Advinhe qual é a terra dos índios?”. A imagem buscava reproduzir a figura do indígena como avesso ao trabalho, resumindo o seu conteúdo: “[...] Em boa parte das reservas, antes fazendas produtivas, o cenário é de abandono e a população sobrevive de benesses do governo”¹¹², p. 364.

Os conflitos sobre a disputa de terra envolvem uma memória que nem sempre é usada para auxiliar as vítimas para a superação das violações. Os usos da memória pela mídia, por exemplo, ignoram a necessidade de instruir as pessoas sobre o passado de violação. Nas disputas de poder, impõem um outro tipo de memória, que contribui para a depreciação das relações multiculturais que se fundamentam na própria existência da sociedade brasileira e sul-mato-grossense, especificamente.

¹⁰⁹ CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. *Colonialismo, território e territorialidade: a luta pela terra dos Guarani e Kaiowa em Mato Grosso do Sul*. 2013. 471 f. Tese (Doutorado) - Curso de História, Universidade Estadual Paulista, Assis, 2013.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² *Ibidem*.

Para os indígenas, os conflitos agrários dizem respeito à memória de eventos traumáticos sucessivos e o resgate dessa memória poderia ter um potencial democrático para uma educação em direitos humanos sobre as comunidades indígenas¹¹³.

Dissipar a ideia dos militares, de que o inimigo poderia ser interno e que qualquer um teria esse potencial, e em relação ao índio, de ser um entrave para o desenvolvimento, é um desafio de longa duração, porque, ao controlar a linguagem (que reproduz uma imagem), “o regime ditatorial controlava a memória social, o que é possível lembrar e como lembrar”¹¹⁴, p. 201. Essa memória ainda se faz presente sobre aquela região do Estado.

Pensar em justiça de transição para os indígenas é questionar os limites da memória social e impor um sentido transitório, para ajustar nossa identidade constitucional aos ditames da justiça e da liberdade.

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

A transição da ditadura para a democracia não foi capaz de produzir uma justiça de transição ampla o suficiente para abarcar os povos indígenas. O objetivo desta pesquisa é produzir, a partir dos pilares que sustentam a justiça de transição, pontos de inflexão sobre a questão indígena no Estado de Mato Grosso do Sul.

Como se pode observar, o processo de desintegração da cultura e dos direitos territoriais indígenas é de longa duração e, no caso dos povos indígenas de Mato Grosso do Sul, a ocupação e a integração regional ocorreram dentro de padrões violadores, cujos efeitos projetam-se até o presente.

Se os anos de 1940 a 1960 podem ser considerados como o grande momento institucionalizante de uma “colonização dirigida”, com ocupação de extensas áreas de terras indígenas, o processo de desintegração aprofundou-se a partir da ditadura militar (1964–1985).

Em reação ao uso da força e à perseguição política, a partir da década de 1980, os indígenas deram início ao processo de reocupação das terras tradicionais invadidas por fazendeiros. Esse movimento, ainda presente, envolveu violências de toda ordem, com altos índices de suicídios entre os indígenas e homicídios que, nos últimos anos, superam 500 mortes. A reparação das violações contra os povos indígenas enfrenta resistência institucionalizada, sustentada pelo poder político de ruralistas e setores do empresariado sul-mato-grossense. A mídia também tem contribuído para uma campanha negativa contra os interesses dos povos indígenas, ativando uma memória construída pela ditadura militar, que os representa como entraves ao desenvolvimento local e regional.

Pela via judicial, o Ministério Público Federal (MPF), com apoio às ações da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), tem acompanhado pedidos de novas demarcações de terras, com

¹¹³ Para maiores detalhes, ver DURAN, Angela Aparecida da Cruz. A educação em direitos humanos e o direito dos povos indígenas: um estudo de caso sobre desenvolvimento e diversidade em Mato Grosso do Sul. 2013. 184 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

¹¹⁴ PAIXÃO, Cristiano; FRISSE, Giovanna Maria. Usos da memória: as experiências do holocausto e da ditadura no Brasil. *Lua Nova*, São Paulo, n. 97, pp. 191-212, 2016.

vistas à ampliação das áreas de confinamento dos povos indígenas. Desde 2016, mais de 40 ações judiciais sobre terras indígenas tramitavam na Justiça Federal de Mato Grosso do Sul.

Com a promulgação da Lei nº 14.701/2023, que institui o marco temporal como critério para a demarcação de terras indígenas, representa um grave retrocesso no campo dos direitos constitucionais dos povos originários no Brasil. Ao condicionar o reconhecimento das terras tradicionalmente ocupadas à sua posse em 5 de outubro de 1988 — data da promulgação da Constituição Federal —, a norma ignora contextos históricos de violência, expulsão forçada e esbulho possessório que inviabilizaram a permanência de muitas comunidades em seus territórios ancestrais.

A principal negatividade da lei reside em seu caráter desconstitucionalizante: ela restringe um direito originário — reconhecido no art. 231 da Constituição como anterior à própria formação do Estado — a um critério temporal arbitrário, que desconsidera a diversidade das trajetórias históricas de resistência e retomada. Além disso, ao exigir que os indígenas provem presença física na data da Constituição ou demonstrem “renitente esbulho”, a norma impõe um ônus da prova desproporcional a comunidades que, muitas vezes, sequer têm acesso à documentação formal ou à assistência jurídica adequada. Essa legislação também acirra conflitos no campo, abrindo espaço para disputas violentas e para a legalização de ocupações indevidas por terceiros. A fragilização do direito territorial indígena enfraquece a proteção ambiental, uma vez que os territórios indígenas desempenham papel fundamental na conservação da biodiversidade.

Em síntese, a Lei nº 14.701/2023 compromete não apenas os direitos fundamentais dos povos indígenas, mas também o pacto constituinte de 1988, ao subordinar o direito originário a uma lógica de segurança jurídica moldada por interesses econômicos, em especial do agromercado e da mineração. Trata-se, assim, de um instrumento legislativo que contraria a justiça histórica e a pluralidade étnica que compõem a identidade constitucional do Brasil.

De fato, não se pode ignorar que a tese do marco temporal foi lançada, pela primeira vez, no próprio STF, com o voto de Ayres Brito, no caso da demarcação da Terra Indígena Raposa do Sol. No entanto, o Supremo Tribunal Federal está atualmente envolvido em diversas ações judiciais que visam a proteção dos povos indígenas no Brasil. Destacam-se: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 991: Relatada pelo ministro Edson Fachin, esta ação busca assegurar a proteção de terras indígenas com presença de povos isolados e de recente contato. O STF determinou à União e à Funai a implementação de medidas específicas, incluindo a elaboração de planos de ação e a alocação de recursos orçamentários para garantir a efetividade das ações de proteção; ADPF 709: Esta ação, também relatada por Fachin, questiona a atuação da Funai na proteção dos territórios indígenas, especialmente em relação ao poder de polícia do órgão. O STF tem exigido a regulamentação desse poder, estabelecendo prazos para a União publicar a normativa correspondente; Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) contra a Lei nº 14.701/2023: Diversas entidades, incluindo a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib), o PSOL e a Rede Sustentabilidade, ajuizaram ações no STF questionando a constitucionalidade da Lei nº 14.701/2023, que estabelece a tese do marco temporal para a demarcação de terras indígenas. O STF suspendeu o andamento dessas ações para promover um processo de conciliação entre as partes envolvidas.

Essas ações refletem o compromisso do STF na proteção dos direitos territoriais e culturais dos povos indígenas, enfrentando desafios legislativos e promovendo o diálogo entre as partes interessadas. No entanto, o precedente da Lei n. 14.701/2023, ainda impõe severas

limitações à reparação dos povos indígenas afetados pela ditadura militar, ignorando, inclusive, as ações de verdade e memória que poderiam subsidiar medidas reparatórias e mitigar as violações sistemáticas de direitos humanos cometidas contra essas populações.

Como registram os dados da Comissão Nacional da Verdade (CNV), a própria FUNAI chegou a expedir, durante a ditadura, certidões negativas de existência de indígenas em regiões de disputa territorial, mesmo sem possuir evidências seguras da real inexistência de tais grupos. Os desafios à reparação coletiva dos povos indígenas não podem ser considerados intransponíveis pelas ações do próprio Estado ou do Poder Judiciário.

A (in)justiça de transição em relação aos povos indígenas tem sido acompanhada por órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos. Em 2015, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) manifestou-se sobre o tema, e, em 2016, foi a vez da Organização das Nações Unidas (ONU). Até o presente, os povos indígenas seguem enfrentando a paralisação das demarcações no Estado e a atuação de milícias paramilitares, que atacam comunidades indígenas envolvidas em processos de resistência ou reocupação de suas terras tradicionais.

O tempo não foi capaz de mitigar as violências contra os povos indígenas e, enquanto a memória indígena for utilizada contra os próprios indígenas, os desafios persistirão, assim como os índices de homicídios e suicídios tenderão a aumentar. O relatório da CNV, como já reiterado, constitui um ponto de partida fundamental para a compreensão da permanência e do agravamento da violência contra os povos indígenas no Brasil.

REFERÊNCIAS

ABREU, Alzira Alves. Serviço de Proteção ao Índio. In: ABREU, Alzira Alves *et al.* (Org.). *Dicionário histórico-biográfico pós-30*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001.

AGÊNCIA BRASIL. *Áreas de retomada guarani em MS enfrentam dificuldades e violência*. 21 set. 2024. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2024-09/areas-de-retomada-guarani-em-ms-enfrentam-dificuldades-e-violencia>. Acesso em: 12 maio 2025.

AGÊNCIA BRASIL. *Comitiva federal visita áreas de conflitos indígenas em MS*. 25 jul. 2024. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2024-07/comitiva-federal-visita-areas-de-conflitos-indigenas-em-ms>. Acesso em: 12 maio 2025.

AGÊNCIA BRASIL. *Indígenas pedem fim da violência em Mato Grosso do Sul*. 8 ago. 2024. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2024-08/indigenas-pedem-fim-da-violencia-em-mato-grosso-do-sul>. Acesso em: 12 maio 2025.

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. *STF inicia julgamento sobre marco temporal das terras indígenas*. Brasília, 26 ago. 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/788205-stf-inicia-julgamento-sobre-marco-temporal-das-terras-indigenas/>. Acesso em: 19 maio 2025.

APIB – Articulação dos Povos Indígenas do Brasil. *Relatórios e notas técnicas sobre demarcações*. Brasília: APIB, 2023. Disponível em: <https://apiboficial.org>. Acesso em: 15 maio 2025.

BONOTTO, Gustavo. Mato Grosso do Sul é o 2º estado com maior taxa de suicídio indígena no país. Disponível em: <https://www.campograndenews.com.br/brasil/cidades/mato->

grosso-do-sul-e-o-2o-estado-com-maior-taxa-de-suicidio-indigena-no-pais?utm_source=chatgpt.com. Acesso em: 18 mai. 2025.

BRAND, Antônio. Os Kaiowá/Guarani no Mato Grosso do Sul e o processo de confinamento – a “entrada de nossos contrários”. In: Conselho Indigenista Missionário Regional Mato Grosso do Sul; Comissão Pró Índio de São Paulo; Procuradoria Regional da República da 3ª Região (Orgs.). *Conflito de Direitos sobre as Terras Guarani Kaiowá no Estado de Mato Grosso do Sul*. São Paulo: Palas Athena, 2000. p. 93-131.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Parecer nº 001/2017/GAB/CGU/AGU*. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/agu>. Acesso em: 15 maio 2025.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Regimento Interno da Comissão Nacional da Verdade*. Resolução nº 1, de 2 de julho de 2012.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório: textos temáticos*. V. 2. Brasília: CNV, 2014. 416 p.

BRASIL. Decreto nº 8.072, de 20 de junho de 1910. Crêa o Serviço de Protecção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais e aprova o respectivo regulamento. Rio de Janeiro, RJ, 1910.

BRASIL. Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Brasília, DF, 2011.

BRASIL. *Lei nº 14.701, de 20 de outubro de 2023*. Dispõe sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 out. 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Lei/L14701.htm. Acesso em: 15 maio 2025.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Crimes da ditadura militar*. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal. Brasília: MPF, 2017.

BRASIL. Ministério Público Federal. MPF/MS: *Fazendeiros são presos por envolvimento em ataque a indígenas em Caarapó (MS)*. 2016a. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/regiao3/sala-de-imprensa/noticias-r3/mpf-ms-fazendeiros-sao-presos-por-envolvimento-em-ataque-a-indigenas-em-caarapo-ms>. Acesso em: 30 nov. 2016.

BRASIL. Ministério Público Federal. Ofício n. 005/2016 – MPF/PRMS/EKS. Comissão Parlamentar de Inquérito – FUNAI e INCRA. Campo Grande: MPF, 2016b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 803.462 – Mato Grosso do Sul*. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 09 de dezembro de 2014. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, DF, 12 fev. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7734834>. Acesso em: 17 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 29 de abril de 2010. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, DF, 06 ago. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição nº 3.388/RR (Raposa Serra do Sol)*. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Julgado em 19 mar. 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=584319>. Acesso em: 15 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 1.017.365 (Tema 1031): definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional*. Relator: Min. Edson Fachin. Julgado em 21 set. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5696349>. Acesso em: 15 maio 2025.

CABRAL, Rafael Lamera Giesta. Reforma das instituições para a democracia e o legado autoritário: a branda justiça de transição no Brasil. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 22, n. 3, p 84-108, set./dez., 2017.

CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. *Colonialismo, território e territorialidade: a luta pela terra dos Guarani e Kaiowa em Mato Grosso do Sul*. 2013. 471 f. Tese (Doutorado) - Curso de História, Universidade Estadual Paulista, Assis, 2013.

CIMI – CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. *Guarani Kaiowá é assassinado na Terra Indígena Nhande Ru Marangatu*. 18 set. 2024. Disponível em: <https://cimi.org.br/2024/09/assassinato-nhanderu-marangatu>. Acesso em: 12 maio 2025.

CIMI – Conselho Indigenista Missionário. *Relatório de Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil – 2022*. Brasília: CIMI, 2023. Disponível em: <https://cimi.org.br>. Acesso em: 15 maio 2025.

CIMI. Conselho Indigenista Missionário. *CACI – Cartografia de Ataques Contra Indígenas. Dossiê O campo de concentração de índios de Minas Gerais*. 2018. Disponível em: <http://caci.cimi.org.br/#!/dossie/977/?loc=-22.28909641872304,-55.371093749999999,6&init=true>. Acesso em: 20. fev. 2018.

CIMI. Conselho Indigenista Missionário. *Relatório Violência contra os Povos Indígenas no Brasil – Dados de 2015*. 2015. Disponível em: <http://caci.cimi.org.br/dadosabertos/relatorios/cimi/2015.pdf>. Acesso em: 10. jan. 2018.

CIMI. Conselho Indigenista Missionário. *Relatório Violência contra os Povos Indígenas no Brasil – Dados de 2016*. 2016. Disponível em: <https://www.cimi.org.br/pub/Relatorio2016/relatorio2016.pdf>. Acesso em 15. jan. 2018.

CIMI. Conselho Indigenista Missionário. *Taxa de suicídios entre indígenas no Mato Grosso do Sul é três vezes superior à média do País*. Disponível em: [https://cimi.org.br/2023/09/taxa-de-suicidios-entre-indigenas-no-mato-grosso-do-sul-e-tres-vezes-superior-a-media-do-pais/#:~:text=No%20Mato%20Grosso%20do%20Sul%2C%20ocorre-ram%2C%20em%20m%C3%A9dia%2C%202024,Cimi\)%2C%20referentes%20a%202022](https://cimi.org.br/2023/09/taxa-de-suicidios-entre-indigenas-no-mato-grosso-do-sul-e-tres-vezes-superior-a-media-do-pais/#:~:text=No%20Mato%20Grosso%20do%20Sul%2C%20ocorre-ram%2C%20em%20m%C3%A9dia%2C%202024,Cimi)%2C%20referentes%20a%202022). Acesso em: 12. Mai. 2025.

CIMI. *Relatório Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil – Dados de 2023*. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2024/07/relatorio-violencia-povos-indigenas-2023-cimi.pdf>. Acesso em: 12. mai. 2025.

CORRÊA, José Gabriel Silveira. *A ordem a se preservar: a gestão dos índios e o reformatório agrícola indígena Krenak*. 2000. 216 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Antropologia Social, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000. Disponível em: <http://www.docvirt.com/docreader.net/DocReader.aspx?bib=MuseudoIndio&PagFis=201524&Pesq>. Acesso em: 17 fev. 2018.

DEMETRIO, André; KOZICKI, Katya. A (In)Justiça de Transição para os Povos Indígenas no Brasil. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 129-169, mar. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2017/28186>. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/28186>. Acesso em: 07 mar. 2019.

DURAN, Angela Aparecida da Cruz. *A educação em direitos humanos e o direito dos povos indígenas: um estudo de caso sobre desenvolvimento e diversidade em Mato Grosso do Sul*. 2013. 184 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

FARIA, Sidneia Cândida. *Processo de expansão e de interiorização da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS) e a democratização da educação superior (1993-2010)*. 2013. 283 f. Tese (Doutorado) - Curso de Educação, Universidade Católica Dom Bosco, Campo Grande, 2013.

FEIJÓ, Julianne Holder da Câmara Silva. O Direito Penal e o Índio: desafios históricos sob a nova perspectiva constitucional. *Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL*, Maceió, vol. 6, n. 1, p. 69-85, 2015.

FREIRE, Carlos Augusto da Rocha (Org.). *Memória do SPI : textos, imagens e documentos sobre o Serviço de Proteção aos Índios (1910-1967)*. Rio de Janeiro: Museu do Índio/FUNAI, 2011.

FUNAI. *Funai adota providências e monitora conflitos envolvendo indígenas no Paraná, Mato Grosso do Sul e Rio Grande do Sul*. 29 jul. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br/assuntos/noticias/2024/funai-adota-providencias-e-monitora-conflitos-envolvendo-indigenas-no-parana-mato-grosso-do-sul-e-rio-grande-do-sul>. Acesso em: 12 maio 2025.

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA DO ESTADO DE MINAS GERAIS (Minas Gerais). *Ministério do Interior (Relatório Figueiredo)*. 1968. Disponível em: <https://www.ufmg.br/brasil-doc/temas/5-ditadura-militar-e-populacoes-indigenas/5-1-ministerio-do-interior-relatorio-figueiredo/>. Acesso em: 21 fev. 2018.

G1 MATO GROSSO DO SUL. *Ministério da Justiça prorroga prazo e mantém Força Nacional por mais 90 dias em área de conflito em MS*. 14 jan. 2025. Disponível em: <https://g1.globo.com/ms/mato-grosso-do-sul/noticia/2025/01/14/ministerio-da-justica-prorroga-prazo-e-mantem-forca-nacional-por-mais-90-dias-em-area-de-conflito-em-ms.ghtml>. Acesso em: 12 maio 2025.

G1 MATO GROSSO DO SUL. *O que se sabe sobre o conflito agrário entre fazendeiros e indígenas que deixou 11 feridos em MS*. 6 ago. 2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/ms/mato-grosso-do-sul/noticia/2024/08/06/o-que-se-sabe-sobre-o-conflito-agrario-entre-fazendeiros-e-indigenas-que-deixou-11-feridos-em-ms.ghtml>. Acesso em: 12 maio 2025.

G1. *Bolsonaro diz que não demarcará 'nem mais um centímetro' de terra indígena*. G1, 01 jan. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/01/01/bolsonaro-diz-que-nao-demarcara-nem-mais-um-centimetro-de-terra-indigena.ghtml>. Acesso em: 19 maio 2025.

GINZBURG, Carlo. *O fio e os rastros: verdade, falso, fictício*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

ISA – Instituto Socioambiental. *Dossiê sobre o marco temporal: resistência e mobilização indígena*. São Paulo: ISA, 2022. Disponível em: <https://www.socioambiental.org>. Acesso em: 15 maio 2025.

LENHARO, Alcir. A terra para quem nela não trabalha (a especulação com a terra no oeste brasileiro nos anos 50). *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v. 6, n. 12, p. 47-64, mar./ago., 1986.

LIMA, Antônio Carlos de Souza. *Um grande certo de paz: poder tutelar, indianidade e formação do Estado no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 1995.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Diversidade cultural e Justiça de Transição: os casos de perseguição aos índios durante a ditadura militar e a transição política no Brasil. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Florença, n. 44, tomo II, p. 1137-1166, 2015.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. Julgar o passado? Verdade histórica e verdade judicial na ADPF 153. *Revista Jurídica da UFERSA*, Mossoró, vol. 2, n. 3, 2018.

MINISTÉRIO DOS POVOS INDÍGENAS. *Nota: Assassinato de indígena Guarani Kaiowá na TI Ntande Ru Marangatu*. 20 set. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/povosindigenas/pt-br/assuntos/noticias/2024/09-1/nota-assassinato-de-indigena-guarani-kaiowa-na-ti-nanderu-marangatu>. Acesso em: 12 maio 2025.

PAIXÃO, Cristiano; FRISSE, Giovanna Maria. Usos da memória: as experiências do holocausto e da ditadura no Brasil. *Lua Nova*, São Paulo, n. 97, pp. 191-212, 2016.

PAULETTI, Maucir *et al.* Povo Guarani e Kaiowá: uma história de luta pela terra no Estado de Mato Grosso do Sul. In: CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO REGIONAL MATO GROSSO DO SUL; COMISSÃO PRÓ ÍNDIO DE SÃO PAULO; PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 3ª REGIÃO (Orgs.). *Conflito de Direitos sobre as Terras Guarani Kaiowá no Estado de Mato Grosso do Sul*. São Paulo: Palas Athena, 2000. p. 45-92.

PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, Chile e Argentina*. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PEREIRA, Levi Marques. A atuação do órgão indigenista oficial brasileiro e a produção do cenário multiétnico da Reserva Indígena de Dourados, MS. In: Encontro Anual da ANPOCS, 38., 2014, Caxambu. *Anais [...]*. Caxambu: ANPOCS, 2014. p. 1-28. Disponível em: <http://www.anpocs.com/index.php/papers-38-encontro/gt-1/gt21-1>. Acesso em: 12 fev. 2018.

QUEIROZ, Paulo Roberto Cimó. A Companhia Mate Laranjeira, 1891-1902: contribuição à história da empresa concessionária dos ervais no antigo sul de Mato Grosso. *Revista Territórios & Fronteiras*, Cuiabá, v. 8, n. 1, jan.-jun., 2015.

SANTOS, Cecília MacDowell. A justiça ao serviço da memória: mobilização jurídica transnacional, direitos humanos e memória da ditadura. In: SANTOS, Cecília McDowell *et al.* (Orgs.). *Desarquivando a ditadura: memória e justiça no Brasil*. V. 2. São Paulo: Hucitec, 2009.

SELIGMANN-SILVA, Márcio. Anistia e (in)justiça no Brasil: o dever de justiça e a impunidade. In: SANTOS, Cecília McDowell *et al.* (Orgs.). *Desarquivando a ditadura: memória e justiça no Brasil*. V. 2. São Paulo: Hucitec, 2009.

VALENTE, Rubens. Mortalidade infantil e suicídios indígenas crescem, aponta relatório. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 05. out. 2017. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/10/1924621-mortalidade-infantil-e-suicidios-indigenas-crescem-aponta-pesquisa.shtml>. Acesso em: 09. jan. 2018.

VAN ZYL, Paul. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, n. 1, p. 32-55, jan./jun. 2009.

ZELIC, Marcelo. *O campo de concentração de índios de Minas Gerais*. Disponível em: <http://caci.cimi.org.br/#!/dossie/977/?loc=-9.925565912405494,-62.314453125,4>. Acesso em: 10. fev. 2018.



LEGISLAÇÃO, AUTORITARISMO E PROCESSO LEGISLATIVO DEMOCRÁTICO: ANÁLISE DAS ESPÉCIES NORMATIVAS EXTINTAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO (1937-1988)

LEGISLATION, AUTHORITARIANISM AND THE DEMOCRATIC LEGISLATIVE PROCESS: AN ANALYSIS OF THE EXTINCT NORMATIVE SPECIES IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM (1937-1988)

ROBERTA SIMÕES NASCIMENTO* | LUCAS HENDRICUS ANDRADE VAN DEN BOOMEN**

RESUMO

Quais tipos de leis existiram no passado autoritário brasileiro, mas não foram previstas na constituição atual? Quais eram os contornos de criação e utilização dessas normas? O presente artigo, ao tempo em que responde essas perguntas, analisa as espécies normativas que foram extintas no ordenamento jurídico brasileiro e que já não mais se coadunariam com a ideia de um processo legislativo democrático. Adota-se o recorte temporal de dois períodos autoritários: a Ditadura do Estado Novo (1937-1945) e a Ditadura Civil-Militar (1964-1985). Apresentam-se os seguintes tipos de normas: os decretos-leis, as leis constitucionais, os atos institucionais e os atos complementares. A pesquisa se valeu da revisão bibliográfica e levantamento documental. Para isso, foram utilizados os textos constitucionais a respeito de cada uma das espécies normativas, como fontes primárias, bem como referências da historiografia e da literatura sobre o tema, como fontes secundárias, o que permitiu a reconstrução de como a legislação era produzida no passado autoritário, por meio das quatro espécies legislativas listadas. O artigo conclui que, independentemente da denominação dada à espécie normativa, em um Estado Constitucional, a função legislativa somente será democrática se atribuída aos parlamentos, nos moldes descritos no texto.

Palavras-chave: Espécies normativas extintas; Decretos-leis; Leis constitucionais; Atos institucionais; Atos complementares.

ABSTRACT

What types of laws existed in Brazil's authoritarian past, but were not provided for in the current constitution? How were these rules created and used? This article answers these questions, and analyzes the types of legislation that were extinguished in the Brazilian legal system and which no longer fit in with the idea of a democratic legislative process. It focuses on two authoritarian periods: the Estado Novo Dictatorship (1937-1945) and the Civil-Military Dictatorship (1964-1985). The following types of norms are presented: decree-laws, constitutional laws, institutional acts and complementary acts. The research used a literature review and a documentary survey. To this end, constitutional texts on each of the types of legislation were used as primary sources, as well as references from historiography and literature on the subject as secondary sources, which allowed for the reconstruction of how legislation was produced in the authoritarian past, through the four types of legislation listed. The article concludes that, regardless of the name given to the type of legislation, in a constitutional state, the legislative function will only be democratic if it is assigned to parliaments in the manner described in the text.

Keywords: Extinct normative species; Decree-laws, Constitutional laws, Institutional acts; Complementary acts.

* Doutora *cum laude* em Direito pela Universidad de Alicante (Espanha). Doutora e mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Master in Global Rule of Law and Constitutional Democracy pela Università degli Studi di Genova (Itália). Máster en Argumentación Jurídica pela Universidad de Alicante (Espanha). Professora Adjunta da UnB. Advogada do Senado Federal desde 2009.

bertasimoes@hotmail.com

** Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

Advogado e Consultor Previdenciário. Assessor Jurídico da Procuradoria-Geral do Município de Contagem.

lucas.vandenboomen@hotmail.com

Recebido em 5-2-2025 | Aprovado em 18-3-2025



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS TIPOS DE NORMAS JURÍDICAS À LUZ DA TEORIA DO DIREITO, A DOGMÁTICA DAS FONTES DO DIREITO E SOBRE AS FORMAS DEMOCRÁTICAS DE APROVAÇÃO DA LEGISLAÇÃO; 2 FORMAS AUTORITÁRIAS DE MANIFESTAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO NO PASSADO BRASILEIRO (1937-1988); 2.1 DECRETOS-LEIS; 2.2 LEIS CONSTITUCIONAIS; 2.3 ATOS INSTITUCIONAIS; 2.4 ATOS COMPLEMENTARES; 3 ANÁLISE DOS CONTORNOS AUTORITÁRIOS DA LEGISLAÇÃO E LÓGICA DAS LEIS NO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

Conforme o art. 59 da Constituição de 1988, o processo legislativo compreende a elaboração de sete tipos de normas primárias, assim entendidas as espécies legislativas que retiram seu fundamento de validade do próprio texto constitucional. São elas: emendas à Constituição; leis complementares; leis ordinárias; leis delegadas; medidas provisórias; decretos legislativos; e resoluções. Tratam-se dos tipos de normas em relação aos quais a própria Constituição fixou os princípios que orientam a respectiva elaboração. Tradicionalmente, dessas espécies normativas se exigem os atributos de generalidade, impessoalidade e abstração. São atos que, invariavelmente, inovam no ordenamento jurídico, e têm capacidade para criar, modificar e extinguir direitos e obrigações.

Por seu turno, as chamadas normas secundárias não teriam tal poder. À luz da Constituição de 1988, os decretos e regulamentos são frutos da função executiva ou regulamentar que possuem os Chefes do Executivo (Federal, Estadual, Distrital ou Municipal) e são expedidos exclusivamente para a fiel execução das leis (normas primárias), sendo hierarquicamente inferiores e dependentes destas últimas e devendo respeitar os princípios da estrita legalidade ou reserva absoluta de lei, quando aplicáveis. Ainda existem outras normas infralegais, como portarias, circulares, provimentos, resoluções, ordens de serviço e instruções normativas, emanadas por outras autoridades da administração pública. A rigor, em razão da dependência em relação às leis, tais normas não podem conter disposições *ultra legem* ou, obviamente, *contra legem*. Por força da hierarquia, eventual contradição se resolve pelo princípio *lex superior derogat legi inferior*.

Um *tertium genus* de normas seriam os decretos autônomos, espécie inserida pela Emenda Constitucional (EC) nº 32/2001. A despeito do nome, são normas primárias que possuem o condão de inovar no ordenamento jurídico. Previsto no art. 84, inciso VI, o decreto autônomo pode ser expedido pelo presidente da República para dispor sobre a organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; ou sobre a extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

Todas essas espécies normativas são fontes formais do Direito, ou seja, constituem meios pelos quais o ordenamento jurídico positiva suas normas jurídicas. São formas de expressão do Direito positivo¹, p. 32 ou, simplesmente, legislação em sentido amplo.

Em um Estado de Direito democrático, a atividade de elaborar leis é atribuída aos parlamentos, mediante prévio debate público. Em um Estado Constitucional, espera-se que os processos legislativos que culminam na produção dessas normas sejam preponderantemente democráticos, isto é, realizados por órgãos democraticamente eleitos, aderentes ao princípio da separação dos poderes, compatíveis com o Estado de Direito e os direitos humanos, abertos, transparentes, acessíveis, não discriminatórios, inclusivos, representativos, participativos e sensíveis às necessidades de diversos grupos da sociedade². De modo geral, tais princípios estão contemplados na Constituição de 1988 e nas práticas legislativas.

Entretanto, nem sempre foi assim. No passado, já houve diversas formas arbitrárias de manifestação da *potestas legislativa* dos reis, antes mesmo do constitucionalismo, das revoluções e dos processos de independência nas colônias por todo o mundo. No caso da Coroa Portuguesa e seus domínios, Coelho³, p. 40 historia que o alvará constituiu a principal forma de legislação “para dar vazão à torrente de novas normas jurídicas emanadas pelo poder político” e que a figura “não possuía uma definição restritiva e tradicionalmente poderia tratar de qualquer coisa de interesse do governo abaixo da lei”.

Também no Brasil são encontrados exemplos de formas de legislação que ficaram no passado. De acordo com Francisco:

Na Carta Constitucional do Império de 1824, o Imperador, no exercício do Poder Moderador, tinha competência para sancionar atos normativos da Assembleia Geral com força de lei (art. 101, III), e, no papel de Chefe do Poder Executivo que também acumulava, tinha atribuições para expedir decretos, instruções, e regulamentos adequados à boa execução das leis (art. 102, XII), mas a centralização de poderes no Monarca permitiu-lhe elástica função normativa⁴, p. 2303.

Logo, em diferentes momentos da história colonial e imperial, existiram instrumentos normativos que não subsistiram no período republicano (o que não significa que algumas dessas normas não tenham sido recepcionadas posteriormente): os alvarás, as ordenações (por

¹ FRANÇA, Rubens Limongi. *Formas e aplicação do direito positivo*. São Paulo: RT, 1969.

² OSCE. Organization for Security and Co-operation in Europe. Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR). *Guidelines on Democratic Lawmaking for Better Laws*. 2023. Disponível em: https://www.osce.org/files/f/documents/a/3/558321_3.pdf. Acesso em: 28 jan. 2025.

³ COELHO, Fernando Nagib Marcos. *Tipos normativos e separação dos poderes: a função política do aviso ministerial durante a regência (1831-1840)*. 2016. 251 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

⁴ FRANCISCO, José Carlos. Art. 84, IV. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (orgs). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1212-1225.

exemplo, as clássicas ordenações afonsinas, manuelinas e filipinas, valendo registrar que muitos dispositivos desta última continuaram em vigência até o advento do Código Civil de 1916), as cartas régias e os avisos ministeriais, por exemplo⁵.

Neste artigo, pretende-se analisar as espécies normativas extintas no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente as identificadas com os períodos autoritários, em que o Congresso Nacional não funcionou. Com esse corte metodológico, ficam de fora as formas que a legislação adotou durante o Império (1822-1889), a Primeira República (1889-1930), o Governo Provisório (1930-1934) e a Ordem Constitucional de 1934 (1934-1937), para concentrar atenções nas espécies normativas de dois períodos de governos ditatoriais no Brasil: o Estado Novo (1937-1945) e a Ditadura Civil-Militar (1964-1985). Os anos de 1946 e de 1985 a 1988 também estarão compreendidos na análise, pois as espécies normativas estudadas tiveram sobrevida nesses períodos de redemocratização.

A pesquisa se volta para responder às seguintes perguntas: Quais tipos de leis existiram no passado autoritário brasileiro, mas não foram previstas na constituição atual? Quais eram os contornos de criação e utilização dessas normas? Com isso, objetiva-se especialmente analisar as espécies normativas dentro de seus respectivos contextos históricos, considerando também as evoluções e as involuções. Uma análise de tal natureza demanda uma verificação dos contornos normativos de cada uma das espécies normativas, conforme os textos constitucionais então vigentes (fontes primárias), bem como a revisão da literatura em geral, discursos parlamentares, artigos de jornal e entrevistas (fontes secundárias) para embasar a análise histórica e jurídica. Com a introdução do elemento da passagem do tempo, a análise histórica “é capaz de demonstrar a precariedade ou a provisoriedade das soluções jurídicas contemporâneas tidas como estáveis ou, até mesmo, pretensamente eternas”⁶, p. 6.

As noções de “Sincronia” e a “Diacronia”⁷ ajudam a compreender o tipo de análise aqui realizada. O estudo de um instituto jurídico do ponto de vista sincrônico se volta para o seu estado no momento histórico que lhe é contemporâneo – por exemplo, o caso de uma pesquisa referente às espécies legislativas do art. 59 da atual Constituição de 1988. O aspecto sincrônico se refere “às relações entre coisas coexistentes, de onde toda intervenção do tempo se exclui”⁸, p. 95. Já a análise diacrônica considera a história e a trajetória dos institutos, de forma dinâmica. Na perspectiva diacrônica, a passagem do tempo é considerada, e tem-se uma visão enriquecida da tipologia normativa do passado e do presente, pois existem “estados, do ponto de vista sincrônico, e suas alterações ao longo do eixo diacrônico”⁹, p. 114.

Os decretos-leis, as leis constitucionais, os atos institucionais e os atos complementares foram fontes formais do Direito passageiras no ordenamento jurídico brasileiro. Contar a história dessas espécies normativas é papel do historiador do Direito. O presente trabalho privi-

⁵ COELHO, Fernando Nagib Marcos. *Tipos normativos e separação dos poderes: a função política do aviso ministerial durante a regência (1831-1840)*. 2016. 251 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

⁶ VAN DEN BOOMEN, Lucas Hendricus Andrade. Sincronia e diacronia no Direito: dualidades de tempo e espaço. *Revista do CAAP*, Belo Horizonte, v. 28. n. 1, p. 1-17, 2023. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/caap/article/view/47520>. Acesso em: 15 jan. 2025.

⁷ SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. 27. ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2006.

⁸ *Ibid.*

⁹ KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

legia os aspectos formais do processo legislativo do passado autoritário, com foco na configuração legal e na técnica constitucional dos quatro tipos normativos. A reconstrução histórica integral de todos os processos legislativos autoritários na experiência brasileira demandaria outro formato de pesquisa, incluindo diversos elementos como a iniciativa, as intenções dos atores envolvidos, as articulações, as discussões públicas e secretas, os procedimentos, as etapas de tramitação etc. Seria um trabalho para outra oportunidade, fugindo do escopo desta investigação.

A pretensão aqui é mais modesta, mas não menos formativa para o jurista do presente. As formas do processo legislativo do passado autoritário brasileiro é um capítulo da história constitucional do período e seu estudo revela as estratégias formais de positivação usadas nas ditaduras. Como ficará evidenciado no texto, as ditaduras brasileiras sempre buscaram se resguardar no próprio Direito para atuarem^{10, p. 388}. Compreender como isso foi feito permite visualizar as conexões entre a legislação e o autoritarismo. Assim, mesmo com a delimitação metodológica (voltada para descrição das espécies legislativas utilizadas em tempos ditatoriais), o tema é de interesse para a história constitucional, pois contribui para assimilar a dimensão formal do Estado democrático de Direito, a estruturação das instituições políticas brasileiras, bem como a (des)valorização da formalidade constitucional.

Para alcançar seu objetivo, o artigo está dividido da seguinte forma: na seção 2 retomam-se brevemente os aspectos gerais da teoria das fontes formais do Direito, situando os princípios que orientam as formas democráticas de elaboração das leis. Na seção 3 são apresentadas quatro espécies normativas que ficaram para trás no ordenamento jurídico brasileiro: os decretos-leis, as leis constitucionais, os atos institucionais e os atos complementares. Na seção 4 discutem-se os contornos autoritários da tipologia normativa examinada, com base nos parâmetros da literatura e em contraste com as balizas do processo legislativo na atualidade. Ao final, a conclusão retoma os principais pontos da investigação realizada.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS TIPOS DE NORMAS JURÍDICAS À LUZ DA TEORIA DO DIREITO, A DOGMÁTICA DAS FONTES DO DIREITO E SOBRE AS FORMAS DEMOCRÁTICAS DE APROVAÇÃO DA LEGISLAÇÃO

O exercício do poder normativo por parte do Estado, mediante diversas instituições, enseja o aparecimento contínuo e plural de normas de comportamento. Esse contexto demanda uma teoria das fontes do Direito, que proporcione uma série de regras estruturantes sobre o funcionamento do ordenamento jurídico^{11, p. 193} e permita identificar se uma determinada norma é válida, se pertence ao sistema, se é jurídica. Pela dogmática das fontes, entendem-se os modos de formação das normas jurídicas, isto é, sua entrada no ordenamento jurídico: “o direito emana de certos procedimentos específicos como a água emana de sua fonte”^{12, p.}

¹⁰ RICHTER, Daniela; FARIAS, Thieser da Silva. Ditadura Militar no Brasil: dos instrumentos jurídicos ditatoriais para a democracia outorgada. *Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, v. 11, n. 3, p. 381-405, 2019.

¹¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

¹² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

¹⁹⁴. Assim, neste estudo sobre as espécies legislativas extintas se insere como objeto de interesse também da dogmática das fontes do Direito, que propõe diversas classificações das fontes formais.

Por exemplo, quanto à relevância ou importância, as normas jurídicas podem ser classificadas em normas primárias e normas secundárias^{13, p. 97}. De orientação kelseniana, essa classificação considera primárias as normas que estabelecem uma ação, ao passo que secundárias são as normas que prescrevem uma sanção a um comportamento. Kelsen^{14, p. 48} concebe o Direito como uma ordem normativa de coação estabelecida pela autoridade constituída, o que exprime a ideia de Estado Legal. Já Hart^{15, p. 91} se refere ao Direito como união de normas primárias e secundárias; as primeiras impõem deveres, ao passo que as segundas, parasitárias em relação às primárias, atribuem poderes, públicos ou privados. As normas secundárias se subdividem em normas de reconhecimento, de modificação e de julgamento. Hart¹⁶ agrega elementos que tornam o Direito mais complexo do que um conjunto de normas, agregando a noção de que o Direito também emerge das práticas consolidadas no âmbito da própria comunidade.

Diniz¹⁷ classifica a legislação, tanto primária quanto a secundária, como fontes formais estatais do direito, ao lado das fontes jurisprudenciais (sentenças, acórdãos, súmulas etc.). Por seu turno, as fontes não estatais abrangem “o direito consuetudinário (costume jurídico), o direito científico (doutrina) e as convenções em geral ou negócios jurídicos”¹⁸. A metáfora das fontes é praticamente universal. Para García Máynez^{19, p. 51}, as fontes formais são os canais por onde se manifestam as fontes materiais, essas sim contenedoras das normas jurídicas. Nos Estados Constitucionais, a legislação é tradicionalmente a principal fonte do Direito.

No sentido amplíssimo, a lei ou legislação compreende toda norma de conduta cuja observância seja imposta pelo Estado^{20, p. 294}. No sentido amplo, designa as normas jurídicas escritas, sejam as leis propriamente ditas, oriundas do Poder Legislativo, sejam as baixadas pelo Poder Executivo. Aqui, a legislação compreende todos os atos de autoridade cuja missão consiste em editar normas. No sentido estrito, a lei indica tão-somente a norma jurídica elaborada pelo Legislativo. Na presente pesquisa, trabalha-se com o sentido amplo de lei ou legislação (aqui usados como sinônimos) e, conseqüentemente, com a ideia de que o processo legislativo representa o conjunto das fases constitucionalmente estabelecidas para a aprovação das espécies normativas, e não só as que advém do Legislativo.

Nada obstante, como indicado na introdução, com o advento do Estado Constitucional, as formas como são produzidas das fontes do Direito importam. Não basta que a legislação esteja em conformidade formal e material com as normas de nível superior. O que caracteriza

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

¹⁵ Hart, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2011.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Diniz, Maria Helena. Fontes do direito. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONGAZA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. p. 1-8. (Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito). Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/157/edicao-1/fontes-do-direito>. Acesso em: 11 jan. 2025.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Máynez, Eduardo García. *Introducción al estudio del Derecho*. México: Porrúa, 1972.

²⁰ Ráo, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

um Estado de Direito democrático é a sua base no princípio da soberania popular, que exige ativa e efetiva participação do povo na formação da vontade estatal²¹, p. 18-19.

Interessa registrar que, à luz dos ideais democráticos, as leis devem emanar preferencialmente de órgãos democraticamente eleitos, cujos procedimentos formais e materiais (isto é, o conteúdo das proposições) devem respeitar os princípios democráticos – notadamente a separação de poderes e os mecanismos de freios e contrapesos necessários ao equilíbrio entre as instituições –, promovendo a abertura, a transparência, a inclusão e a responsabilização no processo legislativo²². Desde os momentos iniciais da sua preparação, a legislação precisa ser debatida publicamente.

Por essa lógica, as leis não devem delegar ou permitir a delegação de poderes legislativos ilimitados ao Poder Executivo. Quando essa delegação é necessária, deve ser mínima e só admissível em circunstâncias determinadas, as quais devem ser definidas de forma explícita e precisa na Constituição ou na decisão de delegação do Legislativo. A utilização rotineira de poderes legislativos “excepcionais” pelo Poder Executivo deve ser evitada ou suprimida nos casos em que tal prática exista ou, pelo menos, circunscrita por mecanismos de controle parlamentar eficaz²³. Inclusive, essa é a característica do processo legislativo autoritário ou do Estado de Exceção: a confusão entre atos do Poder Executivo e atos do Poder Legislativo²⁴, p. 60. A marca do autoritarismo é a cumulação de funções executivas e legislativas em um só poder. Para evitar essa desdiferenciação, convém analisar os contornos normativos para a produção das espécies legislativas em cada ordenamento jurídico.

É na legislação que a democracia adquire todo seu sentido. “De todas as funções políticas da democracia, nenhuma é mais importante que a legislação”²⁵, p. 229. Em teoria, não faz muito tempo, as mudanças legislativas podiam ser impostas submetendo-as à aprovação de poucas pessoas, geralmente as mais ricas ou poderosas do país²⁶, p. 230. Nas primeiras monarquias, era assim que as leis eram decididas: por um legislativo afastado das preocupações da sociedade. Entretanto, as sociedades modernas consideram que certos tipos de projetos legislativos ou mudanças de certa magnitude devem emanar de um tipo específico de poder legislativo: uma grande assembleia com centenas de representantes, provavelmente organizados em partidos políticos, com homens de todas as classes sociais²⁷, p. 230.

As novas leis precisam ser elaboradas e debatidas livremente, de forma pública e em detalhes, nessa grande assembleia, que poderá apresentar emendas e modificar a proposta no decorrer dos debates. Hoje há necessidade de deliberação. A legislação moderna exige que os prós e contras das propostas sejam considerados em um procedimento discursivo que está

²¹ SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 173, p. 15-24, jul./set. 1988.

²² OSCE. Organization for Security and Co-operation in Europe. Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR). *Guidelines on Democratic Lawmaking for Better Laws*. 2023. Disponível em: https://www.osce.org/files/f/documents/a/3/558321_3.pdf. Acesso em: 28 jan. 2025.

²³ OSCE. Organization for Security and Co-operation in Europe. Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR). *Guidelines on Democratic Lawmaking for Better Laws*. 2023. Disponível em: https://www.osce.org/files/f/documents/a/3/558321_3.pdf. Acesso em: 28 jan. 2025.

²⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

²⁵ WALDRON, Jeremy. A legislação. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (orgs.). *Democracia*. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 229-237.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

necessariamente aberto à recepção de argumentos que são aceitos como melhores, argumentos que não foram considerados, a aceitação de erros de raciocínio, tudo com base na troca de razões. Em suma, as leis deixam de ser um produto do poder, pura e simplesmente.

Rousseau²⁸ já dizia em sua época que os cidadãos estão sob ameaça sempre que as leis são feitas por pequenos grupos ou impostas a outros. A única maneira de preservar vidas e liberdades é ter leis feitas pelo povo e direcionadas ao povo. Somente assim cada indivíduo estará sujeito a uma soberania legislativa da qual ele próprio é um elemento indispensável: com essas instituições coletivas que hoje chamamos de parlamentos. Portanto, a legislação dos antigos se tornou algo do passado em comparação com a dos modernos.

Modernamente, continua-se considerando a legislação como expressão da vontade geral, como na época da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, cujo artigo 6º prevê:

A Lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer se destine a proteger quer a punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade, e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos²⁹.

A ideia de que a lei é a expressão da vontade geral é um componente importante da teoria da legislação, do processo legislativo democrático e das fontes do Direito; esse ainda é o espírito que orienta e influencia a maneira como se imagina a elaboração de leis e os representantes são eleitos. A legitimidade das leis advém dessa íntima relação entre democracia e legislação. A ideia de uma legislação aprovada pelo parlamento envolve a noção de representatividade, de debate público anterior à sua aprovação como lei, reforçando que a democracia não se esgota no momento eleitoral, na votação nas urnas.

Outra função da lei consiste na fixação dos limites à liberdade, como previsto no artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789:

A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Esses limites apenas podem ser determinados pela Lei³⁰.

Sob essa ótica, a lei é o meio por excelência de restrição das liberdades. No Estado Legal, diferentemente, esse papel da lei é amesquinhado e reduzido a mero instrumento de governo. Perde-se a noção de um processo legislativo e prepondera a ideia de um processo de governo.

²⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social ou Princípios do direito político*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

²⁹ DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789.

³⁰ *Ibid.*

Vistos os contornos teóricos do processo legislativo democrático, passa-se à análise histórica das espécies normativas extintas.

2 FORMAS AUTORITÁRIAS DE MANIFESTAÇÃO DO PODER DE LEGIFERANTE NO PASSADO BRASILEIRO (1937-1988)

2.1 DECRETOS-LEIS

Os decretos-leis foram uma espécie normativa introduzida na Constituição de 1937, a “Polaca”, redigida pelo então Ministro da Justiça, Francisco Campos (1891-1968). Inspirados nos *decreti-legge* da Itália de Benito Mussolini, os decretos-leis eram uma fórmula normativa que carregava uma contradição inerente, pois decreto “(...) é ato próprio do Executivo, deixando certo, portanto, que quem edita o decreto-lei é o chefe do Executivo; no entanto, vem-lhe agregada a palavra “lei”, por aí significando que o dito decreto não tem força de sua própria natureza, mas sim própria da lei”³¹, p. 100, ou seja, aquela emanada de um parlamento após um processo legislativo regular.

Na sistemática dos decretos-leis da Constituição de 1937, a participação do poder executivo no processo legislativo não se limitava ao poder de sanção e veto. Na verdade, essa espécie normativa transformava o executivo em um locus de emanção de *normas primárias*, de observação obrigatória por toda a sociedade, ao contrário dos tradicionais decretos e regulamentos, atos que se limitavam a minudenciar o mandamento abstrato da lei, sem contrariá-lo, extrapolá-lo ou suprimi-lo.

Francisco Campos, em artigo publicado na Revista Forense em janeiro de 1938, destinado a defender o novo regime, afirmou o seguinte:

(...) A incapacidade do Poder Legislativo para legislar é hoje um dado definitivamente adquirido não só pela ciência política como pela experiência das instituições representativas, em quase todos os países do mundo, inclusive nos de tradição parlamentar. Ora, a legislação é uma das funções essenciais do governo. Se o órgão incumbido de legislar se demitira da sua função, cumpria substituí-lo urgentemente por outro processo capaz e adequado de legislação³², p. 17.

Esse pretenso “processo capaz e adequado de legislação” foi materializado nos decretos-leis, que foram disciplinados pelos arts. 12, 13 e 14 da Constituição de 1937. A competência para a expedição dos decretos-leis foi reservada privativamente ao Presidente da República, mediante autorização pelo parlamento. Todavia, nos termos do art. 180 da Constituição de 1937, enquanto não se reunisse o parlamento nacional, o Presidente da República teria o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União.

³¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

³² CAMPOS, Francisco. Diretrizes Constitucionais do novo Estado brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 35, n. 73, p. 5–22, 229-249, jan./mar. 1938.

À época, não faltaram autores endossando a técnica constitucional. Araújo Castro, em obra contemporânea aos fatos aqui relatados, explicava que, ao expedir decretos-leis, o presidente da República “(...) age com ampla liberdade de ação, isto é, como se fora o próprio poder legislativo, salvo em se tratando de decretos-leis expedidos em virtude de autorização legislativa, caso em que terá de observar as condições e limites nela estabelecidos”³³, p. 197. Também Francisco Campos, em apologia ao regime, chegou a afirmar que

A nenhum membro do parlamento é lícito tomar uma iniciativa individual de legislação. A delegação de poderes não só foi permitida, como se tornou regra, pois a Constituição prescreve que os projetos de iniciativa do Parlamento devem cingir-se a regular a matéria de modo geral ou nos seus princípios, deixando ao governo a tarefa de desenvolver os princípios e de regular os detalhes³⁴, p. 22.

E ainda emendou afirmando que “A nova Constituição é profundamente democrática”³⁵, p. 22. Em abril de 1938, Pontes de Miranda publicou no número seguinte da Revista Forense, um texto intitulado “As delegações legislativas ao Presidente da República na Constituição de 10 de novembro de 1937”, em que também abordou a amplitude da competência presidencial para expedir decretos-leis sobre todas as matérias da alçada legislativa da União, enquanto não se reunisse o parlamento.

À época, o presidente Getúlio Vargas havia fechado o Congresso em 10 de novembro de 1937, no mesmo dia do golpe de Estado e da outorga da Constituição. O parlamento só voltaria a se reunir em 1946. Qualquer tipo de delegação foi inviabilizado, portanto. Assim, o ditador do Estado Novo, ao lado de seus ministros, pôde usar livremente a nova espécie legislativa, fazendo uso dos plenos poderes que lhe foram conferidos pelo art. 180 da Constituição de 1937.

A partir de 1942 uma certa ambiguidade política “passou a dominar o clima do Estado Novo”. Essa ambiguidade é entendida “como o esforço de abrir mão de um regime autoritário, sem abrir mão das posições de poder então detidas por seus membros”³⁶, p. 186. No final de 1944, na tentativa de salvaguardar o regime que se encontrava em franco declínio, o então ministro do Trabalho, Marcondes Filho, passou a defender em seus discursos a feição político-partidária que restava adormecida no texto da Constituição de 1937, como os institutos da “representação política via parlamento” e os “pleitos eleitorais”, mesmo após quase uma década ininterrupta de utilização do expediente dos decretos-leis sem apreciação parlamentar *a priori* ou *a posteriori*.

Após o fim do Estado Novo, a Constituição de 1946 aboliu os decretos-leis do ordenamento jurídico brasileiro, não tendo trazido esse instituto em seu texto.

A Constituição de 1946 trazia em seu corpo uma norma que proibia a delegação de poderes (art. 36, § 2º: “Art. 36. São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si. (...) § 2º É vedado a qualquer dos

³³ ARAÚJO, Castro. *A Constituição de 1937*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ ARAÚJO, Castro. *A Constituição de 1937*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.

³⁶ GOMES, Ângela de Castro. *A invenção do trabalhismo*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

Poderes delegar atribuições.”), o que naturalmente incluía o exercício do poder legislativo delegado. Na prática, para citar apenas o que se relaciona ao processo legislativo, tal dispositivo impedia que os Poderes Legislativo e Executivo somassem esforços conjuntamente na adoção de soluções legais voltadas ao atendimento das necessidades dos cidadãos. Como sabido, em tempos nos quais governar é essencialmente legislar, vê-se que a Constituição de 1946 conduziu o processo legislativo a uma crise³⁷, p. 188.

Alguns anos mais tarde, ainda sob a égide da Constituição de 1946, os militares responsáveis pelo “golpe de Estado” de 31 de março de 1964 editaram o Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965 (AI-2), que trouxe novamente a figura dos decretos-leis, duas décadas após sua abolição no país. O AI-2 foi editado em um momento de crise generalizada e representou um aprofundamento decisivo do regime autoritário³⁸, p. 70, conferindo amplos poderes ao Executivo em detrimento dos demais poderes, especialmente do Congresso Nacional.

A redação do AI-2 envolveu diversos juristas, incluindo Vicente Rao, Carlos Medeiros Silva, e Nehemias Gueiros, com coordenação do então ministro da Justiça, Juracy Magalhães, e participação de ministros militares como Costa e Silva e Golbery do Couto e Silva, tendo recebido sugestões também de Francisco Campos³⁹, p. 79.

O AI-2 previu em seu art. 30: “O Presidente da República poderá baixar atos complementares do presente, bem como decretos-leis sobre matéria de segurança nacional”. Por seu turno, o parágrafo único do art. 31 trazia: “Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente, fica autorizado a legislar mediante decretos-leis em todas as matérias previstas na Constituição e na Lei Orgânica”⁴⁰. O AI-2 ainda chegou a modificar a tramitação prevista na Constituição de 1946 para os projetos de leis do Executivo. Em seu art. 5º, fixou em 45 dias o prazo máximo de tramitação em cada Casa Legislativa. Esgotado o prazo, com ou sem deliberação, o projeto de lei de iniciativa do presidente da República seria considerado aprovado tal como encaminhado pela Câmara dos Deputados ou, se não houve a deliberação desta, como veio do próprio Executivo. Entretanto, o Congresso Nacional foi fechado no ano seguinte ao AI-2.

Na sequência, o art. 58 da Constituição de 1967, regulou o instituto do decreto-lei limitando seu uso a casos de urgência ou de interesse público relevante, sob a condição de não aumentar despesa, e tão-somente para versar sobre matérias de segurança nacional e finanças públicas. Restou prevista a participação do Congresso Nacional para aprovar ou rejeitar o decreto-lei no prazo de 60 dias. Entretanto, se não houvesse deliberação nesse prazo, o texto seria tido como aprovado. Ao contrário da lei, o decreto-lei, embora imediatamente vigente,

³⁷ NASCIMENTO, Roberta Simões. *Teoria da legislação e argumentação legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada*. Curitiba: Alteridade, 2019.

³⁸ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.

³⁹ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.

⁴⁰ BRASIL. *Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965*. Mantém a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [2025]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm. Acesso em: 01 jan. 2025.

não tinha eficácia imediata, dependendo da aprovação do Congresso Nacional ou do decurso do prazo *in albis*.

Para Ataliba^{41, p. 16}, o decreto-lei da Constituição de 1967 nada tinha a ver com o decreto-lei da Constituição de 1937 ou com o instrumento identicamente denominado nos AI-2 e AI-4. Explica o autor que o decreto-lei da Constituição de 1937 foi sucedâneo universal e completo da lei; por seu turno, o decreto-lei dos atos institucionais tinham tratamento mais amplo e diferente do consagrado na Constituição de 1967, em que se utilizou o decreto-lei como designação genérica dada a leis materiais feitas pelo Executivo^{42, p. 69}. De fato, como visto, na Constituição de 1937 havia a previsão de autorização pelo parlamento para o presidente da República poder expedir decretos-leis. Entretanto, como indicado, o parlamento nunca chegou a se reunir e jamais houve eleições na vigência da Constituição de 1937.

Nicolau⁴³ esquematizou as diferenças entre os diversos decretos-leis:

Quadro 1

Evolução dos Decretos-Leis (1937-1988)

Ano	Pressupostos	Âmbito Material	Aprovação tácita	Emendas do Congresso	Possibilidade de reedições
1937	Livre arbítrio do Presidente da República	Ilimitado	Não havia Congresso. Entrava em vigor desde a edição.	Não havia Congresso. Entrava em vigor desde a edição.	Não havia necessidade, pois já nasciam leis
1946	Não houve previsão de decreto-lei na Constituição de 1946.				
1967	Urgência ou interesse público relevante.	Segurança Nacional e Finanças Públicas	Após 60 dias de seu envio.	Impossibilidade	Impossibilidade na mesma sessão, quando a rejeição fosse expressa.
1969	Urgência ou interesse público relevante, desde que não aumentasse despesa.	Segurança Nacional; Finanças Públicas; Normas tributárias; Criação de cargos públicos; Fixação de vencimentos.	Após 60 dias de seu envio + 10 sessões subsequentes em regime de urgência.	Impossibilidade	Impossibilidade na mesma sessão, quando a rejeição fosse expressa.

Fonte: Nicolau (2009)⁴⁴.

Walter Marques, já em tempos de redemocratização, deu notícias dos números relativos à produção de decretos-leis pelos governos militares em matéria veiculada no jornal *Gazeta Mercantil*:

⁴¹ ATALIBA, Geraldo. *O decreto-lei na Constituição de 1967*. São Paulo: RT, 1967.

⁴² *Ibid.*

⁴³ NICOLAU, Gustavo Rene. *Medidas provisórias: o executivo que legisla - evolução histórica no constitucionalismo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009.

⁴⁴ NICOLAU, Gustavo Rene. *Medidas provisórias: o executivo que legisla - evolução histórica no constitucionalismo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009.

O ex-presidente general João Figueiredo enviou ao Congresso Nacional nada menos do que 593 decretos-leis, quebrando assim todos os recordes. O primeiro presidente da República que fez uso dessa faculdade, sempre denunciada pela oposição como autoritária, nos últimos vinte anos, foi o marechal Castello Branco, que baixou 318 decretos-leis. O marechal Arthur da Costa e Silva baixou 486, a Junta Militar que assumiu o poder em 1969, baixou 264, o general Emílio Médici, 254, e o general Ernesto Geisel legislou por decreto-lei 357 vezes⁴⁵.

A atual Constituição de 1988 aboliu a figura dos decretos-leis, pela última vez. Tal espécie foi substituída pela figura das medidas provisórias, inspiradas nas *Provvedimenti provvisori con forza di legge* do art. 77 da Constituição da Itália de 1947. Para parte da literatura, entretanto, haveria diferenças entre as duas figuras⁴⁶, p. 28. O art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) regulamentou o procedimento relativo aos decretos-leis que ainda estavam em tramitação no Congresso Nacional e não haviam sido apreciados até a data da promulgação da Constituição de 1988.

2.2 LEIS CONSTITUCIONAIS

Como se acaba de ver, o art. 180 da Constituição de 1937 permitiu ao presidente da República expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União, enquanto não se reunisse o parlamento nacional. Entretanto, os já mencionados arts. 12 a 14 impunham mais condicionamentos: nos períodos de funcionamento do parlamento, este precisaria autorizar o presidente a expedir decretos-leis; já nos períodos de recesso do parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, o presidente da República somente poderia expedir decretos-leis sobre as matérias de competência legislativa da União desde que o exigissem as necessidades do Estado. Entretanto, foram fixadas exceções à expedição de decretos-leis nesses casos, entre as quais estavam os decretos-leis que modificassem a Constituição.

Assim, como o presidente Getúlio Vargas não tinha o poder de emendar o texto constitucional por decretos-leis, tratava-se de uma limitação explícita. Mas, na prática, criou-se uma espécie normativa com o nome de “lei constitucional” que sequer foi regulada expressamente pela Constituição de 1937, pois somente foi prevista iniciativa do presidente para propor projeto de emenda (art. 174). Pela ausência de regulação, esse tipo de lei não teve especificados os seus pressupostos de edição, procedimento, possíveis vedações e limitações e nem o seu âmbito de aplicação. A Lei Constitucional nº 1, de 16 de Maio de 1938 foi a primeira dessa nova espécie. Essa foi também a primeira vez que o presidente precisou emendar a Constituição redigida por Francisco Campos, apenas seis meses após o golpe do Estado Novo.

Vale registrar que o preâmbulo da Lei Constitucional nº 1, de 16 de Maio de 1938 registrou que o presidente da República “estava usando da atribuição que lhe confere o art. 180

⁴⁵ MARQUES, Walter. *Sarney decide dispensar uso do decreto-lei enquanto governar*. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 16 abr. 1985.

⁴⁶ Por exemplo: ÁVILA, Humberto Bergman. *Medida provisória da Constituição de 1988*. Porto Alegre: SAFE, 1997.

da Constituição”⁴⁷. Entretanto, o já mencionado art. 180 trazia apenas a possibilidade de se expedir decretos-leis, sem nenhuma menção a qualquer outra espécie normativa, muito menos àquela recém-nomeada Lei Constitucional. Esse foi um caso de ampliação da interpretação de dispositivos constitucionais, feita conforme as necessidades do poder central, como característico nos regimes autoritários.

O que explica a adoção da figura foi uma tentativa de golpe fracassada em 11 de maio de 1938 (a chamada Intentona Integralista): um grupo ingressou no Palácio da Guanabara, então residência presidencial, e tentou matar Vargas e sua família como estratégia para tomar o poder. O episódio culminou no fuzilamento de oito dos assaltantes nos jardins do palácio⁴⁸.
p. 70. A edição da Lei Constitucional nº 1, de 16 de Maio de 1938 veio para inibir novas tentativas semelhantes, mediante a alteração do art. 122, item 13, da Constituição de 1937 para incluir novas hipóteses de aplicação da pena de morte, além da já existentes, para os casos de: insurreição armada contra os Poderes do Estado, assim considerada ainda que as armas se encontrem em depósito; prática de atos destinados a provocar a guerra civil, se esta sobrevém em virtude deles; atentado contra a segurança do Estado praticando devastação, saque, incêndio, depredação ou quaisquer atos destinados a suscitar terror; e atentado contra a vida, a incolumidade ou a liberdade do Presidente da República.

A Lei Constitucional nº 5, de 10 de março de 1942, foi editada após a declaração de guerra à Alemanha, Itália e Japão, para permitir ao presidente da República declarar estado de emergência, em todo o território nacional ou em parte dele particularmente ameaçada, ou o estado de guerra, independentemente de autorização do parlamento nacional, e sem que este pudesse suspender o estado de emergência ou o estado de guerra. De acordo com a nova redação dada ao § 2º do art. 166 da Constituição de 1937:

Declarado o estado de emergência em todo o país, poderá o Presidente da República, no intuito de salvaguardar os interesses materiais e morais do Estado ou de seus nacionais, decretar, com prévia aquiescência do Poder Legislativo, a suspensão das garantias constitucionais atribuídas à propriedade e à liberdade de pessoas físicas ou jurídicas, súditos de Estado estrangeiro, que, por qualquer forma, tenham praticado atos de agressão de que resultem prejuízos para os bens e direitos do Estado brasileiro, ou para a vida, os bens e os direitos das pessoas físicas ou jurídicas brasileiras, domiciliadas ou residentes no País⁴⁹.

Havia, nas palavras de Villa⁵⁰, p. 73, uma “ditadura constitucional”. Pela Constituição de 1937, art. 171, no estado de guerra, o presidente da República tinha poderes para suspender trechos da Constituição; e, pelo art. 170, durante o estado de emergência ou o estado de guerra, os atos praticados em virtude deles eram insuscetíveis de controle judicial. Esses dispositivos são a medida do caráter autoritário do processo legislativo da época.

⁴⁷ BRASIL. *Lei Constitucional nº 1, de 16 de maio de 1938*. Emenda ao art. 122, n. 13 da Constituição. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leicon/1930-1939/leiconstitucional-1-16-maio-1938-373574-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 18 mar. 2025.

⁴⁸ VILLA, Marco Antonio. *A história das Constituições brasileiras*. São Paulo: Leya, 2011.

⁴⁹ BRASIL. *Lei Constitucional nº 5, de 10 de março de 1942*. Emenda os arts. 122, 166 e 168 da Constituição. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lct/lct005.htm. Acesso em: 18 mar. 2025.

⁵⁰ VILLA, Marco Antonio. *A história das Constituições brasileiras*. São Paulo: Leya, 2011.

Tanto assim que a penúltima lei constitucional expedida por Vargas e assinada por todos os seus ministros (nº 9) promoveu uma reforma da Constituição de 1937 alterando diversos dispositivos (arts. 7º, 9º e parágrafo, 14, 30, 32 e parágrafo, 33, 39 e parágrafos, 46, 48, 50 e parágrafo, 51, 53, 55, 59 e parágrafos, 61, 62, 64 e parágrafos, 65 e parágrafo, 73, 74, 76, 77, 78 e parágrafos, 79, 80, 81, 82 e parágrafo, 83, 114 e parágrafo, 117 e parágrafo, 121, 140, 174 e parágrafos, 175, 176 e parágrafo, 179)⁵¹. De 1938 a 1945, foram expedidas dez leis constitucionais.

Foi assim que “exagerando em seu discricionarismo, Getúlio Vargas, por dez vezes, por meio de “Leis Constitucionais”, alterou o texto da Constituição de 1937, entendendo, assim, reter o Poder Constituinte originário, cada reforma correspondendo, para seus críticos, a uma nova outorga, a “um golpe de Estado complementar”⁵², p. 21-22. Isto porque o art. 187 da Constituição previa a realização de um plebiscito nacional para aprovação do texto constitucional. Assim como muitas outras disposições nele contidas, o plebiscito jamais aconteceu. Idêntica previsão havia em relação ao emendamento da Constituição. Na teoria, a Constituição poderia ser emendada, modificada ou reformada por iniciativa do Presidente da República ou da Câmara dos Deputados (art. 174). O projeto de emenda só se transformaria em texto constitucional caso o plebiscito lhe fosse favorável. Mas tais plebiscitos nunca foram realizados.

Na prática, todas as iniciativas de emenda partiram de Vargas e deixaram de ser *iniciativas* para imediatamente se tornarem emendas concretas na forma de leis constitucionais, sob a benção implícita do já referido art. 180. É por essa razão que os então professores da Faculdade Nacional de Direito (FND), entre eles Benjamim Moraes Filho, San Tiago Dantas, Joaquim Pimenta, José Carlos de Matos Peixoto, Sampaio de Lacerda e Haroldo Valadão, em parecer publicado pelo Correio da Manhã, em 3 de março de 1945, afirmaram que toda reforma realizada pelo governo na constituição outorgada era mera norma de fato, ato complementar da outorga⁵³. Eis um trecho do parecer: “Desaparece o contraste do qual emerge o exercício do voto sancionatório popular, e a Constituição fica à mercê do presidente, moldável nas suas mãos como cera, e sendo por ele perpetuamente criada e recriada, sem outra medida que a sua prudência e a sua vontade”⁵⁴, p. 40.

Mesmo depois de Vargas ter sido “defenestrado” do Palácio do Catete, em 29 de outubro de 1945, essa espécie normativa continuou sendo utilizada. José Linhares governou o país de 29 de outubro de 1945 a 31 de janeiro de 1946 e também reaproveitou o instrumento das leis constitucionais para alterar a “Polaca”, dessa vez, para definir os termos pelos quais se realizaria a nova Assembleia Constituinte. Em 26 de novembro de 1945, expediu a Lei Constitucional nº 15, que dispôs sobre os poderes da Assembleia Constituinte e do Presidente da República. De 30 de outubro de 1945, dia posterior à queda de Vargas, até 23 de janeiro de 1946, foram publicadas mais onze leis constitucionais, indo da nº 11 até a nº 21.

⁵¹ BRASIL. *Lei Constitucional nº 9, de 28 de fevereiro de 1945*. Dá nova redação a artigos da Constituição. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leicon/1940-1949/leiconstitucional-9-28-fevereiro-1945-365005-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 18 mar. 2025.

⁵² PORTO, Walter Costa. *1937. Constituições brasileiras*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. v. 4.

⁵³ PORTO, Walter Costa. *1937. Constituições brasileiras*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. v. 4.

⁵⁴ CUNHA, Oscar Francisco da *et al.* Manifestam-se, coletivamente, os professores da Faculdade Nacional de Direito. *Correio da Manhã*, Rio de Janeiro, 03 mar. 1945, *apud* PORTO, Walter Costa. *1937*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. v. 4.

2.3 ATOS INSTITUCIONAIS

Os atos institucionais – carregados pela popularidade do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968 (AI-5) – já foram estudados sobre diferentes enfoques, jurídicos e historiográficos. Todavia, cumpre analisar a trajetória dessa espécie, seus contornos normativos e como serviu de instrumento de legislação. “Editado em 09 de abril de 1964, o primeiro deles foi elaborado para ser o único, a expressão do que se nomeava como autêntica revolução; entretanto, no decorrer do regime foram criados mais dezesseis atos”⁵⁵, p. 274.

O Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964 (AI-1), baixado com vigor imediato pelo autodenominado Comando Supremo da Revolução – formado pelo general Costa e Silva, pelo vice-almirante Augusto Hademaker e pelo brigadeiro Francisco de Mello –, manteve a Constituição de 1946 com as modificações constantes em seu texto, bem como previu o alargamento dos poderes do presidente da república sob o argumento de que esteve último precisava “tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo como nas suas dependências administrativas”⁵⁶.

Convém reproduzir o preâmbulo do desse AI-1:

À NAÇÃO

É indispensável fixar o conceito do movimento civil e militar que acaba de abrir ao Brasil uma nova perspectiva sobre o seu futuro. O que houve e continuará a haver neste momento, não só no espírito e no comportamento das classes armadas, como na opinião pública nacional, é uma autêntica revolução.

A revolução se distingue de outros movimentos armados pelo fato de que nela se traduz, não o interesse e a vontade de um grupo, mas o interesse e a vontade da Nação.

A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular. O Ato Institucional que é hoje editado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, em nome da revolução que se tornou vitoriosa com o apoio da Nação na sua quase totalidade, se destina a assegurar ao novo governo a ser instituído, os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a

⁵⁵ CÂMARA, Heloisa Fernandes. Genealogia do Ato Institucional – entre legalidade, exceção e legalidade excepcional. *História do Direito*, v. 2, n. 3, p. 272-299, 2022. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/historiadodireito/article/view/82954>. Acesso em: 14 jan. 2025.

⁵⁶ BRASIL. *Ato Institucional nº 1, de 09 de abril de 1964*. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Brasília, DF: Presidência da República [2025]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm. Acesso em: 01 jan. 2025.

poder enfrentar, de modo direto e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa Pátria. A revolução vitoriosa necessita de se institucionalizar e se apressa pela sua institucionalização a limitar os plenos poderes de que efetivamente dispõe.

O presente Ato institucional só poderia ser editado pela revolução vitoriosa, representada pelos Comandos em Chefe das três Armas que respondem, no momento, pela realização dos objetivos revolucionários, cuja frustração estão decididas a impedir. Os processos constitucionais não funcionaram para destituir o governo, que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País. Destituído pela revolução, só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do Poder no exclusivo interesse do País. Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo como nas suas dependências administrativas. Para reduzir ainda mais os plenos poderes de que se acha investida a revolução vitoriosa, resolvemos, igualmente, manter o Congresso Nacional, com as reservas relativas aos seus poderes, constantes do presente Ato Institucional.

Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação.

Em nome da revolução vitoriosa, e no intuito de consolidar a sua vitória, de maneira a assegurar a realização dos seus objetivos e garantir ao País um governo capaz de atender aos anseios do povo brasileiro, o Comando Supremo da Revolução, representado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica resolve editar o seguinte⁵⁷.

Esse preâmbulo foi escrito por Francisco Campos, o conhecido autor da Constituição de 1937, diploma da ditadura do Estado Novo. Campos era o homem que havia importado os decretos-leis para o Brasil naquele mesmo ano de 1937, um jurisconsulto adaptável⁵⁸ disposto a “auxiliar” o autoritarismo. Para Campos, as formas democráticas e as Constituições liberais tornavam impossível o governo⁵⁹, p. 65. Desde o dia 7 de abril de 1964, “Campos esteve no gabinete do General Costa e Silva, onde explicou a legalidade do poder revolucionário. Com algumas alterações no Ato Constitucional Provisório, escrito por Carlos Medeiros Silva, e a introdução escrita por Campos, estava formado o primeiro Ato Institucional”⁶⁰, p. 282.

⁵⁷ BRASIL. *Ato Institucional nº 1, de 09 de abril de 1964*. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Brasília, DF: Presidência da República [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm. Acesso em: 01 jan. 2025.

⁵⁸ SEELAENDER, Airtton Cerqueira-Leite; CASTRO, Alexander Rodrigues de. Um jurisconsulto adaptável – Francisco Campos (1891-1968). In: MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha S.C. (orgs.). *Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro – 1930-dias atuais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 255-291.

⁵⁹ VILLA, Marco Antonio. *A história das Constituições brasileiras*. São Paulo: Leya, 2011.

⁶⁰ CÂMARA, Heloisa Fernandes. Genealogia do Ato Institucional – entre legalidade, exceção e legalidade excepcional. *História do Direito*, v. 2, n. 3, p. 272-299, 2022. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/historiadodireito/article/view/82954>. Acesso em: 15 jan. 2025.

Nesse contexto, o Ato Institucional n. 1, de 9 de abril de 1964, suspendeu a vigência de diversos preceitos da Constituição de 1946, inclusive este a que se faz menção sobre a delegação de poderes [*trata-se do art. 36, § 2º: “É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições*]. Embora não tenha instituído a delegação legislativa, o Ato Institucional em comento concedeu ao Presidente da República a iniciativa para emendas constitucionais, sujeitas a *quorum* especial e a prazos limitados (art. 3º), e para propor projetos de lei ordinária, sem qualquer limitação temática, tendo estabelecido para tais “projetos” oriundos do Executivo uma “tramitação automática”: passados trinta dias de seu recebimento na Câmara dos Deputados, e de igual prazo no Senado Federal, seriam tidos como aprovados (art. 4º). Se o Presidente da República julgasse urgente a medida, poderia solicitar a aprovação em sessão conjunta do Congresso Nacional, no prazo único de trinta dias, após o que também o projeto também seria tido como aprovado, independentemente de ter havido discussão ou deliberação (parágrafo único)^{61, p. 189}.

Explica Nascimento^{62, p. 189} que o AI-1 “conferiu verdadeiros poderes legislativos ao Presidente da República, com uma simples espécie de “*vacatio legis* obrigatória” de trinta dias, passados os quais a lei entrava em vigor”. Com isso, restou institucionalizada a aprovação automática da legislação, sem qualquer discussão e votação no Parlamento, por simples decurso de prazo. À época, esse foi o instrumento jurídico para “restabelecer a ordem na administração do país e fomentar o seu progresso em clima de paz e segurança”⁶³. Embora formalmente prevista a possibilidade de impugnar a proposição pelo Congresso Nacional, não havia o ambiente democrático para a atividade legislativa^{64, p. 190}.

Segundo Paixão:

Uma das características mais evidentes do regime militar brasileiro foi a sua capacidade de transformar atos de força em figuras do direito. O regime procurou produzir uma certa aparência de legalidade, o que se pode constatar pela existência de atos institucionais dotados de elaboradas exposições de motivos, pela promulgação de emendas constitucionais, pela manutenção da atividade dos poderes legislativo e judiciário (com muitos expurgos, punições e cassações) e pela aprovação de leis ordinárias. Essa tendência deve ser compreendida como parte de um esforço, que o regime empreendeu desde seus primeiros dias, de controle da narrativa. Ao designar um golpe de estado como uma “revolução”, ao invocar um “poder constituinte” que permitia a revogação de garantias do Estado de Direito, ao realizar processos eleito-

⁶¹ NASCIMENTO, Roberta Simões. *Teoria da legislação e argumentação legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada*. Curitiba: Alteridade, 2019.

NASCIMENTO, Roberta Simões. *Teoria da legislação e argumentação legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada*. Curitiba: Alteridade, 2019.

⁶² NASCIMENTO, Roberta Simões. *Teoria da legislação e argumentação legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada*. Curitiba: Alteridade, 2019.

NASCIMENTO, Roberta Simões. *Teoria da legislação e argumentação legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada*. Curitiba: Alteridade, 2019.

⁶³ SILVA, Carlos Medeiros. O ato institucional e a elaboração legislativa. *Revista dos Tribunais*, v. 53, n. 347, p. 7-17, set. 1964.

⁶⁴ NASCIMENTO, Roberta Simões. *Teoria da legislação e argumentação legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada*. Curitiba: Alteridade, 2019.

NASCIMENTO, Roberta Simões. *Teoria da legislação e argumentação legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada*. Curitiba: Alteridade, 2019.

rais (ainda que indiretos) e permitir uma oposição (mutilada e monitorada), o regime, sempre bem aconselhado por juristas experientes, não se assumia como ditadura⁶⁵, p. 229.

Foi assim que, acreditando estarem imbuídos de um suposto poder constituinte reacionário concedido pelo povo, os militares e os juristas do regime deslocaram o sentido de um “ato que perduraria até que houvesse uma constituinte, para um ato que representa o resultado constituinte, mesmo sem a existência de assembleia constituinte”⁶⁶, p. 297. A contradição não é uma coincidência. Conforme já comentado, o art. 30 do AI-2 acabou ressuscitando a figura dos decretos-leis que haviam sido abolidos em 1946. Ademais, criou uma nova espécie normativa subsidiária: os atos complementares, instrumentos de pormenorização dos atos institucionais.

No início, atos complementares se destinavam à complementação normativa dos atos institucionais, um prolongamento destes últimos, com vistas a delimitar o alcance e o sentido de algumas de suas previsões. Depois, o conteúdo desses atos complementares foi sendo expandido ao bel-prazer do regime, como era de costume. No total, trinta e sete atos complementares foram expedidos sob o AI-2. Os atos complementares são objeto da próxima subseção.

O AI-5, por seu turno, trouxe em seu art. 9º a possibilidade renovada de se baixar atos complementares: “O Presidente da República poderá baixar Atos Complementares para a execução deste Ato Institucional, bem como adotar, se necessário à defesa da Revolução, as medidas previstas nas alíneas “d” e do § 2º do art. 152 da Constituição”⁶⁷. Tais medidas do art. 152 eram a decretação do estado de sítio e a suspensão da liberdade de reunião e de associação.

Voltando à linha cronológica dos atos institucionais, veio em sequência o terceiro, de 05 de fevereiro de 1966 (AI-3), que fixou as eleições indiretas em âmbito estadual. Finalmente, sob o pretexto de que Constituição de 1946 já não mais atendia às “exigências nacionais”, o Ato Institucional nº 4, de 07 de dezembro de 1966 (AI-4), convocou o Congresso Nacional, que havia sido fechado naquele ano, “para se reunir extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, para discussão, votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República”⁶⁸. Dessa convocação extraordinária, adveio uma nova Constituição em 24 de janeiro de 1967, que sofreu grande influência da Constituição de 1937.

⁶⁵ PAIXÃO, Cristiano. Entre regra e exceção: normas constitucionais e atos institucionais na ditadura militar brasileira (1964-1985). *História do Direito*, v. 1, n. 1, p. 227–241, 2020.

⁶⁶ CÂMARA, Heloisa Fernandes. Genealogia do Ato Institucional – entre legalidade, exceção e legalidade excepcional. *História do Direito*, v. 2, n. 3, p. 272-299, 2022. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/historiadodireito/article/view/82954>. Acesso em: 15 jan. 2025.

⁶⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2025]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 jan. 2025.

⁶⁸ BRASIL. *Ato Institucional nº 4, de 07 de dezembro de 1966*. Convoca o Congresso Nacional para se reunir extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, para discussão, votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [2025]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-04-66.htm. Acesso em: 01 jan. 2025.

A Constituição de 1967 constitucionalizou as disposições dos atos institucionais e as diretrizes do regime autoritário em seu art. 173. O texto manteve nominalmente a tripartição dos poderes, com o exercício do Poder Legislativo a cargo do Congresso Nacional (art. 29), e o federalismo, contudo, essencialmente mais próximo de um Estado unitário do que de um Estado propriamente federativo. Na prática, os poderes do presidente da República foram ampliados de maneira sem precedentes (vide arts. 50, 54, 55, 57, 58 e 60 da Constituição de 1967). O Poder Executivo se fortaleceu no âmbito federal. A perene ameaça comunista inspirou dispositivos relativos à segurança nacional. A Constituição de 1967 vigorou por cerca de vinte meses.

O recrudescimento do autoritarismo veio com o já mencionado AI-5, que modificou o texto constitucional de 1967 para permitir ao presidente “decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais”⁶⁹, dentre outras providências. Horta⁷⁰ explica que o AI-5 paralisou “o funcionamento da Constituição, [...] [aniquilou] o princípio da independência e da harmonia dos Poderes, tudo submetendo ao arbítrio e à vontade incontável do Presidente da República, convertendo o regime presidencial em ditadura presidencial”⁷¹, p. 35.

Como era a praxe nos atos institucionais, o AI-5 veio com um preâmbulo longo, com os “considerando”, justificando sua edição no “poder revolucionário”, “continuidade da obra revolucionária”, “preservação da ordem, tranquilidade e segurança”.

Em 1969 foram baixados mais doze atos institucionais (com destaque para o de nº 13 que dispunha “sobre o banimento do território nacional de brasileiro inconveniente, nocivo ou perigoso à segurança nacional”), culminando na Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. José Afonso da Silva é da opinião de que “teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado”⁷², p. 89. Nada obstante, restou mantida a ordem anterior, conservando o AI-5 e os atos complementares, nos termos do seu art. 182.

De 9 de abril de 1964 a 14 de outubro de 1969, foram baixados dezessete atos institucionais no total. Essa espécie normativa não foi mais utilizada pelo regime nos próximos quinze anos de ditadura que se seguiram. Já os atos complementares continuaram a ser utilizados de forma esparsa até 1977, sendo que o último dessa espécie, o Ato Complementar nº 104, de 26 de julho de 1977, assegurou o direito de reunião dos partidos políticos, em um momento de enfraquecimento do regime. De 27 de outubro de 1965 a 26 de julho de 1977, foram baixados cento e quatro atos complementares, ou seja, foram mais longevos do que a própria

⁶⁹ BRASIL. *Ato Institucional nº 5, de 13 de Dezembro de 1968*. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [2025]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-06-69.htm. Acesso em: 01 jan. 2025.

⁷⁰ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

espécie normativa que lhes deu origem. Por fim, a EC nº 11, de 13 de outubro de 1978, revogou o AI-5, uma revogação simbólica que já acenava para a chegada de um novo período de redemocratização no horizonte.

2.4 ATOS COMPLEMENTARES

Como indicado na subseção anterior, os atos complementares foram previstos no art. 30 do AI-2, e renovados no art. 9º do AI-5, como instrumentos destinados a fixar regramentos de integração adicionais aos atos institucionais. Conforme Carlos Ayres Britto, eram espécie normativas editadas pelo mesmo poder responsável pela edição dos atos institucionais; portanto, eram peças integrantes do mecanismo institucional: “Suas normas são nutridas da mesma substância que alimenta os atos institucionais, mas numa linha de particularização progressiva, como a que preside as relações entre os diplomas normativos que se escalonam em termos de hierarquia legal”⁷³, p. 9.

Por essa lógica, seria possível mal equiparar a natureza jurídica dos atos complementares aos atuais decretos regulamentadores de leis, pois os atos complementares eram para os atos institucionais o que os decretos são para as leis. O critério só não é perfeito, entretanto, por tudo que vem sendo visto, porque os atos institucionais não tinham origem democrática. Mas importa que havia uma relação de acessoriedade entre as duas espécies de normas. Como normas acessórias, seguiam a sorte da norma principal⁷⁴, p. 12. Entretanto, isso novamente não mostra correto, pois os atos complementares, assim como os atos institucionais, eram normas com força de lei criadas monocraticamente pelo chefe do Executivo, à margem da apreciação do Congresso, embora destinados a regulamentar o disposto no ato institucional⁷⁵, p. 82.

Na qualidade de instrumentos de execução dos atos institucionais, portanto, os atos complementares tinham sua condição ou fundamento de validade nestes últimos. A rigor, somente poderiam conter disposições coerentes com os assuntos e dispositivos que visava a completar, sem possibilidade de desbordamento ou de emenda ao diploma que lhe serviu de base, afinal, eram normas secundárias à principal. Entretanto, por vezes, atos complementares regularam matérias inteiramente estranhas ao ato institucional que lhe era subjacente, inclusive contrariando suas disposições.

Nesse sentido, um dos exemplos citados por Britto⁷⁶ foi o Ato Complementar nº 41, de 22 de janeiro de 1969, que proibiu a nomeação, contratação ou admissão de funcionário ou servidor na Administração Direta e Autarquias dos Estados, Distrito Federal e Municípios, inclusive nas Secretarias e Serviços Auxiliares dos Poderes Legislativo e Judiciário e dos Tribunais de Contas. Trouxe como seu supedâneo o AI-5, entretanto, disciplinou assunto totalmente alheio à execução do AI-5, que nada continha sobre o recrutamento de agentes públicos. O

⁷³ BRITTO, Carlos Ayres. O problema da vigência dos atos complementares posteriores à edição do AI-5. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, n. 32, p. 1-18, 1977.

⁷⁴ BRITTO, Carlos Ayres. O problema da vigência dos atos complementares posteriores à edição do AI-5. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, n. 32, p. 1-18, 1977.

⁷⁵ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.

⁷⁶ BRITTO, Carlos Ayres. O problema da vigência dos atos complementares posteriores à edição do AI-5. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, n. 32, p. 1-18, 1977.

AI-5 simplesmente tratou dos funcionários que já estavam incorporados ao serviço público para: a) suspender-lhes seus direitos e garantias; e b) permitir a desinvestidura como sanção política (art. 6º). Ou seja, como se vê, o Ato Complementar nº 41, de 22 de janeiro de 1969, não funcionou para executar ou detalhar o AI-5.

Na prática, também foram editados atos complementares a decretos-leis e atos complementares modificativos da própria legislação ordinária. Esse foi o caso do Ato Complementar nº 27, de 8 de dezembro de 1966, que alterou o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966) e chegou a fixar alíquota de tributo, e do Ato Complementar nº 35, de 28 de fevereiro de 1967, que também mexeu na legislação tributária e complementou o Decreto-Lei nº 28, de 14 de novembro de 1966. Tais atos chegaram a delegar poderes legislativos aos governadores de Estados para firmar convênios e majorar o imposto sobre a circulação de mercadorias. Assim, idealizado para ser norma secundária, os atos complementares constantemente assumiram o protagonismo na época.

Apresentadas as espécies legislativas extintas, convém retomar as considerações sobre o que faz um processo legislativo ser democrático.

3 ANÁLISE DOS CONTORNOS AUTORITÁRIOS DA LEGISLAÇÃO E LÓGICA DAS LEIS NO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO

No espaço de aproximadamente cinquenta anos (1937-1988), foram editadas centenas de normas dos quatro tipos explorados nesta pesquisa: os decretos-leis, as leis constitucionais, os atos institucionais e os atos complementares. Tais tipos normativos têm ao menos três características em comum: a) sua origem no Poder Executivo, embora tivessem força de lei, b) seu momento de edição foi marcado pela supressão democrática, mesmo tendo como destinatários todo o povo, e c) sua utilização como instrumentos de uma legalidade fluida, para usar a expressão de Carvalho⁷⁷, tendo sido empregados de forma ambígua para pavimentar juridicamente medidas ditatoriais, e adaptados conforme as circunstâncias e os objetivos do momento, com uma desvalorização da formalidade ou legalidade constitucional⁷⁸.

⁷⁷ CARVALHO, Claudia Paiva. Bacharéis udenistas e a preparação jurídica do golpe contra Vargas. *Revista Jurídica da UFRSA*, Mossoró, v. 7, n. 13, p. 61-82, 2023.

⁷⁸ Para aprofundamento sobre os argumentos e as estratégias jurídicas adotadas durante o período autoritário, confirmam-se: CARVALHO, Claudia Paiva. Bacharéis udenistas e a preparação jurídica do golpe contra Vargas. *Revista Jurídica da UFRSA*, Mossoró, v. 7, n. 13, p. 61-82, 2023; CHUEIRI, Vera Karam de; CÂMARA, Heloísa Fernandes. (Des)ordem constitucional: engrenagens da máquina ditatorial no Brasil pós-64. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 95, p. 259-288, ago. 2015; BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012; FICO, Carlos. *Além do golpe: a tomada do poder em 31 de março de 1964 e a ditadura militar*. Rio de Janeiro: Record, 2004; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O estado de exceção na experiência constitucional brasileira. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 8, n. 3, p. 286-302, 15 set. 2016; MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. *Repressão política e usos da constituição no governo Vargas (1935-1937): a segurança nacional e o combate ao comunismo*. 2011. 218 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2011; RICHTER, Daniela; FARIAS, Thieser da Silva. Ditadura Militar no Brasil: dos instrumentos jurídicos ditatoriais para a democracia outorgada. *Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, v. 11, n. 3, p. 381-405, 2019.

A partir da descrição da seção anterior, vê-se como as espécies legislativas extintas funcionaram como estratégias jurídicas – ou contorcionismos jurídicos⁷⁹, p. 68 – que na prática instrumentalizaram a legislação para o autoritarismo. As construções sempre contaram com o suporte de juristas, o que também desponta como uma estratégia de legitimação e de articulação jurídica⁸⁰.

Nos períodos analisados, o Poder Executivo, através de seus chefes e ministros, foi o protagonista da atividade legiferante em território nacional, tendo assumido o papel do legislador. Houve não uma delegação formal – em que o Congresso Nacional estabelece padrões para a elaboração das regras, dentro de limites prescritos –, mas verdadeira abdicação, pois na prática não havia quaisquer parâmetros ou controle parlamentar. Certamente, “legislar fora do parlamento, ou mais exatamente deslocar a competência legislativa do parlamento ao governo não é algo inédito, mas possui uma densidade própria em se tratando de regimes autoritários”⁸¹, p. 156.

Como visto, esses tipos normativos foram também utilizados nos momentos de transição para a democracia, tanto em 1946, quanto após 1985. A EC nº 26, de 27 de novembro de 1985, convocou a assembleia constituinte que seria instalada em 1º de fevereiro de 1987. Nesse período, os decretos-leis continuaram sendo utilizados. O último baixado por José Sarney foi publicado no Diário Oficial da União em 04 de outubro de 1988, dia anterior à promulgação da Constituição Cidadã.

As quatro espécies legislativas, marcadas pela ausência de debate público prévio, pela falta de apreciação judicial e pela inexistência de controle *a priori* ou *a posteriori* pelo parlamento, não subsistiram à nova ordem constitucional devido à sua incompatibilidade com o paradigma do Estado Democrático de Direito. Ainda assim, parte da literatura⁸², p. 47 entende que os decretos-leis apenas tiveram seu nome alterado e suas disposições adaptadas ao equilíbrio dos poderes e ao contexto democrático. Espiritualmente, sobreviveriam até os dias atuais sob a forma das medidas provisórias, que seriam decretos-leis “disfarçados”.

Por um lado, realmente, as medidas provisórias do art. 62 da Constituição de 1988 são forma de legislação governamental idealmente previstas para situações de urgência. Por outro lado, o abuso na sua edição, que daria causa à crítica em referência, foi eliminado em parte com a EC nº 32/2001, que proibiu suas reedições. Não é o caso de aprofundar nos contornos das medidas provisórias nesse momento, mas apenas de enfatizar que ao menos nessa figura a apreciação do Congresso é imprescindível.

Sob a perspectiva democrática, preocupa o excesso de funções legislativas concentradas no Poder Executivo, em detrimento da atuação parlamentar. O Estado de Direito democrático preza pela participação do povo na criação da legislação, por intermédio de seus representan-

⁷⁹ CARVALHO, Claudia Paiva. Bacharéis udenistas e a preparação jurídica do golpe contra Vargas. *Revista Jurídica da Ufersa*, Mossoró, v. 7, n. 13, p. 61-82, 2023.

⁸⁰ CARVALHO, Claudia Paiva. Bacharéis udenistas e a preparação jurídica do golpe contra Vargas. *Revista Jurídica da Ufersa*, Mossoró, v. 7, n. 13, p. 61-82, 2023.

⁸¹ NUNES, Diego. Processo Legislativo para além do Parlamento em Estados Autoritários: uma análise comparada entre os Códigos Penais Italiano de 1930 e Brasileiro de 1940. *Sequência*, Florianópolis, n. 74, p. 153–180, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2016v37n74p153>. Acesso em: 11 jan. 2025.

⁸² Por exemplo: DANTAS, Ivo. *Aspectos jurídicos das medidas provisórias*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1997; e MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Sobrevivência piorada do decreto-lei. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 11 mai. 1996.

tes eleitos. Só nessa característica, qual seja, a ausência de aprovação ou escrutínio por parlamentos, já se encontra a feição autoritária da legislação produzida durante o Estado Novo (1937-1945) e a Ditadura Civil-Militar (1964-1985). Com isso, observa-se que a tradicional dogmática das fontes – e sua preocupação com o fundamento de validade de uma norma na que lhe é superior – não é suficiente para perquirir sobre a feição democrática ou a legitimidade da legislação.

Além disso, a partir do levantamento, é possível inferir que, para saber se as espécies normativas obedecem ou não a lógica do Estado de Direito democrático, não basta com olhar só seu *nomen iuris*, nem somente o desenho normativo para a respectiva produção. Trata-se de uma questão empírica, de verificação de como o Direito posto foi construído na prática, por exemplo, se houve efetiva abertura e transparência do processo legislativo. É necessário que os documentos e informações relevantes à discussão sejam disponibilizadas ao público, de forma transparente, é dizer, que permitam a compreensão pelos interessados. Adicionalmente, convém saber se houve oportunidades de participação e inclusão, para que os diferentes grupos de afetados pelo projeto de lei possam contribuir de forma significativa para a construção da legislação. Esses são só alguns dos elementos que denotam o caráter democrático da elaboração da legislação.

É bem verdade que não necessariamente é inconstitucional a mera previsão de que normas podem ser produzidas não só pelos legisladores, mas também por agentes políticos do Executivo. Entretanto, a produção normativa desses últimos não pode ser ilimitada. Como visto na seção 2, a delegação de poderes do parlamento deve ser mínima e demarcada a determinadas circunstâncias previstas de forma explícita, seja na Constituição, seja na legislação, e com possibilidade de controle parlamentar efetivo e revisão judicial⁸³. Ao Poder Executivo se devem atribuir de preferência poderes legislativos secundários. A legislação primária deve ficar preponderantemente a cargo do Poder Legislativo, democraticamente eleito, com mandatos periódicos, em que as minorias também estejam representadas.

Entretanto, como se observou da seção 3, o AI-1 fixou em seu preâmbulo que “A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte”, que “Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo” e que “Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória”. Ainda de acordo com o preâmbulo, destituído o governo anterior pela revolução, “só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do Poder no exclusivo interesse do País”.

Do que se lê, as duas funções da lei vistas na seção 2 – de representar a vontade geral e de servir de limites à liberdade – deixaram de existir entre 1964 e 1985. Por força do art. 173 da Constituição de 1967, toda a legislação produzida pelo Executivo ficou excluída da apreciação judicial.

⁸³ OSCE. Organization for Security and Co-operation in Europe. Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR). *Guidelines on Democratic Lawmaking for Better Laws*. 2023. Disponível em: https://www.osce.org/files/f/documents/a/3/558321_3.pdf. Acesso em: 28 jan. 2025.

■ CONCLUSÃO

O presente artigo procedeu a uma análise das espécies normativas que fizeram parte do ordenamento jurídico brasileiro durante dois períodos autoritários da História Constitucional Brasileira: o Estado Novo (1937-1945) e a Ditadura Civil-Militar (1964-1985). O objetivo foi o de jogar luzes sobre a tipologia normativa do passado, a trajetória dos usos e nomes e o ocaso dos institutos jurídicos analisados. A análise histórica permitiu verificar quais foram recepcionados ou constituíram criações originais, bem como se os *nomen iuris* que lhes são dados conformaram o conceito que se pretendiam alterar, manter ou construir e, principalmente, como esses institutos foram utilizados em um dado espaço de tempo, gerando a experiência que poderia ser replicada depois (como se deu com a fórmula dos decretos-leis).

Viu-se o que se esperava obter com a utilização desses institutos (as expectativas dos juristas, dos líderes políticos e da comunidade jurídica nacional) e o que restou dessas espécies na atualidade. Como observado, para parte da literatura, as medidas provisórias constituem a sobrevivência dos decretos-leis dos períodos de ditadura. Entretanto, viu-se que há diferenças substanciais, já que hoje a participação do Congresso Nacional é indispensável em se tratando das medidas provisórias.

Foi possível ver que o processo legislativo democrático é o levado a cabo por órgãos democraticamente eleitos, observando o princípio da separação dos poderes, com debate público prévio, aberto, transparente, acessível, não discriminatório, inclusivo, participativo, sensível às necessidades de diversos grupos da sociedade. Contrapõe-se à ideia do processo legislativo autoritário, típico das ditaduras, em que é o Poder Executivo que mais frequentemente faz a legislação (atos normativos com força de lei), e já não permite fixar a lei como limite à atuação do próprio Estado. No autoritarismo, embora mantidas as formalidades (Estado Legal), a lei se converte em mero instrumento de governo, sem corresponder à ideia produto ou somatório da vontade popular.

É bem verdade que a elaboração democrática das leis, além das formalidades procedimentais vistas na seção 2, requer também o atendimento a outras diretrizes voltadas para a racionalidade do seu conteúdo. Aqui, trata-se da legislação *materialmente* democrática. Para isso, é necessário justificar a necessidade da intervenção do Estado via legislação, passando, por exemplo, pelos seguintes elementos: a) a correta identificação do problema ou disfunção social que exige a elaboração de uma lei para a sua solução (antecedentes); b) a definição de objetivos que pretendem ser alcançados com a legislação, de preferência a partir de metas quantificáveis e mensuráveis, e voltados para a realização de direitos humanos; c) a explicação da idoneidade, suficiência e proporcionalidade da medida legislativa proposta, ou seja, de que maneira se espera que as providências contribuirão para alcançar os objetivos; d) o esclarecimento de por que a medida proposta é o melhor meio, ou seja, por que as alternativas descartadas não eram preferíveis no caso; e e) a utilização de evidências em todas as fases de preparação da legislação, especialmente na avaliação de impacto *ex ante* e *ex post*, com a produção de informações que sirvam para a tomada de decisão política.

As considerações sobre o que se espera do processo legislativo em um Estado de Direito democrático servem para constatar que tanto a teoria, quanto as práticas, vêm evoluindo no

Brasil e no mundo. As espécies normativas estudadas, hoje extintas do ordenamento brasileiro, dificilmente voltariam a ter assento. Entretanto, a agenda de pesquisa sobre as formas autoritárias de elaboração legislativa não se encerra com esta visita ao passado.

No presente, a literatura estrangeira⁸⁴ dá conta de manifestações de legalismo autoritário. Tratam-se estratégias sofisticadas pelas quais líderes podem minar as instituições democráticas usando métodos legais e constitucionais. Diferentemente da forma tradicional de autoritarismo, não é preciso recorrer ao fechamento dos parlamentos ou a golpes de estado militares. Entre outros meios, o legalismo autoritário pode ser implementado pela manipulação dos processos legislativos, mediante emendas à Constituição que afetam o equilíbrio entre poderes, reformas nas estruturas burocráticas e via modificações na legislação ordinária que abrem brechas para a consolidação de poder no Executivo na regulamentação via decretos infralegais, *bypassando* o Congresso.

Portanto, para o futuro, será preciso continuar investigando qual é, se existe, o padrão de legislação autoritária na contemporaneidade, para verificar se o legalismo autoritário também vem sendo adotado no Brasil.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

ARAÚJO, Castro. *A Constituição de 1937*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.

ATALIBA, Geraldo. *O decreto-lei na Constituição de 1967*. São Paulo: RT, 1967.

ÁVILA, Humberto Bergman. *Medida provisória da Constituição de 1988*. Porto Alegre: SAFE, 1997.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BRASIL. [Constituição (1937)]. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de Novembro de 1937*. Brasília, DF: Presidência da República, [2025]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 01 jan. 2025.

BRASIL. [Constituição (1967)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília, DF: Presidência da República, [2025]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 02 jan. 2025.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2025]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 jun. 2024.

⁸⁴ Por exemplo: SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic legalism. *The University of Chicago Law Review*, v. 85, p. 545-583, 2018; e LANDAU, David. Abusive constitutionalism. *UC Davis Law Review*, v. 47, p. 189-260, 2013.

BRASIL. *Ato Institucional nº 1, de 09 de abril de 1964*. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Brasília, DF: Presidência da República [2025]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm. Acesso em: 01 jan. 2025.

BRASIL. *Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965*. Mantem a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [2025]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm. Acesso em: 01 jan. 2025.

BRASIL. *Ato Institucional nº 4, de 07 de dezembro de 1966*. Convoca o Congresso Nacional para se reunir extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, para discursão, votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [2025]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-04-66.htm. Acesso em: 01 jan. 2025.

BRASIL. *Ato Institucional nº 5, de 13 de Dezembro de 1968*. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [2025]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-06-69.htm. Acesso em: 01 jan. 2025.

BRASIL. *Lei Constitucional nº 1, de 16 de Maio de 1938*. Emenda ao art. 122, n. 13 da Constituição. DF: Presidência da República, [2025]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lct/lct001.htm. Acesso em: 11 jan. 2025.

BRASIL. *Lei Constitucional nº 5, de 10 de março de 1942*. Emenda os arts. 122, 166 e 168 da Constituição. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lct/lct005.htm.

BRASIL. *Lei Constitucional nº 9, de 28 de Fevereiro de 1945*. ALTERA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1937. DF: Presidência da República, [2025]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lct/lct009.htm. Acesso em: 15 jan. 2025.

BRITTO, Carlos Ayres. O problema da vigência dos atos complementares posteriores à edição do AI-5. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, n. 32, p. 1-18, 1977.

CÂMARA, Heloisa Fernandes. Genealogia do Ato Institucional – entre legalidade, exceção e legalidade excepcional. *História do Direito*, v. 2, n. 3, p. 272-299, mar. 2022. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/historiadodireito/article/view/82954>. Acesso em: 14 jan. 2025.

CAMPOS, Francisco. Diretrizes Constitucionais do novo Estado brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 35, n. 73, p. 5-22, 229-249, jan./mar. 1938.

CARVALHO, Claudia Paiva. Bacharéis udenistas e a preparação jurídica do golpe contra Vargas. *Revista Jurídica da UFERSA*, Mossoró, v. 7, n. 13, p. 61-82, 2023.

CHUEIRI, Vera Karam de; CÂMARA, Heloísa Fernandes. (Des)ordem constitucional: engrenagens da máquina ditatorial no Brasil pós-64. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 95, p. 259-288, ago. 2015.

COELHO, Fernando Nagib Marcos. *Tipos normativos e separação dos poderes: a função política do aviso ministerial durante a regência (1831-1840)*. 2016. 251 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

CUNHA, Oscar Francisco da *et al.* Manifestam-se, coletivamente, os professores da Faculdade Nacional de Direito. *Correio da Manhã*, Rio de Janeiro, 03 mar. 1945

DANTAS, Ivo. *Aspectos jurídicos das medidas provisórias*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1997.

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789.

DINIZ, Maria Helena. Fontes do direito. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONGAZA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. p. 1-8. (Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito). Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/157/edicao-1/fontes-do-direito>. Acesso em: 11 jan. 2025.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FICO, Carlos. *Além do golpe: a tomada do poder em 31 de março de 1964 e a ditadura militar*. Rio de Janeiro: Record, 2004.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Formas e aplicação do direito positivo*. São Paulo: RT, 1969.

FRANCISCO, José Carlos. Art. 84, IV. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (orgs). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1212-1225.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O estado de exceção na experiência constitucional brasileira. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 8, n. 3, p. 286-302, 15 set. 2016.

GOMES, Ângela de Castro. *A invenção do trabalhismo*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2011.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

LANDAU, David. Abusive constitutionalism. *UC Davis Law Review*, v. 47, p. 189-260, 2013.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. *Repressão política e usos da constituição no governo Vargas (1935-1937): a segurança nacional e o combate ao comunismo*. 2011. 218 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2011.

MARQUES, Walter. *Sarney decide dispensar uso do decreto-lei enquanto governar*. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 16 abr. 1985.

MÁYNEZ, Eduardo García. *Introducción al estudio del Derecho*. México: Porrúa, 1972.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Sobrevivência piorada do decreto-lei. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 11 mai. 1996.

NASCIMENTO, Roberta Simões. *Teoria da legislação e argumentação legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada*. Curitiba: Alteridade, 2019.

NICOLAU, Gustavo Rene. *Medidas provisórias: o executivo que legisla - evolução histórica no constitucionalismo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009.

NUNES, Diego. Processo Legislativo para além do Parlamento em Estados Autoritários: uma análise comparada entre os Códigos Penais Italiano de 1930 e Brasileiro de 1940. *Sequência*, Florianópolis, n. 74, p. 153–180, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2016v37n74p153>. Acesso em: 11 jul. 2024.

OSCE. Organization for Security and Co-operation in Europe. Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR). *Guidelines on Democratic Lawmaking for Better Laws*. 2023. Disponível em: https://www.osce.org/files/f/documents/a/3/558321_3.pdf. Acesso em: 28 jan. 2025.

PAIXÃO, Cristiano. Entre regra e exceção: normas constitucionais e atos institucionais na ditadura militar brasileira (1964-1985). *História do Direito*, v. 1, n. 1, p. 227–241, 2020.

PORTO, Walter Costa. 1937. *Constituições brasileiras*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. v. 4.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RICHTER, Daniela; FARIAS, Thieser da Silva. Ditadura Militar no Brasil: dos instrumentos jurídicos ditatoriais para a democracia outorgada. *Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, v. 11, n. 3, p. 381-405, 2019.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social ou Princípios do direito político*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. 27. ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2006.

SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic legalism. *The University of Chicago Law Review*, v. 85, p. 545-583, 2018.

SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite; CASTRO, Alexander Rodrigues de. Um jurisconsulto adaptável – Francisco Campos (1891-1968). In: MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha S.C. (orgs.). *Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro – 1930-dias atuais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 255-291.

SILVA, Carlos Medeiros. O ato institucional e a elaboração legislativa. *Revista dos Tribunais*, v. 53, n. 347, p. 7-17, set. 1964.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 173, p. 15-24, jul./set. 1988.

VAN DEN BOOMEN, Lucas Hendricus Andrade. Sincronia e diacronia no Direito: dualidades de tempo e espaço. *Revista do CAAP*, Belo Horizonte, v. 28. n. 1, p. 1-17, 2023. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/caap/article/view/47520>. Acesso em: 15 jan. 2025.

VILLA, Marco Antonio. *A história das Constituições brasileiras*. São Paulo: Leya, 2011.

WALDRON, Jeremy. A legislação. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (orgs.). *Democracia*. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 229-237.



DEMOCRACIA REPRESENTATIVA: PROCESSO ELEITORAL LEGÍTIMO x QUALIDADE DEMOCRÁTICA

REPRESENTATIVE DEMOCRACY:
LEGITIMATE ELECTORAL PROCESS x DEMOCRATIC QUALITY

RODRIGO JORGE CARNEIRO LEITE* | LEONARDO ROCHA** | NAPIÊ SILVA***

RESUMO

O presente estudo teve como objetivo analisar a qualidade do regime democrático versus a base legal necessária à sustentação do referido sistema de governo. A legalidade é uma dimensão da democracia composta de regras, as quais devem ser obedecidas por todos, para que, com isso, o “jogo político” possa ser justo, inclusivo e participativo. Dentro dessa base legal, debateu-se, de forma particular e validativa, a influência do poder financeiro em desvirtuar o equilíbrio e a lisura do processo político-eleitoral. A metodologia utilizada para confirmar a fundamentação teórica exposta foi a econométrica. Nessa abordagem quantitativa, manuseou-se dados de relatórios internacionais condensados pela organização The Quality of Government Institute (QoG), os quais permitiram inferências e comprovações das hipóteses formuladas.

Palavras-chave: Democracia; Legitimidade; Processo Eleitoral; Poder Financeiro.

ABSTRACT

This paper aimed to analyze the quality of a democratic regime versus the legal basis necessary to sustain the aforementioned system of government. Legality is a dimension of democracy composed of rules, which must be obeyed by everyone, so that, with this, the “political game” can be fair, inclusive and participatory. Within this legal basis, the influence of financial power in distorting the balance and fairness of the political-electoral process was debated in a particular and validating way. The methodology used to confirm the theoretical basis was econometric. In this quantitative approach, data from international reports condensed by The Quality of Government Institute (QoG) were handled, which allowed inferences and proof of the formulated hypotheses.

Keywords: Democracy; Legitimacy; Electoral Process; Financial Power.

*Mestre em Administração Pública pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA).
rj.leite@hotmail.com

** Doutor em Desenvolvimento Econômico pelo IE/UNICAMP.
Mestre em Economia Rural pela Universidade Federal do Ceará. Professor Adjunto da UFERSA.
leonardo.rocha@ufersa.edu.br

*** Doutor em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Mestre em Políticas Públicas e Sociedade pela Universidade do Estado do Ceará. Mestre em Economia pela UFC. Professor Adjunto III da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA), atuando como professor permanente nos programas *stricto sensu* de Administração Pública (PROFIAP), e de Transferência Tecnológica (PROFINIT).
pie@ufersa.edu.br

Recebido em 11-10-2024 | Aprovado em 26-3-2025



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 REFERENCIAL TEÓRICO; 1.1 LEGALIDADE E LEGITIMIDADE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA; 1.2 DESEQUILÍBRIO ELEITORAL – FINANCEIRO E PROPAGANDISTA; 1.3 DESVIRTUAÇÃO DEMOCRÁTICA – DESIGUALDADE PARTICIPATIVA; 2 METODOLOGIA; 2.1 DEFINIÇÃO DA AMOSTRA; 2.2 OPERACIONALIZAÇÃO DAS VARIÁVEIS; 2.3 MODELO ECONOMETRICO; 2.4 ROBUSTEZ E EFICIÊNCIA DAS ESTIMATIVAS; 2.5 ANÁLISE DOS RESULTADOS; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

A democracia, como forma de governo e ordenamento social, necessita, obrigatoriamente, ser revestida de liberdade e igualdade. O cidadão comum no Estado democrático deve dispor de liberdade para expor e se posicionar de acordo com aquilo que acredita, bem como, cada indivíduo, sem qualquer distinção, deter a exata igualdade de importância, força e oportunidade em participar daquilo que está sendo discutido e decidido sobre a vida de toda coletividade¹.

No presente estudo abordou-se um terceiro aspecto da democracia, não menos relevante que os outros dois citados acima. Esta terceira dimensão que serve de base estrutural para sustentar tal sistema socio-político, que conjuntamente com a liberdade e a igualdade formam o tripé da democracia, trata-se da legalidade. Desse modo, cabe ressaltar que o Estado democrático precisa, portanto, abrigar normas legais que preservem a contento os outros dois referidos princípios².

A democracia indireta é o modelo de governo difundido e adotado pela maioria dos países no mundo³, no qual todos os componentes da população, por meio de eleições livres, materializam o Estado representativo⁴. Nessa conjuntura, o pleito eleitoral finda por ser o momento mais emblemático neste ideário, momento em que o cidadão comum escolhe alguns poucos personagens do quadro populacional para representá-lo em seus interesses, buscando promover assim, de uma forma geral, o progresso de toda sociedade⁵.

A realização desta fundamental etapa cívica, no entendimento de Mill⁶, é questão de um dever maior que cada cidadão comum tem, uma espécie de obrigação especial que cada indivíduo deve prestar com a máxima consciência voltada ao bem público.

Em vista disso, para que o palco democrático seja montado no sentido de viabilizar uma orientação legítima de toda população, princípios como lisura e equilíbrio entre os

¹ DAHL, R. A. *Sobre a democracia*. 1. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

² BOBBIO, N. *Estado, Governo, Sociedade*: Para uma teoria geral da política. 14. ed. v. 69. Rio de Janeiro: Paz e Terra S/A, 1986.

³ Democracias liberais – quantidade: 32. Democracias eleitorais – quantidade: 60. Autocracias eleitorais – quantidade: 62. Autocracias fechadas – quantidade: 24. Ver: LINDBERG, S. I. *Autocratization Turns Viral - Democracy Report*. Gothenburg: V-Dem Institute, 2021.

⁴ DAHL, R. A. *Sobre a democracia*. 1. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

⁵ *Ibid.*

⁶ MILL, J. S. *Considerações Sobre o Governo Representativo*. 1. ed. Porto Alegre: L&PM, 1861.

participantes, candidatos e eleitores, são fundamentais no processo eleitoral. Nessa perspectiva, as eleições devem ser realizadas em um ambiente livre de qualquer influência desonesta ou condição desigual que possam causar desequilíbrio, vantajoso ou prejudicial, a quaisquer das partes envolvidas⁷, p. 208. Caso contrário, haveria uma deformação grave no que apregoa o regime democrático, pois sua essência defende que os eleitos sejam a opção verdadeiramente desejada pelo povo, sem qualquer desvirtuamento que possa falsear tal escolha. Dentre as liberdades políticas, a concepção jurídica de equidade no processo de escolha dos representantes impera como base da justiça democrática⁸.

Ao se falar em desigualdade, uma das primeiras que vem à mente é a econômica, pois o dinheiro detém relevância primordial em todas as relações humanas da sociedade capitalista mundial. Dessa forma, não poderia ser diferente em referência ao ambiente político, principalmente por se tratar de meio social onde o poder impera nas suas mais variadas formas, quase sempre associado ao capital⁹. Nesse prisma, objetiva-se aqui reafirmar a ideia de que as regras legais do “jogo político” devem abranger ditames mínimos no sentido de não permitirem condutas quaisquer que possam intervir de forma a macular as bases do modelo democrático¹⁰.

Em vista disso, a fim de se manter uma regular isonomia perante os participantes da competição política eleitoral, faz-se necessário que as “regras do jogo” sejam bem definidas. Ressaltamos de forma singular, a questão do investimento financeiro no patrocínio das campanhas de cada candidato, como um ponto exemplificativo no respeito e balisamento da disputa eleitoral.

Por óbvio, se esse cuidado não existisse, evidentemente, quem investisse uma quantia expressivamente desigual, muito provavelmente, estaria em uma condição privilegiada em relação aos demais, tornando a situação desequilibrada na disputa e, portanto, inaceitável¹¹.

O instituto internacional IDEA – (*Institute for Democracy and Electoral Assistance*)¹², que coleta dados e desenvolve pesquisas sobre o dinheiro na política, entende que, por mais que o processo democrático necessite de recursos financeiros para sua existência, se tais recursos não forem efetivamente regulamentados, a qualidade da democracia pode ser comprometida. Um dos pontos principais que o citado Instituto aborda, dentro do financiamento político, é a regulação sobre os gastos eleitorais, compreendendo que os gastos de campanha devem possuir limites fixados em nível adequado para evitar que aqueles com acesso a muito dinheiro disponham de vantagem expressiva. Defende, em razão disto, a existência de um teto razoável de dispêndio, para que campanhas inclusivas, diversificadas e mais abrangentes possam ter chances de participarem e, mais ainda, de vencerem¹³, p. 458.

⁷ OCDE. *Financing Democracy: Funding of Political Parties and Election Campaigns and the Risk of Policy Capture*. Paris: OECD Public Governance Reviews, 2016.

⁸ RAWLS, J. As liberdades básicas e sua prioridade (1982). In: RAWLS, J. *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 141-199.

⁹ MILLS, C. W. A sociedade de massas. In: MILLS, C. W. *A Elite do Poder*. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981. p. 350-378.

¹⁰ OCDE. *Financing Democracy: Funding of Political Parties and Election Campaigns and the Risk of Policy Capture*. Paris: OECD Public Governance Reviews, 2016.

¹¹ GOMES, J. J. *Direito Eleitoral*. São Paulo: Atlas, 2020.

¹² FALGUERA, E.; JONES, S.; OHMAN, M. *Funding of Political Parties and Election Campaigns: a handbook on political finance*. Stockholm: International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2014.

¹³ *Ibid.*

Mesmo diante desse raciocínio lógico, no que se refere ao controle de gastos nas campanhas eleitorais, dos 180 países monitorados pelo IDEA, menos da metade deles limitam os gastos eleitorais dos partidos e candidatos¹⁴.

Corroborando nessa mesma linha, dos países que fazem parte da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, frise-se se tratar de grupo seleto, composto, na sua grande maioria, por países socio-economicamente desenvolvidos e fortemente democráticos, mesmo assim, 35% deles não possuem limites sobre o montante que um partido político ou candidato podem gastar nas campanhas eleitorais¹⁵.

Acredita-se que haja algum nível de afronta à ordem de legitimação no processo eleitoral no que se refere à igualdade de condições, em razão da preponderância do poder econômico utilizado, mais precisamente na alavancagem pessoal da imagem maquiada das candidaturas vencedoras, ou pior, na compra de apoio ilícito ou escuso^{16, p. 208}.

Como pergunta central, examinou-se a seguinte questão: um processo eleitoral norteado por requisitos legais de igualdade, equilíbrio e lisura resultaria, nestas condições, num sistema político democrático identificado como de melhor qualidade?

A partir desse pressuposto coerente do que seria um ambiente eleitoral verdadeiramente democrático, averiguou-se aqui, numa perspectiva geral, a qualidade da democracia em respeito ao processo eleitoral igualitário e resguardado pela legitimação legal.

De forma mais específica, salientou-se a influência da questão financeira dentro da variável independente (processo eleitoral legal/legítimo): uma vez que gastos de campanha expressivos por parte dos candidatos participantes do pleito, restariam por desrespeitar princípios básicos da disputa política democrática e, portanto, prejudicando a própria democracia.

A pesquisa, metodologicamente, examinou e manuseou de forma quantitativa dados secundários disponíveis no vasto relatório do Instituto de Qualidade do Governo (*The Quality of Government Institute* - QoG), identificando, por fim, com apoio teórico, o grau de dependência entre as variáveis arroladas. Como resultado, comprovou-se a hipótese de que o processo eleitoral democrático legítimo varia de acordo com a disposição igualitária e racional das regras legais.

Ademais, de forma assessória, bem como também inserido no arcabouço da variável independente (legalidade), foi possível concluir que o controle financeiro se faz necessário a fim de equalizar as oportunidades de participação política, não permitindo a desvirtuação do jogo eleitoral, ao contrário, ajudando-o em autenticidade.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ OCDE. *Financing Democracy: Funding of Political Parties and Election Campaigns and the Risk of Policy Capture*. Paris: OECD Public Governance Reviews, 2016.

¹⁶ *Ibid.*

1 REFERENCIAL TEÓRICO

1.1 LEGALIDADE E LEGITIMIDADE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

O Estado Democrático de Direito moderno é constituído por um sistema político onde a soberania do povo é exercida por meio de representantes eleitos, com igualdade e justiça, preceitos destacados no ordenamento legal das inúmeras nações que adotam a democracia representativa como forma de governo.

A União Europeia (UE), mediante o Tratado de Maastricht, estabelece, dentre as vertentes principais, que os países membros disponham nas suas políticas externas e de segurança comum o desenvolvimento e a consolidação da democracia e do Estado de Direito, salientando ainda que os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser respeitados¹⁷. O Estado de Direito, definido pelo próprio parlamento europeu, é um valor fundamental da UE, o qual permite que a sociedade seja regida por condutas e procedimentos legais justos, condição tal que favorece o sistema democrático no respeito aos direitos humanos, inclusive aos direitos das minorias¹⁸. Mais diretamente sobre os direitos do ser humano, a UE consagra que a dignidade do indivíduo constitui um de seus valores essenciais. Juntamente com os princípios de liberdade e igualdade, o Estado de Direito democrático orienta a ação da União Europeia tanto no interior como no exterior das suas respectivas fronteiras¹⁹.

Outro exemplo do Estado de Direito democrático no mundo vem dos países do continente americano que, por meio da carta democrática interamericana da Organização dos Estados Americanos (OEA), ressalta a democracia representativa no seu artigo segundo²⁰. O dispositivo mencionado discorre que a democracia exercida de forma efetiva pelo Estado de Direito concretiza a base legal do tal regime de governo, devendo ser adotado por todos os membros da OEA. A referida norma da OEA, ainda destaca que a democracia representativa reforça-se e aprofunda-se por meio da participação permanente, ética e responsável de todos os cidadãos, em um marco de legalidade, em conformidade com a respectiva ordem constitucional de cada país membro.

Portanto, verifica-se que os países ao redor do mundo que possuem, em algum grau, Estados democráticos representativos também possuirão arcabouço legislativo que possa regulamentar, assegurar e efetivar todas as características incutidas na democracia. O Estado de Direito submete o poder político ao poder legal e esse poder legal no Estado democrático defende os valores fundamentais da democracia liberal – a igualdade, a segurança e a liberdade²¹. Bobbio salienta também, em conclusão, que a democracia é o triunfo do governo das leis, pois o sistema democrático, na visão do autor, resume-se a um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) para solução de conflitos, sendo a democracia o governo das leis

¹⁷ Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:xy0026&from=PT>. Acesso em: 03 jul. 2021.

¹⁸ Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/rule_of_law.html. Acesso em: 03 jul. 2021.

¹⁹ Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/human_rights.html. Acesso em: 03 jul. 2021.

²⁰ Disponível em: http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democractic_Charter.htm. Acesso em 03 jul. 2021.

²¹ BOBBIO, N. *O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo*. 17. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020.

por excelência²².

A soberania popular é legitimada em uma sociedade democrática pela eleição periódica de candidatos que exercerão o poder político-estatal em um processo pautado pela igualdade de oportunidades a todos os participantes do certame. Essa condição equitativa é o que caracteriza o princípio da legalidade dos mandatos resultantes do voto do cidadão, tendo em vista uma concorrência limpa e equilibrada em todos os aspectos que a lisura democrática impõe na disputa pelo poder político. Assim, não há de se admitir privilégio ou tratamento diferenciado a quem quer que seja, pois de outra forma estar-se-ia contrariando a licitude do estado democrático de direito²³.

Na mesma linha, adentrando-se a respeito do princípio da lisura das eleições, Ramaiana²⁴ afirma que as eleições podem ser corrompidas de várias formas, dentre estas, existiria, como uma das principais deturpações, o abuso do poder econômico, conduta imprópria que, quando acontece, prejudica diretamente a soberania popular e a legitimidade do processo democrático. Logo, a intangibilidade dos votos deve ser salvaguardada pela igualdade de todos os candidatos perante a lei eleitoral, observando-se também igual tratamento perante a propaganda política eleitoral, para que o processo democrático como um todo cumpra com o seu dever de ética e justiça esperados no palanque eleitoral.

Diferente aos demais campos do Direito, a seara Eleitoral não permite qualquer tipo de procedimento jurídico-administrativo que proporcione privilégio às partes interessadas, em razão da condição isonômica que o processo eleitoral em sua plenitude deve conter, por obediência ao princípio da igualdade²⁵.

Um elemento relevante que vem contra toda a concepção de hígidez e equidade do processo eleitoral democrático é o poder financeiro avultado investido nas campanhas eleitorais para a conquista do voto. O dinheiro tem a capacidade de influenciar diretamente a interação para com os eleitores, podendo distorcer não apenas a equidade eleitoral, mas a igualdade política de forma mais ampla, desprestigiando indivíduos e grupos sociais de baixo poder econômico em promoverem seus interesses e influenciar políticas públicas.

Destarte, essa questão é de suma importância para a análise da democracia, levando em consideração a preocupação de que o poder político pode vir a ser “apenas uma imagem espelhada do poder econômico, o princípio de “uma pessoa, um voto” torna-se sem sentido e a democracia deixa de ser, nas palavras de Elmer Schattschneider, um “sistema de poder alternativo, que pode ser usado para contrabalançar o poder econômico”²⁶.

As regras da democracia, por séculos, amadurecem e evoluem por toda parte, para que o jogo político seja conduzido no sentido de seguir e respeitar todo o regramento democrático estabelecido, uma vez que esse comportamento ordeiro dos participantes é justamente o que constitui o fundamento da legitimidade de todo o sistema²⁷. Dentro do jogo político existe a parte mais concreta da democracia representativa, consubstanciada no

²² *Ibid.*

²³ GOMES, J. J. *Direito Eleitoral*. São Paulo: Atlas, 2017.

²⁴ RAMAYANA, M. *Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

²⁵ CERQUEIRA, T. T.; CERQUEIRA, C. A. *Direito Eleitoral esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

²⁶ CASAS-ZAMORA, K. *A Caixa Preta da Democracia: Os Velhos e Novos Desafios das Finanças Políticas*. Gotemburgo: Instituto V-Dem. 2020.

²⁷ BOBBIO, N. *O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo*. 17. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020.

processo eleitoral, evento este composto pela presença de candidatos predispostos em eleições livres com sufrágio universal. Todavia, todo esse aparato não basta, é necessário também a existência de leis que instituem e regulem as eleições, pois não há votação sem normas eleitorais que estabeleçam as regras da competição²⁸.

Em contrapartida, a regulamentação do processo eleitoral está sempre em constante aperfeiçoamento com acréscimos de novos dispositivos ou melhoramento na eficácia dos existentes. Particularmente, o dinheiro no processo político, como algo exemplificativo e complementar neste estudo, é algo que merece ser regulado, controlado e fiscalizado, haja vista que o descaso diante do contexto econômico pode comprometer a legitimidade dos processos e práticas democráticas, pois os cidadãos perceberão que as eleições e os governos não refletem suas demandas e interesses²⁹.

Desse modo, a utilização dos recursos econômicos na operacionalização do processo democrático, como um todo, deve ser algo meticulosamente ponderado, na elaboração das suas leis, pela regra da razoabilidade, pois, se deixado descontrolado, afligirá o sistema eleitoral, nos termos do discurso de Casas-Zamora³⁰, interessando transcrevê-lo diretamente abaixo:

A famosa citação do lendário político da Califórnia, Jesse “Big Daddy” Unruh, “dinheiro é leite da mãe da política”, só conta um lado da história. O fato é que o leite de que ele fala contém elementos venenosos, que devem ser purgados, ou pelo menos, sob controle; caso contrário, eles podem destruir a democracia.

1.2 DESEQUILÍBRIO ELEITORAL – FINANCEIRO E PROPAGANDISTA

Dentre as diversas variáveis que possam persuadir o eleitor no seu processo de escolha, o poder econômico possui magnitude significativa para exercer um papel positivo no sucesso eleitoral. O quantitativo financeiro envolvido em uma campanha eleitoral, quando o candidato realiza maior dispêndio em relação aos demais, distorcendo a equidade, acaba por se refletir em maior chance de ser eleito, confirmando, assim, a forte influência que o poder econômico provoca no resultado das eleições (Sallaberry; Flach, 2019). O aporte financeiro nas campanhas eleitorais é tão relevante que repercute de forma eficaz tanto para candidatos governistas como para candidatos opositores³¹.

O peso da influência financeira tende a variar de acordo com o cargo político em disputa, tipo de eleição, partido político envolvido e até o candidato em si. Em todo caso, a importância do dinheiro para se conseguir a vitória no pleito, de uma forma geral, está sempre presente como fator fundamental de sucesso eleitoral, são análises e conclusões comumente

²⁸ *Ibid.*

²⁹ CASAS-ZAMORA, K. *A Caixa Preta da Democracia: Os Velhos e Novos Desafios das Finanças Políticas*. Gotemburgo: Instituto V-Dem. 2020.

³⁰ *Ibid.*

³¹ JAQUET, J. M.; SCARINI, P.; GAVA, T. Can't buy me votes? Campaign spending and the outcome of direct democratic votes. *West European Politics*, [s. l.], v. 45, n. 2, p. 335-359, 2022.

encontradas em pesquisas dessa área^{32 33 34}.

Evidencia-se também que esta correlação dinheiro-voto está sempre presente no processo eleitoral, mesmo quando há forte legislação reguladora, inclusive sobre o limite máximo que se pode gastar³⁵. Existiria, em torno dessa perspectiva, uma conjuntura quase que perfeita em termos de garantir a eleição de um candidato, qual seja: ser o político agraciado fortemente pelos agentes centrais do financiamento de campanha, são estes os doadores externos (eleitores e empresas) e internos (partidos políticos e o próprio candidato). Os poucos privilegiados por essa condição nada equânime garantem chances significativas de sucesso na disputa eleitoral³⁶.

Estudo elaborado pelos pesquisadores Bouton, Castanheira e Drazen³⁷ evidenciou que mesmo as pequenas contribuições eleitorais realizadas individualmente pelo cidadão comum são capazes de influenciar o resultado da eleição por força do capital total recebido e, ainda constataram, que os candidatos que são apoiados por camadas sociais de maior poder econômico também são mais favorecidos financeiramente, portanto, também possuem mais chances de vitória.

Dessa forma, por mais que as pequenas contribuições individuais às campanhas eleitorais sejam uma prática salutar para a democracia, tendo em vista o lado positivo do engajamento pessoal dos eleitores doadores em construir o quadro político e também por ser uma relação mais legítima entre o candidato e o doador, todavia, o impacto do poder financeiro, como um todo, continua a influenciar significativamente o resultado das eleições.

A cientista política Julia Cagé apresenta, de forma ampla e profunda, muitos dos aspectos nocivos que o poder do capital impõe sobre o processo eleitoral democrático. Uma conjunção particular que a autora aborda refere-se ao favorecimento que os grandes doadores recebem por descontarem boa parte do montante doado em redução de impostos. Tal possibilidade fiscal, que acontece em muitos países, repercute no desequilíbrio da participação financeira entre os ricos e o cidadão comum; pois, os ricos utilizam seu poder econômico, se beneficiam do desconto em impostos e, dessa forma, permanecem em contínua dominância sobre o poder político.

O cenário consolidado de desigualdade dentro do sistema político-eleitoral vai arruinando os preceitos da democracia, em razão do desinteresse gerado em muitos eleitores no sentido de não se envolverem na escolha dos seus representantes, até mesmo deixando de votar, uma vez que o cidadão comum sente que se trata de um jogo de poucos jogadores e de “cartas marcas”, abaixo importa transcrever as palavras da própria citada: “A sensação

³² BEKKOUCHE, Y.; CAGE, J. The Heterogeneous Price of a Vote: Evidence from France, 1993-2014. *Institute for New Economic Thinking Working Paper Series*, [s. l.], n. 68, p. 1-64, 2018.

³³ CERVI, E. U. et al. Dinheiro, profissão e partido: a vitória na eleição para deputado federal o Brasil em 2010. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 30, n. 1, p. 189-205, abr. 2015.

³⁴ PUT, G.-J.; MADDENS, B.; SMULDERS, J. Buying Local Votes: The Effect of Individual Campaign Spending Under a Semi-Open PR System in the Belgian Local Elections. *Local Government Studies*, [s. l.], v. 41, n. 1, p. 137-155, 2015.

³⁵ BEKKOUCHE, Y.; CAGE, J. The Heterogeneous Price of a Vote: Evidence from France, 1993-2014. *Institute for New Economic Thinking Working Paper Series*, [s. l.], n. 68, p. 1-64, 2018.

³⁶ UNCKES, I. J. et al. Poder e democracia: uma análise da rede de financiamento eleitoral em 2014 no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, [s. l.], v. 34, n. 100, p. e3410006, 2019.

³⁷ BOUTON, L.; CASTANHEIRA, M.; DRAZEN, A. A Theory of Small Campaign Contributions. *The Economic Journal*, [s. l.], v. 134, n. 662, p. 2351-2390, 2024.

generalizada de que a democracia eleitoral tem sido capturada por uma pequena minoria - um sentimento que corresponde às tendências do mundo real - leva com demasiada frequência à rejeição de qualquer forma de tal democracia”³⁸, p. 35.

Interessante examinar que as duas variáveis elencadas, quantidade de votos e gasto eleitoral, possuem uma relação de difícil determinação sobre qual seria aquela que depende da outra, uma vez que, numa óptica inversa, a intenção de voto impacta também de forma positiva sobre a arrecadação de recursos, isso acontece em razão do comportamento estratégico dos doadores que investem em candidaturas que aparentem maiores chances de sucesso³⁹. Esta condição vinculante que enlaça o dinheiro e o voto, numa simbiose endógena, reforça a concentração de apoio financeiro a grupos de candidaturas já consolidadas pela notoriedade pública e de baixo risco de derrota, uma realidade que favorece àqueles que atingem esse grau de centralização⁴⁰.

A inferência de que o desempenho eleitoral do candidato seria proporcional à quantidade de recursos gastos em sua campanha, tornou-se uma proposição consensualmente tida como verdadeira neste campo investigatório. Em todos os estudos referenciados nesta pesquisa esta relação é evidenciada, da mesma forma como em Heiler, Viana e Santos⁴¹. Nessa pesquisa foi identificado que, além da dependência financeira, o êxito eleitoral no pleito também seria uma questão derivada do marketing, contudo o citado ponto também descende do aporte de recursos na campanha, pois, quanto mais dinheiro, mais investimento em propaganda e publicidade pelos candidatos abastados.

O marketing político utiliza-se de um arcabouço sensível do eleitorado, da mesma forma como se faz com o consumidor comum. Esse condicionamento publicitário busca a essência emotiva, os valores culturais e históricos da população contingente. Numa sociedade cada vez mais interconectada, sedenta por informações, o ambiente torna-se propício para que as estratégias marqueteiras promovam condicionamentos aos eleitores, de forma a conduzi-los à escolha de um candidato em detrimento de outro, atingindo, assim, seu objetivo final⁴².

O marketing político pode ser comparado, com bastante similaridade, ao marketing empresarial, da seguinte forma: a eleição seria a vitrine da loja, o candidato o produto e o eleitor o potencial cliente, nessa composição elucidativa, o marketing teria a mesma função em ambas as áreas, convencer o indivíduo de que a sua mercadoria é a melhor da “praça”, nem que para isso precise apelar para as mais diversas técnicas promocionais da propaganda mercadológica, enfatizando as qualidades do que é ofertado, na busca pela máxima persuasão no convencimento do “consumidor”. Evidentemente, todo esse serviço propagandista exige

³⁸ CAGÉ, J. *The Price of Democracy: how money shapes politics and what*. Cambridge: Harvard University Press, 2020. Texto original: “The widespread sense that electoral democracy has been captured by a small minority—a feeling that corresponds to tendencies in the real world — leads all too often to rejection of any form of such democracy”.

³⁹ BROWN, A. R. Does Money Buy Votes? The Case of Self-Financed Gubernatorial Candidates, 1998–2008. *Political Behavior*, [s. l.], v. 35, p. 21-41, 2013.

⁴⁰ SILVA, B. F. D.; GONÇALVES, R. D. Pesquisas eleitorais afetam receitas de campanha: a correlação entre expectativa de vitória e financiamento de campanha em disputas ao Senado. *Revista de Sociologia e Política*, [s. l.], v. 27, p. e005, 2020.

⁴¹ HEILER, J. G.; VIANA, J. P. S. L.; SANTOS, R. D. D. O custo da política subnacional: a forma como o dinheiro é gasto importa? Relação entre receita, despesas e sucesso eleitoral. *Opinião Pública*, [s. l.], v. 22, p. 56-92, abr. 2016.

⁴² SILVA, S. C. E. Marketing Político e Comportamento Eleitoral: Reflexões sobre as Estratégias de Marketing Político em Campanhas Eleitorais. *Revista Brasileira de Marketing*, [s. l.], v. 11, n. 1, p. 113-136, 2012.

considerável soma de dinheiro⁴³. Em síntese, o jurista eleitoral Edson Castro⁴⁴, p. 377 nessa mesma temática, transcreve da seguinte maneira: “As técnicas de marketing, antes utilizadas apenas para sugestionamento de produtos aos consumidores, são cada vez mais empregadas na propaganda eleitoral, exatamente para “vender” a imagem do homem público ideal para ocupar os cargos eletivos.”

O manual eleitoral da OEA⁴⁵, p. 65, que discorre sobre financiamento de campanhas, é uma publicação que analisa os tipos de financiamento existentes – público, privado e misto - e considera que, independentemente do modelo adotado, o sistema democrático tem que regulamentar o processo eleitoral em prol do equilíbrio entre os participantes. Para tanto, a Organização acredita que o financiamento de campanha deve ter recursos públicos suficientes para garantir um sistema igualitário de eleições, bem como permitir o financiamento privado na medida necessária em preservar o direito de participação do eleitor, fortalecendo a representatividade. Salienta também a importância de se limitar os gastos eleitorais, visto que esta restrição deve ser entendida como um complemento para um sistema de financiamento político-eleitoral equitativo.

Isto posto, notabiliza-se que o processo eleitoral, momento em que a democracia indireta se consolida pela escolha dos representantes políticos por meio da vontade da maioria dos cidadãos, descaracteriza-se em vista da influência marcante do poder financeiro em promover e destacar alguns poucos concorrentes⁴⁶. Por mais que as reformas eleitorais venham combatendo a influência do apelo financeiro na desigualdade da participação democrática, no entanto, a diminuição dos custos de campanha deve ser acentuada no caminho de se estabelecerem as cifras nos menores patamares possíveis. A regulação do papel do dinheiro na determinação das eleições é ação de controle que resulta também, positivamente, na contenção de práticas corruptas e fraudulentas no processo eleitoral^{47 48}.

Não havendo mudança dessa realidade, o equilíbrio de oportunidades entre os participantes é esquecido, bem como, as propostas e planos de governo⁴⁹. Logo, a falta da mínima equidade entre os adversários prejudica, na raiz, o sistema da legitimidade democrática, quando, em torno dessa problemática, se questiona se o resultado do corpo político eleito estaria respeitando de forma autêntica os interesses dos eleitores em se identificarem verdadeiramente com os vencedores.

⁴³ CACCIOTO, M. *Marketing Político: como vencer eleições e governar*. Lisboa: Conjuntura Actual, 2011.

⁴⁴ CASTRO, E. R. *Curso de Direito Eleitoral*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2020.

⁴⁵ OAS. *Observing Political-Electoral Financing Systems: A Manual for OAS Electoral Observation Missions*. Washington: Organization of American States, 2012.

⁴⁶ MUNA, W.; OTIENO, M. Voting with the shilling: The 'Money Talks Factor' in Kenya's Public Policy and Electoral Democracy. *Journal of African Elections*, [s. l.], v. 19, n. 1, p. 92-111, 2020.

⁴⁷ BROWN, A. R. Does Money Buy Votes? The Case of Self-Financed Gubernatorial Candidates, 1998–2008. *Political Behavior*, [s. l.], v. 35, p. 21-41, 2013.

⁴⁸ AVIS, E. et al. Money and politics: The effects of campaign spending limits on political entry and competition. *American Economic Journal: Applied Economics*, [s. l.], v. 14, n. 4, p. 167-199, 2022.

⁴⁹ ARRAES, R.; NETO, O. A.; SIMONASSI, A. Despesas de Campanha e Sucesso Eleitoral nos Pleitos Legislativos Brasileiros. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 60, n. 4, p. 1059-1093, 2017.

1.3 DESVIRTUAÇÃO DEMOCRÁTICA – DESIGUALDADE PARTICIPATIVA

De início, vale lembrar, que a submissão da democracia ao capital no que se refere aos recursos vultosos gastos no processo da eleição dos representantes do povo, vem de longa data, visto que Mill⁵⁰, p. 209, no século XIX, já ressaltava essa questão da seguinte forma: “nunca houve nenhum desejo efetivo de que as eleições não fossem dispendiosas. O fato de serem dispendiosas é uma vantagem para os que podem arcar com as despesas, excluindo um grande número de concorrentes.”.

O montante envolvido nas campanhas traz outro importante prejuízo para o sistema democrático, justamente no quesito de impossibilitar uma maior inclusão e diversificação participativa dos cidadãos comuns com pouco recursos financeiros. Mill⁵¹ também vislumbrava, já naquela época, esse malefício ao processo eleitoral, advertindo que a vaga política não deveria ser algo comprável, pois, se assim o fosse, a democracia representativa se resumiria simplesmente em uma barganha egoística ao assento no parlamento, o que vai contra a proposta base do sistema democrático de tornar os postos representativos acessíveis a pessoas de todos os níveis e condições sociais.

Por conseguinte, Mill⁵² deduz, de forma direta, que a solução à problemática financeira levantada perpassa por uma acentuada redução dos recursos aplicados nas campanhas dos candidatos; assim o montante despendido deveria tender a valores razoáveis, ou melhor, aos menores possíveis. Para isso, as despesas deveriam se restringir ao necessário para divulgação das propostas e posições dos candidatos aos eleitores, e nada mais que excedesse a isto.

Continuando nesse mesmo arcabouço argumentativo, Dahl⁵³ estabelece, na sua clássica democracia poliárquica, que um dos dois pilares principais desta sua construção teórica seria, propriamente, disposta por um Estado Político onde a participação da sociedade nos ditames públicos aconteceria de forma bastante inclusiva. Dessa maneira, uma ordem social pluralista, em termos de participação mais abrangente, é reivindicada em meio a um regime político competitivo em que o acesso de qualquer indivíduo comum aos cargos do poder político deveria ser algo amplamente facilitado. Ao contrário, caso não se combata o elitismo do poder financeiro de poucos, o sistema democrático resta por permanecer apenas à disposição de “Uma pequena minoria com recursos superiores desenvolve e mantém um sistema político hegemônico.”⁵⁴, p. 69.

Na mesma parte, quando Dahl⁵⁵ aborda a influência da desigualdade socioeconômica da população sobre a qualidade da democracia vigente, o autor afirma que *status*, renda e riqueza são valores pertencentes a um pequeno grupo dominante que são diretamente convertidos em recursos políticos. Mais uma vez fica claro que o poder econômico transforma-se concretamente em domínio dos espaços da governabilidade.

Outro grande expoente do assunto, Joseph Schumpeter, declara as mazelas difundidas

⁵⁰ MILL, J. S. *Considerações Sobre o Governo Representativo*. 1. ed. Porto Alegre: L&PM, 1861.

⁵¹ CACCIOTO, M. *Marketing Político: como vencer eleições e governar*. Lisboa: Conjuntura Actual, 2011.

⁵² *Ibid.*

⁵³ DAHL, R. A. *Poliarquia*. 1. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015.

⁵⁴ MUNA, W.; OTIENO, M. Voting with the shilling: The 'Money Talks Factor' in Kenya's Public Policy and Electoral Democracy. *Journal of African Elections*, [s. l.], v. 19, n. 1, p. 92-111, 2020.

⁵⁵ *Ibid.*

pelo capital no sistema democrático de governo, afirmando que o poder financeiro, intrinsecamente associado ao poder político, impediria o povo de governar, ocorrendo na prática uma verdadeira opressão das minorias. Nessa vertente, o autor transcreve: “O que observamos ao analisar os processos políticos é em grande medida não uma vontade autêntica, e sim uma vontade fabricada.”⁵⁶, p. 356.

A democracia representativa real, na visão de Schumpeter⁵⁷, p. 366-383, nada mais seria do que apenas um método de governo, onde o sistema institucional, criado pela estrutura política do Estado, é gerido por indivíduos que “adquirem o poder de decidir por meio de uma luta competitiva pelo voto.”. Contudo, o autor reconhece também que a “livre competição pelo voto livre”, mesmo sendo princípio relevante na ordem da democracia liberal, não é bem o que acontece na verdade, pois os eleitores “tampouco elegem os parlamentares com plena liberdade em meio à população elegível”, tendo em vista que as circunstâncias resultante do formato da disputa eleitoral são regradas com base em uma competição “exatamente igual às práticas correspondentes dos grupos empresariais”, balizadas, então, pela força do poder econômico e publicitário.

Toda essa influência do poder do dinheiro no processo político-eleitoral reflete-se como algo extremamente negativo sobre a concepção ideária da democracia representativa. Nessa óptica a cientista política Júlia Cagé⁵⁸ identifica contemporaneamente essa exata conjuntura quando afirma que o dinheiro se apodera do processo democrático, maculando a concepção legítima da representação política da população. Consequentemente, continua a autora, as políticas públicas serão direcionadas prioritariamente em benefício de uma pequena classe economicamente superior, em detrimento dos interesses de tantas outras classes, quantitativamente majoritárias por sinal. Retratando, por fim, que o poder político de decisão, nas últimas décadas nos continentes europeu e americano, deteve-se, incoerentemente, nas mãos de uma minoria rica, enquanto a maioria votante permaneceu renegada.

Dessa forma, o que foi colocado aqui pelos autores clássicos no início desse tópico, no que se refere ao prejuízo imposto ao sistema democrático pelo sistema do capital, é algo real e concreto na democracia mundial. O círculo de dependência entre o poder econômico e o poder político se perpetua indefinidamente, interferindo nocivamente em toda ordem social, pois, por consequência, boa parte da sociedade ou no mínimo certos grupos sociais se prestam pela exclusão da seara política, haja vista a pouca ou nenhuma representatividade própria de sua classe. Essa realidade é consubstanciada pelos gastos eleitorais que, sem limitações legais satisfatórias, prejudicam a concorrência e a participação eleitoral, consolidando, dessa forma, as vantagens de um grupo exclusivo de candidatos ricos⁵⁹.

Não há como fazer campanha eleitoral sem recursos financeiros. O aporte investido na campanha tem como fim último a difusão da propaganda política do candidato, por outro lado, faz-se necessário “combater o abuso do poder econômico, em nome da lisura da disputa”⁶⁰, p. 632. A propaganda eleitoral deveria se pautar prioritariamente na manifestação das propostas dos postulantes aos cargos, para que assim houvesse o salutar debate de opiniões

⁵⁶ DAHL, R. A. *Poliarquia*. 1. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015.

⁵⁷ SCHUMPETER, J. A. S. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. São Paulo: Unesp, 2017.

⁵⁸ CASAS-ZAMORA, K. *A Caixa Preta da Democracia: Os Velhos e Novos Desafios das Finanças Políticas*. Gotemburgo: Instituto V-Dem. 2020.

⁵⁹ FOIRNAIES, A. How Do Campaign Spending Limits Affect Electoral Competition?: Evidence From Great Britain 1885-2010. *SSRN Electronic Journal*, [s. l.], p. 1-43, 2018.

⁶⁰ CASTRO, E. R. *Curso de Direito Eleitoral*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2020.

e ideias concorrentes, preservando-se a igualdade de oportunidade entre os candidatos⁶¹.

O poderio financeiro, investido principalmente no *marketing* político, opera contra o suposto modelo ideal de disputa às vagas políticas eletivas, uma vez que influencia o comportamento decisório dos eleitores a seu favor, por meio da construção “maquiada” de uma imagem personificada do candidato que esteja apta a seduzir a opinião do público, determinando, por fim, quem governará. Assim, pondera-se: o candidato eleito seria aquele mais capacitado e competente em promover os anseios da sociedade? A lisura democrática das eleições restaria respeitada⁶²?

Sendo assim, a política e o dinheiro, sem se conseguir definir, ao certo, qual dos dois poderes prepondera sobre o outro, ou qual deles arregimenta o outro, possuem, sem dúvida, uma dependência imbricada entre suas existências no campo democrático. Por conseguinte, abrindo-se um parêntese para se refletir sobre o tema tendo como base a postura social Utilitarista de quase dois séculos atrás de Mill⁶³, p. 40-41 que expressa diretamente que “Todo ser humano convenientemente educado é capaz, ainda que em graus diferentes, de genuínas afeições particulares e de um sincero interesse pelo bem público.”

Nessa toada, pode-se concluir que a teoria formulada acima, a qual almeja um cenário social de igualdade, justiça e felicidade, onde, neste ambiente de civilidade, pouco importaria quem seria o representante político, pois qualquer cidadão escolhido realizaria ações benéficas ao bem comum, aparenta ser algo humanamente utópico, ao menos enquanto o quadro retratado aqui existir, qual seja, um processo eleitoral desequilibrado e pouco participativo, tanto é verdade que, após décadas das confabulações millianas, essa tal harmonia socio-política utilitarista ainda está muito distante de se concretizar na maioria das democracias mundiais.

2 METODOLOGIA

2.1 DEFINIÇÃO DA AMOSTRA

A pesquisa caracteriza-se, metodologicamente, como quantitativa, em vista dos cálculos econométricos realizados para fins de consubstanciar a argumentação teórica esboçada anteriormente⁶⁴. Todavia, a presente investigação também pode ser considerada descritiva, haja vista se propor a explicar problemas, fatos e fenômenos da sociedade real, refletindo-se sobre as relações e conexões que as variações do ambiente comum vivido exercem sobre os indivíduos⁶⁵. Esta associação entre a descrição de comportamentos sociais observados, corroborados por resultados numéricos, fortalece as conclusões aferidas em

⁶¹ *Ibid.*

⁶² SILVA, É. R. T.; MAINARDES, E. W. O comportamento do Eleitor Brasileiro na Escolha do Candidato. *Revista Gestão e Desenvolvimento*, [s. l.], v. 16, n. 1, p. 201-226, 2019.

⁶³ MILL, J. S. *Considerações Sobre o Governo Representativo*. 1. ed. Porto Alegre: L&PM, 1861.

⁶⁴ HANCOCK, G. R.; STAPLETON, L. M.; MUELLER, R. O. *The Reviewer's guide to quantitative methods in the social sciences*. 2. ed. New York: Routledge, 2019.

⁶⁵ MICHEL, M. H. *Metodologia e Pesquisa Científica em Ciências Sociais: um guia prático da disciplina e elaboração de trabalhos monográficos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

torno do tema debatido⁶⁶.

Os dados usados na pesquisa foram retirados de duas importantes fontes: (1) *Sustainable Governance Indicators* da Bertelsmann Stiftung; (2) *V-Dem Institute* da University of Gothenburg.

A primeira representa a plataforma SGI, na qual são disponibilizadas informações abrangentes por meio de uma pesquisa sobre governança sustentável nos países da OCDE e da UE. A plataforma é gerenciada pelo Bertelsmann Stiftung.

A segunda base de dados provém da Varieties of Democracy (V-Dem), disponibilizada pelo V-Dem Institute da University of Gothenburg, que consiste em uma abordagem inovadora para conceituar e medir a democracia. A base de dados fornece um conjunto de informações multidimensionais e desagregado que reflete a complexidade do conceito de democracia, a partir de um sistema de governo muito além da simples presença das eleições locais. O projeto V-Dem distingue cinco princípios de democracia de alto nível: eleitoral, liberal, participativo, deliberativo e igualitário, e coleta dados para medir esses princípios.

As duas fontes citadas acima foram extraídas da base de pesquisa Quality of Government⁶⁷, que consiste em uma base de dados com variáveis que representam diferentes dimensões da qualidade dos governos no mundo. Assim, certas descrições aqui expostas, como também as relacionadas no subitem a seguir(2.2), foram retiradas do referido compêndio, servindo dessa forma para descrever e informar a respeito do indicadores trabalhados nos cálculos econométricos.

Uma importante vantagem desta base consiste na ampla disponibilidade de indicadores de governança e qualidade institucional retirados de diferentes fontes, que refletem características importantes nos diferentes países⁶⁸.

2.2 OPERACIONALIZAÇÃO DAS VARIÁVEIS

As variáveis selecionadas das fontes de dados podem ser resumidas da seguinte forma:

(1) *vdem_egalDEM*: Índice de democracia igualitária. Pergunta: Em que medida o ideal de democracia igualitária é alcançado? O princípio no qual sustenta que as desigualdades materiais e imateriais inibem o exercício dos direitos e liberdades formais, diminuindo a capacidade de participação dos cidadãos de todos os grupos sociais. A democracia igualitária é alcançada quando 1) os direitos e liberdades dos indivíduos são protegidos igualmente em todos os grupos sociais; e 2) os recursos são distribuídos igualmente por todos os grupos sociais. A distribuição de recursos deve ser suficiente para garantir que as necessidades básicas dos cidadãos sejam atendidas de uma forma que lhe possibilite uma

⁶⁶ NOVIKOV, A. M.; NOVIKOV, D. A. *Research Methodology: From Philosophy of Science to Research Design*. Boca Raton: CRC Press, 2013.

⁶⁷ Conjunto de dados padrão de qualidade do governo, versão janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.gu.se/en/quality-government/qog-data/data-downloads/data-archive>.

⁶⁸ CASTELNOVO, P.; DEL BO, C. F.; FLORIO, M. Quality of institutions and productivity of State-Invested Enterprises: International evidence from major telecom companies. *European Journal of Political Economy*, [s. l.], v. 58, p. 102-117, 2019.

participação expressiva e significativa. O índice varia de 0 (baixa democracia igualitária) a 1 (alta democracia igualitária). A democracia igualitária baseia-se no princípio de que as desigualdades inibem o pleno exercício dos direitos e liberdades formais e limitam a participação política dos cidadãos de diversos grupos sociais;

(2) *sgi_qdep*: Qualidade do Processo Eleitoral. O processo eleitoral inclui regras que norteiam a qualificação do processo eleitoral a partir da conduta dos partidos políticos além da questão do financiamento dos partidos. O SGI também inclui na avaliação as estruturas de democracia direta e as oportunidades de participação popular. Séries dos dados são calculados conforme valores mínimos e máximos a partir de pontuações de 1 (pior) a 10 (melhor);

(3) *sgi_qd*: Qualidade da democracia. A qualidade da democracia em cada país é medida em relação a uma definição que considera questões relativas a direitos de participação, competição eleitoral, acesso à informação e estado de direito. Dado que todos os Estados-Membros da OCDE e da UE constituem democracias, as questões aqui colocadas centram-se na qualidade e não na presença da democracia. Séries dos dados são calculados conforme valores mínimos e máximos a partir de pontuações de 1 (pior) a 10 (melhor);

Os dados foram selecionados conforme painel cruzando as diferentes séries. Isso representou a seleção de 46 países de acordo com os anos de 2013 a 2018 (6 anos).

2.3 MODELO ECONOMETRICO

A equação estimada pode ser representada a seguir:

$$sgi\_qd_{it} = \beta_0 + \beta_1 sgi\_qdep_{it} + \beta_2 vdem\_egaldem_{it} + \varepsilon_{it}$$

Conforme a equação acima, o índice de democracia é condicionado pelos indicadores de qualidade do processo eleitoral e pelo índice de democracia igualitária. O subscrito “i” representa o país da amostra de 46 selecionados para os anos “t” da série. O vetor “ ε_{it} ” representa o erro estocástico da função, contemplando todos os demais fatores que, por definição, iremos desconsiderar influência significativa ao modelo. Testes de hipótese serão necessários para confirmar a validade de pressuposto estatístico quanto à distribuição do erro. A técnica de estimação consiste em três abordagens: (1) Métodos dos Quadrados Ordinários com dados agrupados; (2) Efeitos fixos e; (3) Efeitos aleatórios.

2.4 ROBUSTEZ E EFICIÊNCIA DAS ESTIMATIVAS

Para uma escolha apropriada entre os modelos, testes de heterocedasticidade⁶⁹ e autocorrelação serial (teste de Wooldridge), que foram incorporados com o intuito de corrigir

⁶⁹ GREENE, W. *Econometric Analysis*. 7. ed. Boston: Prentice Hall, 2012.

tais “falhas”, obtendo estimativas mais robustas e eficientes dos parâmetros do modelo. A rejeição de hipótese nula em cada teste implica a violação de pressuposto estatístico ao modelo, indicando a presença de heterocedasticidade e autocorrelação serial ao modelo.

Na presença destas falhas, o modelo foi recalculado e reportado usando o corretor de agrupamento residual (*cluster*), tomando as unidades de corte transversal como referência de cluster nos resíduos. Este procedimento ajusta a variância residual obtendo estimativas consistentes de erro-padrão e parâmetros eficientes (Teorema de Gauss-Markov)⁷⁰, p. 60.

Por fim, foi adicionado o teste de Hausman (1978) que valida se as diferenças entre as estimativas obtidas entre as técnicas de efeitos fixos e aleatórios sejam sistemáticas ou não. Com a hipótese nula, as diferenças não são sistemáticas, implicando que os efeitos fixos não sejam correlacionados com os regressores do modelo. Neste caso, podemos considerar sua inclusão ao erro estocástico, uma vez que seus custos de inclusão ao modelo principal tornam-se maiores em decorrência da redução dos graus de liberdade. A rejeição desta hipótese implica que as diferenças entre as estimativas são sistemáticas e, portanto, os efeitos fixos são correlacionados com os regressores. Ao desconsiderar isto, estamos incorrendo a um sério viés de endogeneidade ao modelo, ou seja, as estimativas obtidas, seja por efeitos aleatórios ou MQO, induz a inconsistências nos parâmetros que não desaparecem à medida que aumentamos a amostra. A partir disto, a técnica mais apropriada torna-se a abordagem de efeitos fixos⁷¹, p. 60.

2.5 ANÁLISE DOS RESULTADOS

Conforme as informações da Tabela 1, todos os coeficientes de correlação estimados demonstraram valores significativos. Assim, rejeitamos a hipótese nula de valores significativamente iguais a zero. O coeficiente de correlação para o par de variáveis (*sgi_qd*, *sgi_qdep*) demonstrou ser positivo e rejeitar a hipótese nula ao nível de 1%. De acordo com o coeficiente de correlação para o par (*sgi_qd*, *vdem_egaldem*) demonstrou uma relação positiva e significativa (ao nível de 1%).

Tabela 1

Matriz de correlação

	<i>sgi_qd</i>	<i>sgi_qdep</i>	<i>vdem_egaldem</i>
<i>sgi_qd</i>	1		
	-		
<i>sgi_qdep</i>	0.8812	1	
	0.0000***	-	
<i>vdem_egaldem</i>	0.8222	0.7088	1
	0.0000***	0.0000***	-

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ GREENE, W. *Econometric Analysis*. 7. ed. Boston: Prentice Hall, 2012.

Fonte: Elaboração própria.

Legenda: *** $p < 0.01$, ** $p < 0.05$, * $p < 0.1$.

Nota: Os valores em negrito e itálico representam as estimativas do valor de significância (valor-p) para critérios no teste de hipótese $H_0: \rho(x, y) = 0$ versus $H_1: \rho(x, y) \neq 0$.

Os dados da Tabela 2 apresentam as principais estatísticas descritas das variáveis do modelo: média, desvio padrão, valores mínimos e máximos.

Tabela 2
Estatísticas descritivas

Variable	Mean	Std. Dev.	Min	Max
sgi_qd	7.15	1.33	2.69	9.29
sgi_qdep	7.31	1.13	3.60	9.00
vdem_egaldem	0.34	0.25	0.01	0.91

Fonte: Elaboração própria.

O valor médio para a variável 'nível da democracia' demonstrou ser próximo de 7.1 com um desvio padrão de aproximadamente 1.3. A razão entre as duas medidas (desvio padrão/média) implica em obter uma importante medida relativa e padronizada de dispersão, denominado de coeficiente de variação. Na variável em menção, obtém-se um valor de 0.1831 ou 18.31%, indicando uma média representativa e obtida a partir de uma baixa dispersão na amostra.

A variável 'qualidade do processo eleitoral' demonstrou um valor médio próximo de 7.3 com um desvio padrão de aproximadamente 1.13. O coeficiente de variação obtido indicou um valor de 0.1781 ou 17.81%, indicando uma média ainda representativa e obtida a partir de uma baixa dispersão na amostra.

Analisando o índice de democracia igualitária, esta demonstrou um valor médio próximo de 0.34 com um desvio padrão de aproximadamente 0.25. O coeficiente de variação obtido indicou um valor de 0.7353 ou 73.53%, indicando uma média menos representativa e obtida a partir de uma maior dispersão na amostra, em relação às variáveis anteriores.

A Tabela 3 apresenta as estimativas dos parâmetros conforme o modelo de regressão definido na seção anterior.

Tabela 3
Resultados do modelo econométrico

VARIÁVEIS	(1)	(2)	(3)
	Efeitos Fixos Robusto	Efeitos Aleatórios	MQO Agrupado

sgi_qdep	0.914***	0.871***	0.705***
	(0.145)	(0.0434)	(0.0373)
vdem_egaldem	2.854***	2.971***	3.947***
	(0.588)	(0.351)	(0.326)
Constant	-1.571	-1.335***	-0.824***
	(1.364)	(0.310)	(0.190)
R2	0.738		0.855
R2-adj	0.736		0.854
Efeitos Fixos	SIM		-
Teste Hausman chi2	9.45***		-
Prob>chi2	0.0089		
Teste de heterocedasticidade chi2	7119.28***		1.68
Prob>chi2	0.0000		0.1947
Teste de autocorrelação serial F test	59.564***		
Prob>F	0.0000		
Teste de autocorrelação serial chi2 test			179.89***
Prob>chi2			0.0000
F	20.52***		871.0***
Prob > F	0.0000		0.0000
Wald chi2		800.6***	
Prob > chi2		0.0000	

Fonte: Elaboração própria.

Legenda: *** p<0.01, ** p<0.05, * p<0.1.

Nota: Estimativas de erro-padrão dos parâmetros em parêntesis.

Conforme os resultados da tabela todas as variáveis demonstram evidências significativas ao modelo (todos os parâmetros significativos a 1%). A ‘qualidade do processo eleitoral’ demonstrou uma relação direta com o ‘a democracia’, sendo coerente com a literatura e indicando que os países com maior qualidade no pleito eleitoral administram maiores e melhores níveis de democracia. Esta relação demonstrou significância estatística em todas as colunas ao nível de 1%. Além disto, o poder de explicação do modelo demonstrou ser alto, com um R2 aproximadamente igual a 74% (coluna 1) e 85% (coluna 3). Testes de heterocedasticidade demonstraram rejeitar a hipótese nula de variância homocedástica, desconsiderando a necessidade do corretor de White (1980) na matriz de covariância (somente coluna 1).

Embora a heterocedasticidade não seja percebida na coluna (3), os resíduos demonstraram evidências significativas de autocorrelação serial (significativo a 1%). O teste de Hausman demonstrou rejeitar a hipótese nula de que as diferenças entre os parâmetros obtidos pelas técnicas de efeitos fixos e aleatórios sejam sistemáticas, indicando que a técnica de efeitos fixos se torna mais apropriada.

■ CONCLUSÃO

O presente estudo apresentou os potenciais fatores que contribuem para maior democracia entre os países, cujos fatores estejam mais intimamente relacionados com a legalidade no processo eleitoral, revestida na igualdade, equilíbrio e hígidez de oportunidades aos cidadãos que queiram participar do “jogo” político.

Os resultados apontaram que restrições de acesso mais amplo ao poder político impactam significativamente de maneira negativa no grau de democracia, tornando os países nestas condições em situação de um ambiente democrático pior.

A pesquisa comprovou a hipótese formulada inicialmente de que um sistema democrático de melhor qualidade está intrinsecamente associado à existência de um ambiente no qual a inclusão no processo eleitoral seja facilitada, bem como a equidade entre os participantes também seja respeitada. Uma vez que todos os parâmetros principais, sendo estes os coeficientes de correlação e a dependência no modelo de regressão, atestaram altos níveis de significância, em torno de 1%, demonstrando forte relação direta entre as variáveis.

O resultado encontrado não é nenhuma surpresa. No entanto, ratifica-se aqui, por meio do arcabouço teórico e econométrico, que quando os princípios democráticos são preservados dentro de um jogo eleitoral limpo e justo, todo o sistema político é beneficiado com isso.

Embora os resultados tenham demonstrado estas relações positiva e significativa, cabe destacar, num reconhecimento deficitário desta pesquisa, que a intenção inicial era demonstrar, de uma maneira mais categórica, a influência negativa sobre a democracia do capital financeiro aplicado de forma excessiva nas campanhas eleitorais. Esta lacuna manifestou-se devido a indisponibilidade de dados quantitativos específicos que abordassem esse quesito de forma mais precisa. Por outro lado, isso não implica dizer que a correlação apontada seja falsa, uma vez que vasto posicionamento teórico trazido ao estudo aponta nesse sentido e que, no mínimo, parte dos índices trabalhados quantitativamente abrangem também este aspecto.

Em todo caso, por fim, compreende-se por demais interessante e necessário a continuidade da investigação da matéria aqui observada, por meio de análises futuras que possam comportar novos dados, fazendo com que pesquisas subsequentes possam reafirmar, ou não, os resultados aqui encontrados, bem como certificar com mais propriedade aquilo que restou por deficiente.

REFERÊNCIAS

- ARRAES, R.; NETO, O. A.; SIMONASSI, A. Despesas de Campanha e Sucesso Eleitoral nos Pleitos Legislativos Brasileiros. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 60, n. 4, p. 1059-1093, 2017.
- AVIS, E. *et al.* Money and politics: The effects of campaign spending limits on political entry and competition. *American Economic Journal: Applied Economics*, [s. l.], v. 14, n. 4, p. 167-199, 2022.
- BEKKOUCHE, Y.; CAGE, J. The Heterogeneous Price of a Vote: Evidence from France, 1993-2014. *Institute for New Economic Thinking Working Paper Series*, [s. l.], n. 68, p. 1-64, 2018.
- BOBBIO, N. *Estado, Governo, Sociedade: Para uma teoria geral da política*. 14. ed. v. 69. Rio de Janeiro: Paz e Terra S/A, 1986.
- BOBBIO, N. *O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo*. 17. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2020.
- BOUTON, L.; CASTANHEIRA, M.; DRAZEN, A. A Theory of Small Campaign Contributions. *The Economic Journal*, [s. l.], v. 134, n. 662, p. 2351-2390, 2024.
- BROWN, A. R. Does Money Buy Votes? The Case of Self-Financed Gubernatorial Candidates, 1998–2008. *Political Behavior*, [s. l.], v. 35, p. 21-41, 2013.
- CACCIOTO, M. *Marketing Político: como vencer eleições e governar*. Lisboa: Conjuntura Actual, 2011.
- CAGÉ, J. *The Price of Democracy: how money shapes politics and what*. Cambridge: Harvard University Press, 2020.
- CASAS-ZAMORA, K. *A Caixa Preta da Democracia: Os Velhos e Novos Desafios das Finanças Políticas*. Gotemburgo: Instituto V-Dem. 2020.
- CASTELNOVO, P.; DEL BO, C. F.; FLORIO, M. Quality of institutions and productivity of State-Invested Enterprises: International evidence from major telecom companies. *European Journal of Political Economy*, [s. l.], v. 58, p. 102-117, 2019.
- CASTRO, E. R. *Curso de Direito Eleitoral*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2020.
- CERQUEIRA, T. T.; CERQUEIRA, C. A. *Direito Eleitoral esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CERVI, E. U. *et al.* Dinheiro, profissão e partido: a vitória na eleição para deputado federal o Brasil em 2010. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 30, n. 1, p. 189-205, abr. 2015.
- DAHL, R. A. *Poliarquia*. 1. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015.
- DAHL, R. A. *Sobre a democracia*. 1. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.
- FALGUERA, E.; JONES, S.; OHMAN, M. *Funding of Political Parties and Election Campaigns: a handbook on political finance*. Stockholm: International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2014.
- FOURNAIES, A. How Do Campaign Spending Limits Affect Electoral Competition?: Evidence From Great Britain 1885-2010. *SSRN Electronic Journal*, [s. l.], p. 1-43, 2018.

- GOMES, J. J. *Direito Eleitoral*. São Paulo: Atlas, 2017.
- GOMES, J. J. *Direito Eleitoral*. São Paulo: Atlas, 2020.
- GREENE, W. *Econometric Analysis*. 7. ed. Boston: Prentice Hall, 2012.
- HANCOCK, G. R.; STAPLETON, L. M.; MUELLER, R. O. *The Reviewer's guide to quantitative methods in the social sciences*. 2. ed. New York: Routledge, 2019.
- HEILER, J. G.; VIANA, J. P. S. L.; SANTOS, R. D. D. O custo da política subnacional: a forma como o dinheiro é gasto importa? Relação entre receita, despesas e sucesso eleitoral. *Opinião Pública*, [s. l.], v. 22, p. 56-92, abr. 2016.
- JAUQUET, J. M.; SCIARINI, P.; GAVA, T. Can't buy me votes? Campaign spending and the outcome of direct democratic votes. *West European Politics*, [s. l.], v. 45, n. 2, p. 335-359, 2022.
- JUNCKES, I. J. *et al.* Poder e democracia: uma análise da rede de financiamento eleitoral em 2014 no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, [s. l.], v. 34, n. 100, p. e3410006, 2019.
- LINDBERG, S. I. *Autocratization Turns Viral - Democracy Report*. Gothenburg: V-Dem Institute, 2021.
- MICHEL, M. H. *Metodologia e Pesquisa Científica em Ciências Sociais*: um guia prático da disciplina e elaboração de trabalhos monográficos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MILL, J. S. *Considerações Sobre o Governo Representativo*. 1. ed. Porto Alegre: L&PM, 1861.
- MILL, J. S. *O Utilitarismo*. 2. ed. São Paulo: Iluminuras, 1861.
- MILLS, C. W. A sociedade de massas. In: MILLS, C. W. *A Elite do Poder*. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981. p. 350-378.
- MUNA, W.; OTIENO, M. Voting with the shilling: The 'Money Talks Factor' in Kenya's Public Policy and Electoral Democracy. *Journal of African Elections*, [s. l.], v. 19, n. 1, p. 92-111, 2020.
- NOVIKOV, A. M.; NOVIKOV, D. A. *Research Methodology: From Philosophy of Science to Research Design*. Boca Raton: CRC Press, 2013.
- OAS. *Observing Political-Electoral Financing Systems: A Manual for OAS Electoral Observation Missions*. Washington: Organization of American States, 2012.
- OCDE. *Financing Democracy: Funding of Political Parties and Election Campaigns and the Risk of Policy Capture*. Paris: OECD Public Governance Reviews, 2016.
- PUT, G.-J.; MADDENS, B.; SMULDERS, J. Buying Local Votes: The Effect of Individual Campaign Spending Under a Semi-Open PR System in the Belgian Local Elections. *Local Government Studies*, [s. l.], v. 41, n. 1, p. 137-155, 2015.
- RAMAYANA, M. *Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.
- RAWLS, J. As liberdades básicas e sua prioridade (1982). In: RAWLS, J. *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 141-199.
- SALLABERRY, J. D.; FLACH, L. Contemporary economic determinants for the choice of the leaders of the brazilian public administration. *Revista Eletrônica de Administração*, Porto Alegre, v. 25, n. 2, p. 119-149, 2019.

SCHUMPETER, J. A. S. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. São Paulo: Unesp, 2017.

SILVA, B. F. D.; GONÇALVES, R. D. Pesquisas eleitorais afetam receitas de campanha: a correlação entre expectativa de vitória e financiamento de campanha em disputas ao Senado. *Revista de Sociologia e Política*, [s. l.], v. 27, p. e005, 2020.

SILVA, É. R. T.; MAINARDES, E. W. O comportamento do Eleitor Brasileiro na Escolha do Candidato. *Revista Gestão e Desenvolvimento*, [s. l.], v. 16, n. 1, p. 201-226, 2019.

SILVA, S. C. E. Marketing Político e Comportamento Eleitoral: Reflexões sobre as Estratégias de Marketing Político em Campanhas Eleitorais. *Revista Brasileira de Marketing*, [s. l.], v. 11, n. 1, p. 113-136, 2012.

WHITE, H. A heteroskedasticity-consistent covariance matrix estimator and a direct test for heteroskedasticity. *Econometrica: Journal of the Econometric Society*, [s. l.], p. 817-838, 1980.



O “CONSTITUCIONALISMO DIGITAL” BRASILEIRO SOB A GOVERNANÇA DAS PLATAFORMAS DIGITAIS

THE BRAZILIAN “DIGITAL CONSTITUTIONALISM” UNDER THE GOVERNANCE OF DIGITAL PLATFORMS

ALANA MARIA PASSOS BARRETO* | FLÁVIA DE ÁVILA**

RESUMO

A sociedade contemporânea experimenta um novo momento constitucional, de maneira que se questiona se o impacto disruptivo das tecnologias digitais possibilitou a ampliação dos indivíduos exercerem seus direitos fundamentais. Diante das consequências da globalização, da governança das plataformas digitais e das violações de direitos fundamentais no âmbito digital, questiona-se: o constitucionalismo digital é uma terminologia que carece de conteúdo material para contribuir com os novos desafios do Direito Constitucional? Em razão disso, o presente artigo propôs discutir o uso da expressão “constitucionalismo digital”, empregada nas discussões recentes de regulação das novas tecnologias dentro do constitucionalismo contemporâneo, a fim de abordar a terminologia e suas contradições, especialmente sua recepção no direito brasileiro. Para fins metodológicos, foi utilizada uma abordagem qualitativa, através de levantamento bibliográfico-documental, com caráter exploratório e descritivo. Observa-se que o constitucionalismo digital é problematizado como termo prejudicado pela diversidade de aplicações e pelo potencial de legitimação de concentração de poderes aos atores privados.

Palavras-chave: Constitucionalismo digital; Governança digital; Plataformas digitais.

ABSTRACT

Contemporary society is experiencing a new constitutional moment, which raises questions about whether the disruptive impact of digital technologies has enabled individuals to exercise their fundamental rights. Given the consequences of globalization, the governance of digital platforms, and violations of basic rights in the digital sphere, the following questions arise: is digital constitutionalism a terminology that lacks material content to contribute to the new challenges of Constitutional Law? For this reason, this article proposes to discuss the expression “digital constitutionalism,” used in recent discussions on the regulation of new technologies within contemporary constitutionalism, to address the terminology and its contradictions, especially its reception in Brazilian law. A qualitative approach was used for methodological purposes, through a bibliographic-documentary survey, with an exploratory and descriptive character. It is observed that digital constitutionalism is problematized as a term undermined by the diversity of applications and by the potential to legitimize the concentration of powers for private actors.

Keywords: Digital constitutionalism; Digital governance; Digital platforms.

* Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS) com bolsa acadêmica pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes (Unit) com especialização em Direito Digital. Advogada e Pesquisadora.
alanapassosbarreto@gmail.com

** Doutora em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Mestre em Direito e Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora do Departamento de Relações Internacionais e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFS.
flaviadeavila@gmail.com

Recebido em 19-09-2024 | Aprovado em 18-03-2025



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 ENTRE ESTADOS-NAÇÃO E ESTADOS EM REDE; 2 O DIREITO EM REDE: FRAGMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL E GOVERNANÇA DAS PLATAFORMAS; 3 ALÉM DE UM PROBLEMA TERMINOLÓGICO; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea experimenta as consequências da globalização que marcam novas atribuições ao Direito Constitucional. O impacto disruptivo das tecnologias digitais ampliou a possibilidade de os indivíduos exercerem seus direitos fundamentais, ao ponto de garantir a comunicação facilmente uns com os outros, o que era verdadeiramente imprevisível décadas atrás. Por outro lado, essas tecnologias criaram fontes de ameaças aos direitos fundamentais, como os riscos crescentes relacionados ao tratamento de dados pessoais.

Por sua vez, os atores privados estão agora investidos de algumas formas de poder que não são de natureza meramente econômica. Assim, este novo poder traz consigo novas responsabilidades e a governança das plataformas digitais levanta preocupações constitucionais fundamentais.

Em razão disso, o presente texto se propõe a discutir o uso da expressão “constitucionalismo digital”, empregada nas discussões recentes de regulação das novas tecnologias de maneira a abordar a terminologia e suas contradições, especialmente sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, este trabalho busca analisar o seguinte problema: diante das consequências da globalização, da governança das plataformas digitais e das violações de direitos fundamentais no âmbito digital, questiona-se se o constitucionalismo digital é uma terminologia que carece de conteúdo material para contribuir com os novos desafios do Direito Constitucional?

No conhecimento acadêmico existente, a denominação “constitucionalismo digital” tem sido utilizada com significados diferentes e às vezes conflitantes. Algumas vertentes, consideram que essa terminologia é um novo paradigma que descende do constitucionalismo moderno, buscando aplicar os princípios constitucionais ao ambiente digital, a fim de garantir a proteção dos direitos fundamentais e promover uma governança mais justa e equilibrada nesse novo cenário tecnológico.

Contudo, neste artigo, o constitucionalismo digital será compreendido enquanto uma base ideológica, posto que ele não identifica as respostas normativas aos desafios das tecnologias digitais. Seus defensores alegam que a terminologia traz consigo um conjunto de princípios e valores que informam essas respostas e estas podem ser consideradas componentes de um processo de proteção constitucional do ambiente digital. No entanto, o presente trabalho tem como hipótese o questionamento de que o “constitucionalismo digital” carece de conteúdo material que permita atuação no direito interno.

No que diz respeito aos aspectos metodológicos, adota-se uma abordagem essencialmente qualitativa, a partir de levantamento bibliográfico e documental. O desenho da pesquisa possui caráter exploratório e descritivo, tendo em vista a proposta de mapear novas

perspectivas em relação ao constitucionalismo brasileiro, com ênfase ao conceito de “constitucionalismo digital”.

Para tanto, o presente trabalho se divide em três momentos, além das considerações iniciais e finais. Inicialmente, o recorte proposto abrange como as plataformas digitais são governadas, de modo que os atores privados desempenham um papel significativo na regulação do comportamento social. Em seguida, o cenário se desloca para compreender a perspectiva da proteção de direitos fundamentais nas plataformas digitais.

E ao final, colocadas as premissas antecedentes, abordou-se sobre a crescente procura e utilização de conhecimentos digitais, em nível nacional, em que os atores privados se destacam em detrimento do setor público, a fim de respeitar a ordem constitucional.

Compreende-se que os valores do Estado de direito fornecem a linguagem necessária para expressar estas preocupações e fazer avançar o constitucionalismo contemporâneo de maneira a articular e concretizar padrões apropriados de legitimidade para a governação na era digital.

1 ENTRE ESTADOS-NAÇÃO E ESTADOS EM REDE

A nova estrutura social se manifesta sob variadas formas devido à diversidade de culturas e instituições globais. Essa estrutura se liga a um modelo novo de desenvolvimento, que Manuel Castells nomeou de “informacionalismo”, moldado pela reestruturação do modo de produção capitalista a partir do final do século XX¹.

Esse momento histórico diz respeito a uma estrutura econômica na qual o capital, o trabalho e o consumo passaram a se basear no manejo de informações com vistas ao desenvolvimento, o que fomentou a inovação tecnológica, a difusão do conhecimento e o aprimoramento das instituições democráticas². Ao mesmo tempo que o progresso tecnológico no campo informacional facilitou a criação de uma sociedade globalizada, as tecnologias de informação também deram origem aos coletivos de oposição a esses efeitos globalizantes³.

Essa é a nova estrutura da era da informação, ou sociedade em rede⁴, constituída por redes de produção, poder e experiência, que constroem uma cultura virtual no planeta, a qual transcende o tempo e o espaço, nomeada de “ciberespaço”⁵. O ciberespaço é identificado por Pierre Lévy como o espaço de interconexões, sendo um universo das redes digitais de encontros e de aventuras, de conflitos mundiais, além de uma nova fronteira econômica e cultural,

¹ CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede – A era da informação: economia, sociedade e cultura*. 20 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2019.

² *Ibid.*

³ MOREIRA, Nelson Camatta; MOREIRA JUNIOR, Ronaldo Félix. A construção do constitucionalismo digital na era da desinformação: o caso Cambridge Analytica e seu impacto no ecossistema constitucional. *Revista Informação Legislativa*, Brasília, ano 60, n. 240, p. 125-141, 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/240/ril_v60_n240_p125.pdf. Acesso em: 22 mai. 2024.

⁴ CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede – A era da informação: economia, sociedade e cultura*. 20 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2019.

⁵ LÉVY, Pierre. *As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2010.

e conseqüentemente são propagadas novas vertentes artísticas, ideológicas, políticas, culturais, entre outros movimentos que originam na cibercultura⁶. Por sua vez, nem todas as dimensões e instituições da sociedade seguem a lógica da sociedade em rede, do mesmo jeito que as sociedades industriais incluíram, por muito tempo, formas de existência humana pré-industriais⁷.

Castells afirma que a internet criou desconexões entre os espaços físicos e virtuais, e reflete que essa dinâmica possibilitou o fim da sociedade tradicionalmente concebida⁸. Essa reflexão seria o ponto de partida para a discussão das questões estatais. Em paralelo à situação Estado-nação, que o Estado não é a organização mundial, mas a organização do sistema político de uma nação, o Estado em rede funcionaria como uma organização formal da sociedade mundial, embora como uma rede relativamente formada por ligações mais fracas^{9, p. 14}.

Por isso, Berman considerou a capacidade dos atores privados em definir o “código do ciberespaço” como um poderoso instrumento regulador, através de um “constitucionalismo constitutivo” que consistiria em uma solução alternativa para arrodar a doutrina da ação estatal¹⁰ e, eventualmente, submeter os atores privados à lei constitucional – sem existir a necessidade de usar uma lei ordinária. Os tribunais poderiam utilizar a constituição como referência para desenvolver valores fundamentais, resolver questões politicamente exigentes e encorajar as pessoas a envolverem-se nestas questões¹¹. O problema dessa proposta, obviamente, é a rejeição explícita a ideia de que o direito privado pode realizar uma função constitucional. Neste caso, no Brasil esse movimento seria impossível, já que existe uma imposição de uma leitura dos institutos do direito privado conforme a Constituição Federal.

Essa linha parte do pressuposto que o ambiente virtual estaria à margem do ambiente físico. Muito pelo contrário, o digital não é apenas um dado objetivo da realidade, ele alterou decisivamente a percepção subjetiva acerca do tempo e do espaço, como outras produções humanas ao longo da história, transformando, com isso, a percepção a respeito do virtual¹². Logo, se o digital não fosse real, sua transmissão e sua recepção seriam restritas à imaginação.

Os Estados, embora a sua soberania continue a dissipar-se sob a sociedade civil transnacional e a governação internacional, continuarão a desempenhar um papel importante, uma vez que são os poderes coercivos obrigatórios (tribunais, forças policiais, exércitos e objetivos). Assim, instituições públicas tradicionais são componentes evidentes da governação na sociedade da informação. Contudo, também se tornou bastante nítido que as grandes organizações privadas desempenham funções formais de governação. Embora grandes grupos privados – como as multinacionais, as organizações não governamentais (ONGs) e as organizações de

⁶ LÉVY, Pierre. *A inteligência coletiva por uma antropologia do ciberespaço*. São Paulo: Loyola, 1998.

⁷ SAAVEDRA, Giovani Agostini; BORGES, Gabriel Oliveira de Aguiar. Constitucionalismo Digital Brasileiro. *Revista da AJURIS*, v. 49, n. 152, p. 157–180, 2022. Disponível em: <https://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/1228>. Acesso em: 19 out. 2023.

⁸ CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede – A era da informação: economia, sociedade e cultura*. 20 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2019.

⁹ TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2020.

¹⁰ BERMAN, Paul. Cyberspace and the State Action Debate: The Cultural Value of Applying Constitutional Norms to “Private” Regulation. *University of Colorado Law Review*, v. 71, p. 1263–1310, 2000.

¹¹ *Ibid.*

¹² FAUSTINO, Deivison; LIPPOLD, Walter. *Colonialismo Digital: por uma crítica hacker-fanoniana*. São Paulo: Boitempo, 2023.

empregadores e trabalhadores – tenham exercido influência sobre as estruturas de governança pública, tem sido raro que estejam envolvidos como parte da estrutura formal de governação.

Fitzgerald destaca que, por enquanto, a internet é o centro da sociedade da informação, e é também *sui generis*, porque surgiu em grande parte através da coordenação de organizações privadas, porém com grande proximidade dos governos¹³. A alocação de domínios ou o próprio espaço da internet, que antes era vista como uma coisa pública, assumiu uma grande importância devido à colisão entre nomes de domínio e marcas registradas. O grande movimento agora é no sentido de desenvolver um órgão que apresente legitimidade e representação suficientes para realizar a alocação de espaço na internet.

Nessa perspectiva, Gunter Teubner coloca que o Estado em rede como um todo está separado das suas partes autônomas, dos Estados-nação e dos regimes transnacionais, ao mesmo tempo em que são eles que constituem o Estado em rede. As partes estão separadas do Estado da rede, embora a unidade coletiva as constitua em primeiro lugar como partes da rede¹⁴, p. 14. Assim, ao contrário do que acontece em um Estado federativo, no Estado em rede, esta contradição não pode ser neutralizada por uma estrutura hierárquica em que o topo tem precedência sobre a base – pois não há uma centralização.

Diante disso, surgem três consequências primárias: (i) deve-se reconhecer a relevância das tecnologias digitais na sociedade e seu impacto no exercício dos direitos e liberdades fundamentais, ou seja, as tecnologias não são neutras e causam desequilíbrios constitucionais; (ii) o avanço dessas tecnologias requer a criação de novas medidas normativas capazes de enfrentar os desafios que suscitam essas mudanças, seja com a atualização das leis já existentes ou com a criação de normas que garantam a proteção das garantias constitucionais; (iii) e a proteção dos direitos fundamentais no ambiente digital¹⁵.

A construção do poder para fins de decisões coletiva, presente na racionalidade política tradicional do Estado-nação, é a essência da resolução de problemas sociais, e internamente existem racionalidades sociais de natureza econômica, científica, cultural e militar que colidem subitamente umas com as outras. Sem mediações, porque eles são realizados por diferentes regimes, sem existir um centro de tomada de decisão que garanta a compatibilidade¹⁶.

Assim, o “fracasso da rede” é a consequência muito criticada dessas autocontradições institucionalizadas, que desencadeiam, o que Thomas Vesting considera como uma dinâmica de fragmentação no Estado em rede que dificilmente pode ser controlado¹⁷. Devido à sua estrutura interna peculiar, o Estado em rede tem inerentes tendências autodestrutivas porque desencadeia tensões internas resultantes do seu formato híbrido.

¹³ FITZGERALD, Brian. Software as discourse: The power of intellectual property in digital architecture. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, v. 18, n. 337, p. 1-37, 2000. Disponível em: <https://eprints.qut.edu.au/13674/1/13674.pdf>. Acesso em: 26 out. 2023.

¹⁴ TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2020.

¹⁵ MOREIRA, Nelson Camatta; MOREIRA JUNIOR, Ronaldo Félix. A construção do constitucionalismo digital na era da desinformação: o caso Cambridge Analytica e seu impacto no ecossistema constitucional. *Revista Informação Legislativa*, Brasília, ano 60, n. 240, p. 125-141, 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/240/ril_v60_n240_p125.pdf. Acesso em: 22 mai. 2024.

¹⁶ TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2020.

¹⁷ VESTING, Thomas. *Teoria do Estado*. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

2 O DIREITO EM REDE: FRAGMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL E GOVERNANÇA DAS PLATAFORMAS

O constitucionalismo digital se apresenta como uma categoria empregada pelas teorias anteriores que buscam oferecer parâmetros interpretativos para medidas públicas, privadas e híbridas, fundadas no objetivo de mitigar a concentração de poder econômico e político desses atores. Diante de empresas privadas que comandam uma infraestrutura própria e decisões que afetam os mais variados indivíduos, os debates regulatórios e acadêmicos buscam soluções que garantam acesso a direitos e a realização de autodeterminação individual e coletiva nesses espaços digitais¹⁸.

Voltam-se, assim, às ideias de estado de direito¹⁹, democracia representativa e constitucionalismo, como forma de reinserir, no ambiente digital, os valores que inspiraram os arranjos políticos democrático-liberais. Por outro lado, Fitzgerald propôs o “constitucionalismo informacional” que enfatizava o papel do direito estatal em delimitar a autorregulação de atores privados²⁰.

De acordo com Max Fisher, as redes sociais são provavelmente o maior experimento coletivo da humanidade²¹. Compreende-se que essa estrutura online opera para maximizar os lucros das respectivas *big techs*²², tendo em vista que o grande negócio se beneficia da espetacularização e das polêmicas que estimulam e, ao mesmo tempo, incitam parte de seus usuários, fazendo-os permanecerem tempo cada vez maior nas teias de extração de dados pessoais.

Frequentemente, por exemplo, entraram em conflito a rede X (antigo *Twitter*) e o Poder Judiciário brasileiro²³. O motivo: a difusão frenética de conteúdos falsos. De um lado, solicita-se o bloqueio imediato de usuários considerados subversivos, do outro, argumenta a plata-

¹⁸ PEREIRA, Jane Reis G.; KELLER, Clara Iglesias. Constitucionalismo Digital: contradições de um conceito impreciso. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p. 2648-2689, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/5bpy8smKHgXbKqKzDWDCZQm/>. Acesso em: 21 out. 2023.

¹⁹ SUZOR, Nicolas. Digital Constitutionalism: Using the Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Platforms. *Social Media + Society*, v. 4, n. 3, p. 1-11, 2018. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/2056305118787812>. Acesso em: 23 out. 2023.

²⁰ FITZGERALD, Brian. Software as discourse: The power of intellectual property in digital architecture. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, v. 18, n. 337, p. 1-37, 2000. Disponível em: <https://eprints.qut.edu.au/13674/1/13674.pdf>. Acesso em: 26 out. 2023.

²¹ FISHER, Max. *A máquina do caos*: Como as redes sociais reprogramaram nossa mente e nosso mundo. São Paulo: Todavia, 2023.

²² São grandes corporações tecnológicas, multinacionais que estão colonizando a tecnologia digital, através da dominação em determinados setores. Como exemplo: Google (Alphabet), Apple, Amazon, Microsoft e Meta.

²³ Como exemplo, Elon Musk – dono do X – republicou diversas postagens do jornalista norte-americano Michael Shellenbergers e afirmou que não iria mais obedecer às decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal (STF). As postagens do jornalista em questão se tratava do “*Twitter Files Brazil*”, um compilado de e-mails trocados por funcionários do X a respeito de decisões judiciais brasileiras que envolviam a rede social e investigações ao longo do período de 2020 a 2022. No entanto, o próprio responsável pela divulgação afirmou ter publicado informações falsas. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2024/04/11/x-antigo-twitter-transparencia-fake-news>. Acesso em: 02 jan. 2025.

forma digital que essa prática não seria adotada, uma vez que estariam aqueles cidadãos exercendo o seu direito de liberdade de expressão e qualquer restrição de conteúdo seria contrária aos princípios da própria rede.

Outro exemplo, ainda mais complexo sobre a governança dessas plataformas é o impulsionamento de publicidade de lojas falsas aplicando golpes – ao fazer uma busca mais detalhada, observa-se que não existe registro da loja, apenas um perfil na rede social que utiliza postagem de outras lojas que possuam o mesmo público. Dessa forma, mesmo que faça a denúncia dentro da plataforma como “perfil falso” e que está “aplicando golpes”, a resposta é de que “não viola as diretrizes da plataforma”. Logo, é de se questionar se as plataformas estão sendo cúmplices de um possível estelionato e aplicação de golpes em geral.

A forma como as plataformas são governadas é importante, porque as plataformas funcionam enquanto intermediadoras para a comunicação entre os indivíduos e suas decisões, consequentemente, têm um impacto real na cultura pública e na vida social e política dos seus utilizadores²⁴. O conceito de governação inclui todos os esforços organizados para gerir o curso dos acontecimentos num sistema social²⁵, fica claro que os atores privados muitas vezes desempenham um papel muito significativo na regulação do comportamento social²⁶.

O paradoxo envolvente nas plataformas digitais se constitui pelo “espaço público” que não pode ser “privatizado”. O papel das plataformas digitais, como “arquitetos de espaços públicos”²⁷, p. 25, sugere que deveriam ser mais responsáveis perante o público pela forma como criam e aplicam as regras que regem as nossas interações.

A governação das plataformas levanta preocupações constitucionais fundamentais – no sentido das responsabilidades legais e sociais sobre a forma como estes espaços sociais são constituídos e como o exercício do poder deve ser restringido²⁸. Esse modelo adotado pelas *big techs* fere uma das bases da democracia moderna enquanto valor universal, tutelados tanto pela Constituição quanto pelo Marco Civil da Internet (MCI).

A exemplo, o entendimento que se consolidou anteriormente ao MCI²⁹ era de que: (i) a publicação de conteúdos eventualmente ofensivos por usuários não constituiria risco inerente

²⁴ DENARDIS, L.; HACKL, A. M. Internet governance by social media platforms. *Telecommunications Policy*, v. 39, n. 9, p. 761-770, 2015. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0308596115000592>. Acesso em: 25 out. 2023.

²⁵ BURRIS, Scott C.; KEMPA, Michael; SHEARING, Clifford D. Changes in Governance: A Cross-Disciplinary Review of Current Scholarship. *Akron Law Review*, v. 41, p. 1-67, 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1116678>. Acesso em: 30 mar. 2024.

²⁶ SUZOR, Nicolas. Digital Constitutionalism: Using the Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Platforms. *Social Media + Society*, v. 4, n. 3, p. 1-11, 2018. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/2056305118787812>. Acesso em: 23 out. 2023.

²⁷ GILLESPIE, Tarleton. Governance of and by platforms. In: BURGESS Jean; MARWICK, Alice; POELL Thomas (orgs.). *The SAGE Handbook of Social Media*. Londres: Sage Publications, 2017, p. 1-30. Disponível em: <http://culturedigitally.org/2016/06/governance-of-and-by-platforms/>. Acesso em: 25 out. 2023.

²⁸ SUZOR, Nicolas. Digital Constitutionalism: Using the Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Platforms. *Social Media + Society*, v. 4, n. 3, p. 1-11, 2018. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/2056305118787812>. Acesso em: 23 out. 2023.

²⁹ Como exemplo o REsp 1175675/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. *Recurso Especial 1175675/RS*. Relator Min. Luis Felipe Salomão. *Diário da Justiça Eletrônico*, 09/08/2011. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000054393&dt_publicacao=20/09/2011. Acesso em: 15 jul. 2023.

à atividade dos provedores; (ii) os provedores não tinham, salvo em casos específicos, o dever de fiscalização prévia dos conteúdos publicados; (iii) a responsabilidade do provedor seria subjetiva por omissão. Logo, a responsabilidade solidária do provedor existiria se, uma vez comunicado do conteúdo ofensivo, não tomasse uma providência – como retirada, remoção ou indisponibilização – de forma ágil ou, se não mantivesse um sistema – ou adotasse um procedimento específico – que possibilitasse a identificação do responsável pela divulgação do conteúdo.

Porém, o MCI, em seu art. 19, *caput*³⁰, alterou o entendimento jurisprudencial construído e dispôs que a responsabilização dos provedores de Internet só ocorreria após o não cumprimento de ordem judicial que determinasse a remoção ou indisponibilidade do conteúdo tido como danoso, ou seja, mera notificação extrajudicial não é suficiente para o provedor retirar o conteúdo, é necessário ordem judicial. A justificativa legislativa da adoção deste novo regime foi a proteção à liberdade de expressão e vedação a censura, mas acaba, nesse sentido, por converter o Poder Judiciário em um moderador de conteúdo.

As políticas e regras são costumeiramente interpretadas e aplicadas de forma imprecisa, pois o próprio fato de serem expressos em linguagem, que só pode descrever a prática de maneira imperfeita, significa que sempre haverá algum grau de incerteza³¹. A forma como os sistemas jurídicos lidam com esta incerteza é desenvolver salvaguardas processuais que garantam que os decisores sejam imparciais, que as razões pelas quais tomam decisões sejam transparentes, que o poder discricionário que exercem seja limitado dentro de limites definidos, e, se algo der errado, que existam procedimentos para recorrer da decisão a um órgão independente³². Portanto, este é um dos princípios básicos da justiça processual ou do devido processo legal, um componente fundamental do Estado de Direito³³.

Esses requisitos do devido processo são geralmente aceitos como uma condição necessária, embora não suficiente, para a realização de quase qualquer concepção defensável do Estado de direito³⁴. As principais alterações no âmbito constitucional são a amplificação das possibilidades de movimentação na luta por direitos fundamentais nos ambientes virtuais, a

³⁰ Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 23 abr. 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 22 jun. 2023

³¹ HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

³² SUZOR, Nicolas. Digital Constitutionalism: Using the Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Platforms. *Social Media + Society*, v. 4, n. 3, p. 1-11, 2018. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/2056305118787812>. Acesso em: 23 out. 2023.

³³ FULLER, L. L. *The morality of law*. New Haven: Yale University Press, 1969.

³⁴ TREBILCOCK, M. J.; DANIELS, R. J. *Rule of law reform and development: Charting the fragile path of progress*. Northampton: Edward Elgar, 2008. Disponível em: <http://qut.eblib.com.au/patron/FullRecord.aspx?p=355839>. Acesso em: 26 out. 2023.

amplificação das possibilidades de violação de direitos fundamentais e a alteração na harmonia dos Poderes, como a ascensão de grandes empresas privadas que figuram como atores dominantes ao lado dos Estados-nação³⁵.

Para que a governança das plataformas seja legítima de acordo com os valores do Estado de Direito, deve-se esperar certas salvaguardas processuais básicas. Suzor entende que a mera elaboração de princípios constitucionais em nível social pode marcar o processo de constitucionalização no ambiente digital, isto é, apenas o entendimento de que os princípios constitucionais também se estendem ao meio digital, mesmo se as normas ainda não tenham sido positivadas ou institucionalizadas na hierarquia das normas, ou seja, de maneira expressa³⁶.

As decisões devem ser tomadas de acordo com um conjunto de regras e não de uma forma arbitrária. Como também, é necessário a salvaguarda do devido processo, a fundamentação sobre a decisão e alguma forma de recurso que permita a revisão independente e a resolução justa de litígios. Estas são as normas processuais mínimas fundamentais para que um sistema de governação seja legítimo e as plataformas possuem um baixo desempenho nestas medidas³⁷.

Ainda sobre o MCI, apesar de possuir algumas ressalvas como o art. 19, possui um papel importante enquanto tentativa governamental de regular a Internet ao reconhecer direitos que fazem frente à atuação de poderes privados no intuito de enquadrar futuras regulações dentro do quadro principiológico. Existe, portanto, uma extensão da proteção constitucional diante de um novo paradigma tecnológico. Essa mesma corrente foi absorvida na fundamentação da ADI 6529 MC³⁸, especificamente sobre a proteção de dados ser uma garantia constitucional. Edson Fachin reconhece que a Lei Geral de Proteção de Dados apenas concretiza o projeto constituinte:

A evolução dos sistemas de tratamento de dados, assim como a centralidade que eles adquirem hoje no funcionamento da política, da economia, do direito, e dos demais setores da sociedade, fizeram com que o constitucionalismo brasileiro se reconfigurasse para atualizar princípios que já se inscreviam no texto da Constituição da República. Neste sentido, se a Lei Geral de Proteção de Dados [...] traz em seu bojo o princípio da autodeterminação informativa (art. 2º, II) e a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem (art. 2º, IV), ela o faz a partir da concretização de princípios constitucionais que já se encontram plenamente em vigor na ordem jurídico

³⁵ CELESTE, Edoardo; SANTARÉM, Paulo Rená da Silva. Constitucionalismo Digital: Mapeando a resposta constitucional aos desafios da tecnologia digital. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 15, n. 45, p. 63–91, 2022. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/1219>. Acesso em: 27 out. 2023.

³⁶ SUZOR, Nicolas. Digital Constitutionalism: Using the Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Platforms. *Social Media + Society*, v. 4, n. 3, p. 1-11, 2018. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/2056305118787812>. Acesso em: 23 out. 2023.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ O Supremo Tribunal Federal (STF) analisou a constitucionalidade do parágrafo único do art. 4º da Lei n. 9.883/99, que prevê o fornecimento de dados dos órgãos do Sistema Brasileiro de Inteligência à Agência Brasileira de Inteligência (ABIN). O STF conferiu interpretação conforme ao dispositivo impugnado afirmando que o fornecimento de dados deve, como previsto em lei, ter a finalidade de integrar os dados e tornar eficiente a defesa das instituições e dos interesses nacionais.

brasileira. Em outras palavras, a LGPD reativa e concretiza o sentido de nosso projeto constituinte³⁹, p. 57.

O destaque vale para o voto de Gilmar Mendes que ressaltou a autonomia do direito fundamental à proteção de dados pessoais na ordem constitucional brasileira enquanto “uma projeção alargada do direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, consagrado no art. 5º, inciso X, da CF”⁴⁰, p. 78. Essa “projeção alargada” justificaria a autonomia do direito à proteção de dados, em três aspectos da Constituição: a dignidade da pessoa humana, o reconhecimento do *habeas data* para proteger materialmente o direito à autodeterminação informativa e o compromisso de renovar a força normativa do direito à intimidade diante de novos cenários verificados com o desenvolvimento da tecnologia. Assim, Gilmar Mendes reconhece a necessidade da constitucionalização da proteção de dados em um cenário tecnológico quando os riscos para a privacidade e a dignidade humana ganham novos desafios na coleta e tratamento de dados para fins diversos⁴¹.

“Os tempos atuais podem ser definidos como um momento constitucional porque o sistema constitucional existente está reagindo a esses novos desafios”⁴². Celeste propõe três contramedidas, sendo elas (i) normas que reconhecem a diversidade de formas de exercer um direito fundamental com base nas novas tecnologias, (ii) normas que limitam e impedem o aumento da violação de direitos e (iii) normas que visam restabelecer a harmonia entre os Poderes⁴³. Por sua vez, não basta estabelecer normas que afetem somente a esfera pública – como a Lei de Acesso à Informação –, mas normas que afetam a regulação de entidades privadas, como a regulamentação das plataformas digitais que passou a ter maior notoriedade em razão de abusos praticados por elas.

3 ALÉM DE UM PROBLEMA TERMINOLÓGICO

A discussão sobre a digitalização do constitucionalismo ocorre porque o ecossistema constitucional não se alheia com as inovações tecnológicas. No entanto, a diversidade conceitual para o “constitucionalismo digital” torna-o impreciso e de valor epistêmico enfraquecido. A linha teubneriana defende o constitucionalismo digital como um movimento para limitar o poder digital público e privado, mas isso não passa de uma mera e limitada “carta de direitos na internet”. Teubner entende como necessidade o abandono da falsa premissa de que a constitucionalização significa a transformação de um grupo de indivíduos em um ator coletivo. Para

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.529. Relatora Ministra Carmen Lúcia. *Diário Oficial de Justiça*, Distrito Federal, 13 de agosto de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754105657>. Acesso em: 28 maio 2024.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ PEREIRA, Jane Reis G.; KELLER, Clara Iglesias. Constitucionalismo Digital: contradições de um conceito impreciso. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p. 2648-2689, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/5bpy8smKHgXbKqKzDWDCZQm/>. Acesso em: 21 out. 2023.

⁴² CELESTE, Edoardo; SANTARÉM, Paulo Rená da Silva. Constitucionalismo Digital: Mapeando a resposta constitucional aos desafios da tecnologia digital. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 15, n. 45, p. 63–91, 2022. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/1219>. Acesso em: 27 out. 2023.

⁴³ CELESTE, Edoardo; SANTARÉM, Paulo Rená da Silva. Constitucionalismo Digital: Mapeando a resposta constitucional aos desafios da tecnologia digital. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 15, n. 45, p. 63–91, 2022. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/1219>. Acesso em: 27 out. 2023.

ele existe uma dupla regulação que parte do Estado junto ao reconhecimento das iniciativas autorregulatórias de atores privados⁴⁴.

Por sua vez, Scott defende uma espécie de “Estado Pós-Regulatório” que figuraria como um estágio posterior ao Estado Regulatório, este marcado por fronteiras, antes distintas, entre o que é público e privado⁴⁵. Nessa mesma linha, Murray adaptou essa teoria para a Internet e chamou de “Ciberestado pós-regulatório” a regulação da Internet marcada pela pertinência de formas indiretas e híbridas de regulação. Assim, de acordo com essa teoria, as formas tradicionais de regulação não são suficientes ao mundo virtual⁴⁶.

No âmbito do constitucionalismo, algumas teorias foram absorvidas para o debate da regulação digital, dentre elas do constitucionalismo global, propondo a transnacionalização com o surgimento gradual de características constitucionalistas no direito internacional⁴⁷ e o constitucionalismo societal privatização da esfera política.

As variadas tentativas de dar densidade à expressão têm gerado usos com sentidos ora contraditórios, ora redundantes, dificultando o avanço dos debates sobre o tema. No que se refere ao próprio uso do termo constitucionalismo, o conceito em análise carrega o risco de funcionar como mero artifício retórico que confere aparência de legitimação a sistemas normativos com funcionalidades e efeitos muito distantes dos valores que informam os sistemas constitucionais liberais⁴⁸, p. 2651.

Castells⁴⁹ e Vesting⁵⁰ pensaram no “Estado em rede transnacional” como estágio provisorio final de um desenvolvimento que conduziria o Estado de direito para além do quadro nacional. Para Teubner, essa ousada proposta faz uma guerra em duas frentes, tendo em vista que o Estado em rede global afirma ser um bastião seguro da soberania contra todos os ataques que visam sua extinção no curso da globalização, mas que incorpora como uma nova coletividade transnacional e toma uma posição contra os recentes e crescentes ataques de uma nova nacionalização⁵¹.

⁴⁴ TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2020.

⁴⁵ SCOTT, Colin. Regulation in the Age of Governance: the rise of the post-regulatory state. In: JORDANA, Jacin; LEVI-FAUR, David (orgs.). *The Politics of Regulation: Institutions and Regulatory Reform for the Age of Governance*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004, p. 145-174.

⁴⁶ MURRAY, Andrew. Conceptualising the post-regulatory (cyber)state. In: BROWNSWORD, Roger; YEUNG, Karen (orgs.) *Regulating Technologies Legal: Futures, Regulatory Frames and Technological Fixes*. Oxford: Hart Enterprises, 2008. p. 287-316.

⁴⁷ PETERS, Anne. The Merits of Global Constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 16, n. 2, p. 397-411, 2009. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1396&context=ijgls>. Acesso em: 10 maio 2024.

⁴⁸ PEREIRA, Jane Reis G.; KELLER, Clara Iglesias. Constitucionalismo Digital: contradições de um conceito impreciso. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p. 2648-2689, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/jj/rdp/a/5bpy8smKHgXbKqKzDWDCZQm/>. Acesso em: 21 out. 2023.

⁴⁹ CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede – A era da informação: economia, sociedade e cultura*. 20 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2019.

⁵⁰ VESTING, Thomas. *Teoria do Estado*. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

⁵¹ TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2020.

Isto seria a criação de uma rede descentralizada, sem centro e sem topo. Nela as decisões reguladoras transnacionais não são tomadas de modo uniforme, mas separadamente em uma espécie de “soberania desagregada” e distribuídas em um procedimento autônomo aos Estados nacionais, organizações internacionais, regimes transnacionais e, essencialmente, a entidades reguladoras privadas⁵². Estas últimas não seriam apenas as corporações multinacionais, mas também organizações especializadas e organizações não governamentais – como a *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN)*⁵³.

Dentro dessa perspectiva, é possível fazer um paralelo com a ascensão da sociedade algorítmica que levou a uma mudança paradigmática em que as liberdades constitucionais concedidas às plataformas online se transformaram em novos poderes. Esta situação não é apenas o resultado dos novos desenvolvimentos tecnológicos, mas também do reconhecimento do papel exclusivo dessas plataformas na implementação de um quadro regulamentar público online⁵⁴. Por trás dessas competências delegadas, os intermediários online podem exercer poderes soberanos sobre os seus espaços online através de instrumentos baseados no direito privado e na tecnologia. Neste cenário, a abordagem constitucional liberal adotada em relação às plataformas online tem desempenhado um papel crucial no aumento das possibilidades de estes atores afetarem os direitos fundamentais dos indivíduos.

Callejón afirma que a “realidade física e virtual não são duas faces de uma mesma moeda ou um reflexo espelhado da segunda a respeito da primeira”⁵⁵. Isso porque, na sua perspectiva, o mundo digital possui suas próprias regras, funcionando como um Estado alternativo. Os algoritmos que a regem não foram programados para avaliar se existe ou não, por exemplo, corrupção ou atividades delitivas de qualquer tipo, mas estão concentrados simplesmente, na absorção dos dados fornecidos por esses e outros comportamentos, junto ao impulsionamento das publicidades, posto que a palavra de ordem é: vender⁵⁶.

Assim, a cultura constitucional se choca contra o muro dos interesses econômicos das companhias tecnológicas. Callejón entende que esses dados não têm, no meio digital, nenhum valor ético, nem nenhuma referência jurídica prévia, ou seja, são meros dados que permitem obter benefícios, aplicando-os ao mercado publicitário⁵⁷.

O processamento de dados pelas plataformas digitais explica como funciona a cultura constitucional dentro da realidade física no âmbito estatal e no âmbito digital, porque o ponto de referência é completamente diferente. A constituição proclama valores e princípios que estão orientados ao respeito e à garantia de direitos fundamentais. Por outro lado, as plataformas digitais possuem interesse, unicamente, na vertente econômica. O benefício econômico das companhias tecnológicas desenha o *layout* dos aplicativos de internet e das redes sociais, condiciona os tipos de dados que extraem e a forma com processam esses dados pelos algoritmos.

⁵² *Ibid.*

⁵³ É um grupo global multissetorial responsável por coordenar a manutenção e os procedimentos de bancos de dados relacionados aos domínios na Internet. Para mais informações, ver: <https://www.icann.org/community>.

⁵⁴ GREGORIO, Giovanni De. From Constitutional Freedoms to the Power of the Platforms: Protecting Fundamental Rights Online in the Algorithmic Society. *European Journal of Legal Studies*, v. 11, n. 2, p. 65-103, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3365106>. Acesso em: 29 mai. 2024.

⁵⁵ CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *A Constituição do Algoritmo*. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

⁵⁶ CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *A Constituição do Algoritmo*. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

⁵⁷ *Ibid.*

Como indica Zuboff, para as companhias tecnológicas não há dados bons e dados ruins, eles funcionam como o carbono para o minério: tanto faz que sujem as mãos para extraí-los, o que importa é a rentabilidade produzida por esses dados⁵⁸. Dessa forma, o consumidor se torna a categoria central no âmbito da globalização e isso afeta diretamente a sociedade digital, porque grande parte de sua atividade está orientada à publicidade e à venda de produtos.

Ademais, na sociedade digital, a categoria fundamental dos direitos é a proteção de dados, que se configurou como uma espécie de direito coringa, em torno do qual se agruparam outros muitos direitos de âmbito digital, da mesma forma como ocorreu com o direito dos consumidores no contexto da globalização⁵⁹. É necessário a introdução de novos direitos dos utilizadores, cujo objetivo seja a regulação dos processos de tomada de decisão das plataformas além de fornecer novas soluções legais contra essas decisões. Em razão disso, Giovanni De Gregorio pondera, que apesar de os remédios legais serem instrumentos para que os usuários possam defender seus direitos contra os provedores, é necessário que o constitucionalismo intensifique medidas, não apenas reativas, mas também proativas⁶⁰.

A inserção de novos direitos processuais no ambiente online, incluindo, por exemplo, a obrigação de explicar as razões por trás das decisões das plataformas, seria apropriada para reduzir a opacidade dos processos automatizados de tomada de decisão e promover a consciência humana na sociedade algorítmica. Assim, se há riscos para os direitos fundamentais, os atores públicos devem agir dentro do escopo de seu papel para mitigá-los, através da regulação de questões estruturais das atividades exercidas pelas plataformas digitais, como requisitar que as plataformas cumpram obrigações de transparência, garantindo que prestem conta de suas ações⁶¹. O intuito é de que esses entes intermediários assumam deveres de transparência e explicabilidade sobre o tratamento de dados pessoais na utilização de técnicas de recomendação, filtros e direcionamento de conteúdos manipulativos⁶².

Saavedra e Borges entendem que a criação de novos direitos aumentaria a confiança dos usuários em uma intermediação humana no processo algorítmico, de forma que os usuários não precisariam mais confiar apenas em medidas proativas e reativas, mas também na dimensão humana do processo algorítmico^{63, p. 169}. A outra saída é pela eficácia horizontal dos direitos

⁵⁸ ZUBOFF, Shoshana. *The age of surveillance capitalism: The fight for a human future at the new frontier of power*. New York: Public Affairs, 2019.

⁵⁹ CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *A Constituição do Algoritmo*. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

⁶⁰ GREGORIO, Giovanni De. From Constitutional Freedoms to the Power of the Platforms: Protecting Fundamental Rights Online in the Algorithmic Society. *European Journal of Legal Studies*, v. 11, n. 2, p. 65-103, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3365106>. Acesso em: 29 mai. 2024.

⁶¹ SAAVEDRA, Giovani Agostini; BORGES, Gabriel Oliveira de Aguiar. Constitucionalismo Digital Brasileiro. *Revista da AJURIS*, v. 49, n. 152, p. 157-180, 2022. Disponível em: <https://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/1228>. Acesso em: 19 out. 2023.

⁶² MEYER, Trisha; ALAPHILPE, Alexandre. Platform (un) accountability. Reviewing Platform Responses to the Global Disinfodemic One Year Onward. In: BAYER Judit et al. (orgs.). *Perspectives on Platform Regulation*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2021. p. 507-530.

⁶³ SAAVEDRA, Giovani Agostini; BORGES, Gabriel Oliveira de Aguiar. Constitucionalismo Digital Brasileiro. *Revista da AJURIS*, v. 49, n. 152, p. 157-180, 2022. Disponível em: <https://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/1228>. Acesso em: 19 out. 2023.

fundamentais, a fim de estabelecer um mecanismo para fazer cumprir os direitos constitucionais em relação às plataformas online que operam num quadro global⁶⁴.

Em outras tendências, é desejável uma regulação que, partindo de princípios e valores constitucionais, garanta os direitos fundamentais e a higidez de processos eleitorais – ambos ameaçados atualmente pelas grandes companhias tecnológicas⁶⁵. No entanto, é esse o centro da problemática que a legitimação tecnológica enfrenta o constitucionalismo, porquanto apela, de maneira permanente, a razões técnicas para impedir qualquer regulação das atividades dessas companhias⁶⁶.

Na realidade, essa narrativa não é novidade, em momentos de crises econômicas, com políticas econômicas que contrariam princípios e direitos constitucionais, a constituição é colocada, muitas vezes, a margem no espaço público, porque “não serve” como instrumento de controle do poder. No plano econômico há elementos estruturais derivados do processo de globalização que geram uma tensão constante com a ordem constitucional, cuja solução não é fácil⁶⁷.

Durante a crise sanitária da pandemia da COVID-19, ocorreu uma digitalização acelerada da sociedade e o aumento da realidade virtual sobre a realidade física. A crise sanitária significou um aprofundamento das tendências prévias: o poder se deslocou para as companhias tecnológicas que regulam a realidade virtual por meio do Direito Privado. O Estado, a constituição e o Direito Público se viram reduzidos em seu campo de ação para além da impulsão do direito de emergência que tem um caráter provisório.

■ CONCLUSÃO

A tensão entre constitucionalismo e desenvolvimento tecnológico é estrutural e tem difícil solução. Sobretudo, a narrativa imposta pelas companhias tecnológicas é de que a constituição e os direitos são um obstáculo para o progresso que elas oferecem.

O desgaste que as transformações tecnológicas infringem às constituições justifica a necessidade de manter sua definição como estrutura essencial de deliberação e composição democrática, que funciona como espaço de absorção das divergências e como resguardo da proteção de direitos fundamentais.

É necessário pensar em uma narrativa à “interpretação econômica da constituição” baseada em uma “interpretação constitucional da crise”, como também propor uma narrativa específica para o constitucionalismo digital que permita reafirmar valores e princípios constitucionais, frente aos efeitos prejudiciais do desenvolvimento tecnológico que estão vinculados ao modelo de negócio e aos interesses econômicos das grandes plataformas digitais.

⁶⁴ GREGORIO, Giovanni De. From Constitutional Freedoms to the Power of the Platforms: Protecting Fundamental Rights Online in the Algorithmic Society. *European Journal of Legal Studies*, v. 11, n. 2, p. 65-103, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3365106>. Acesso em: 29 mai. 2024.

⁶⁵ CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *A Constituição do Algoritmo*. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*

REFERÊNCIAS

BERMAN, Paul. Cyberspace and the State Action Debate: The Cultural Value of Applying Constitutional Norms to “Private” Regulation. *University of Colorado Law Review*, v. 71, p. 1263–1310, 2000.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 23 abr. 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 22 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial 1175675/RS. Relator Min. Luis Felipe Salomão. *Diário da Justiça Eletrônico*, 09/08/2011. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000054393&dt_publicacao=20/09/2011. Acesso em: 15 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.529*. Relatora Ministra Carmen Lúcia. *Diário Oficial de Justiça*, Distrito Federal, 13 de agosto de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754105657>. Acesso em: 28 maio 2024.

BURRIS, Scott C.; KEMPA, Michael; SHEARING, Clifford D. Changes in Governance: A Cross-Disciplinary Review of Current Scholarship. *Akron Law Review*, v. 41, p. 1-67, 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1116678>. Acesso em: 30 mar. 2024.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. A Constituição do Algoritmo. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede – A era da informação: economia, sociedade e cultura*. 20 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2019.

CELESTE, Edoardo; SANTARÉM, Paulo Rená da Silva. Constitucionalismo Digital: Mapeando a resposta constitucional aos desafios da tecnologia digital. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 15, n. 45, p. 63–91, 2022. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/1219>. Acesso em: 27 out. 2023.

DENARDIS, L.; HACKL, A. M. Internet governance by social media platforms. *Telecommunications Policy*, v. 39, n. 9, p. 761-770, 2015. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0308596115000592>. Acesso em: 25 out. 2023.

FAUSTINO, Deivison; LIPPOLD, Walter. *Colonialismo Digital: por uma crítica hacker-fanoniana*. São Paulo: Boitempo, 2023.

FISHER, Max. *A máquina do caos: Como as redes sociais reprogramaram nossa mente e nosso mundo*. São Paulo: Todavia, 2023.

FITZGERALD, Brian. Software as discourse: The power of intellectual property in digital architecture. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, v. 18, n. 337, p. 1-37, 2000. Disponível em: <https://eprints.qut.edu.au/13674/1/13674.pdf>. Acesso em: 26 out. 2023.

FULLER, Lon L. *The morality of law*. New Haven: Yale University Press, 1969.

GILLESPIE, Tarleton. Governance of and by platforms. In: BURGESS Jean; MARWICK, Alice; POELL Thomas (orgs.). *The SAGE Handbook of Social Media*. Londres: Sage Publications,

2017, p. 1-30. Disponível em: <http://culturedigitally.org/2016/06/governance-of-and-by-platforms/>. Acesso em: 25 out. 2023.

GREGORIO, Giovanni De. From Constitutional Freedoms to the Power of the Platforms: Protecting Fundamental Rights Online in the Algorithmic Society. *European Journal of Legal Studies*, v. 11, n. 2, p. 65-103, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3365106>. Acesso em: 29 mai. 2024.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LÉVY, Pierre. *A inteligência coletiva por uma antropologia do ciberespaço*. São Paulo: Loyola, 1998.

LÉVY, Pierre. *As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2010.

MEYER, Trisha; ALAPHILPE, Alexandre. Plataform (un) accountability. Reviewing Platform Responses to the Global Disinfodemic One Year Onward. In: BAYER Judit *et al.* (orgs.). *Perspectives on Platform Regulation*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2021. p. 507-530.

MOREIRA, Nelson Camatta; MOREIRA JUNIOR, Ronaldo Félix. A construção do constitucionalismo digital na era da desinformação: o caso Cambridge Analytica e seu impacto no ecossistema constitucional. *Revista Informação Legislativa*, Brasília, ano 60, n. 240, p. 125-141, 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/240/ril_v60_n240_p125.pdf. Acesso em: 22 mai. 2024.

MURRAY, Andrew. Conceptualising the post-regulatory (cyber)state. In: BROWNSWORD, Roger; YEUNG, Karen (orgs.) *Regulating Technologies Legal: Futures, Regulatory Frames and Technological Fixes*. Oxford: Hart Enterprises, 2008. p. 287-316.

PEREIRA, Jane Reis G.; KELLER, Clara Iglesias. Constitucionalismo Digital: contradições de um conceito impreciso. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p. 2648-2689, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/5bpy8smKHgXbKqKzDWDCZQm/>. Acesso em: 21 out. 2023.

SAAVEDRA, Giovani Agostini; BORGES, Gabriel Oliveira de Aguiar. Constitucionalismo Digital Brasileiro. *Revista da AJURIS*, v. 49, n. 152, p. 157-180, 2022. Disponível em: <https://revista-daajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/1228>. Acesso em: 19 out. 2023.

SCOTT, Colin. Regulation in the Age of Governance: the rise of the post-regulatory state. In: JORDANA, Jacin; LEVI-FAUR, David (orgs.). *The Politics of Regulation: Institutions and Regulatory Reform for the Age of Governance*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004, p. 145-174.

SUZOR, Nicolas. Digital Constitutionalism: Using the Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Platforms. *Social Media + Society*, v. 4, n. 3, p. 1-11, 2018. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/2056305118787812>. Acesso em: 23 out. 2023.

TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

TREBILCOCK, M. J.; DANIELS, R. J. *Rule of law reform and development: Charting the fragile path of progress*. Northampton: Edward Elgar, 2008. Disponível em: <http://qut.eblib.com.au/patron/FullRecord.aspx?p=355839>. Acesso em: 26 out. 2023.

VESTING, Thomas. *Teoria do Estado*. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

ZUBOFF, Shoshana. *The age of surveillance capitalism: The fight for a human future at the new frontier of power*. New York: Public Affairs, 2019.



THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHT TO APPEAL AND THE ADJUDICATION OF INDIVIDUALS DEVOID OF PROCEDURAL PRIVILEGES BY THE BRAZILIAN SUPREME FEDERAL COURT

O DIREITO HUMANO DE RECORRER E O JULGAMENTO DE INDIVÍDUOS SEM PRERROGATIVA DE FORO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

ÁQUILA MAZZINGHY*

RESUMO

Este artigo apresenta uma revisão teórica e jurisprudencial sobre o direito ao recurso e o conceito de prerrogativa de foro, examinando suas implicações para o Estado de Direito e o acesso à justiça. Em particular, este artigo explora em que medida o tratamento dado pelo Supremo Tribunal Federal a indivíduos sem prerrogativa de foro pode violar o direito de recorrer conforme delineado no Direito Internacional dos Direitos Humanos. Para abordar essa questão, o estudo analisa os padrões internacionais de direitos humanos aplicáveis a indivíduos enfrentando julgamento por tribunais domésticos, com foco no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). A pesquisa emprega métodos doutrinários e comparativos, integrando análises jurídicas e jurisprudenciais. Este estudo oferece valiosas percepções sobre o direito a um julgamento justo sob o prisma do Direito Internacional, examinando como os desafios judiciais específicos do Brasil evidenciam questões globais mais amplas relacionadas à autoridade judicial e à proteção dos direitos humanos. Este artigo examina indiretamente se a condução do Inquérito 4781 pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro viola o direito humano ao recurso.

Palavras-chave: Direito de recorrer, Devido processo legal; Inquérito 4781; Supremo Tribunal Federal; Ataques de 8 de Janeiro.

ABSTRACT

This paper provides a theoretical and jurisprudential review of the right to appeal and the concept of procedural privilege, examining their implications for the rule of law and access to justice. In particular, this paper explores how the Brazilian Supreme Federal Court's handling of individuals without procedural privileges may violate the right to appeal outlined in International Human Rights Law. To address this research question, the study analyzes international human rights standards applicable to individuals facing adjudication by domestic courts, focusing on the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and the American Convention on Human Rights (ACHR). The research employs doctrinal and comparative methods, integrating legal and jurisprudential analyses. This study offers valuable insights into fair trial rights under international law by examining how Brazil's specific judicial challenges highlight broader global issues related to judicial authority and human rights protection. This paper indirectly examines whether the Brazilian Supreme Court's handling of Inquiry 4781 infringes upon the human right to appeal.

Keywords: Right to appeal; Fair trial rights; 4781 Inquiry; Brazilian Supreme Court; January 8 riots.

* Doutor em Direito Público: Direito Internacional Criminal. Koç University – Istanbul, Turquia.
aquilamazzinghy@gmail.com

Recebido em 21-11-2024 | Aprovado em 2-4-2025



SUMÁRIO

INTRODUCTION; 1 THE INQUIRY 4781; 2 PERIODS OF POLITICAL TURMOIL AND JURIDICAL TENSION: BALANCING CONSTITUTIONAL RIGHTS AND THE PUBLIC INTEREST IN THE FACE OF EXTRAORDINARY CHALLENGES; 3 THE DELICATE BALANCE BETWEEN CONSTITUTIONAL PRINCIPLES AND NATIONAL EXTRAORDINARY CIRCUMSTANCES; 3.1 WHEN HERCULES REMOVES THEIR ROBE: THE DECISION-MAKING PROCESS OF NON-DEMIGOD JUDGES; 3.2 HERCULES MEETS JUSTICE MORAES: THE INTRICATE BALANCE BETWEEN DEFENDING DEMOCRACY AND FIGHTING EXTREMISM; 4 THE INTERNATIONAL LEGAL FRAMEWORK FOR FAIR TRIAL; 5 THE RIGHT TO APPEAL; 5.1 THE QUESTION OF PRIVILEGED JURISDICTION: A POSSIBLE EXCEPTION TO THE RIGHT TO APPEAL TO A HIGHER COURT?; 5.1.1 THE SCOPE IN BRAZIL; 5.1.2 COMPARATIVE LAW: THE USA SYSTEM; 5.1.3 PRIVILEGED JURISDICTION AND THE RIGHT TO APPEAL IN THE EUROPEAN HUMAN RIGHTS SYSTEM; 5.1.4 THE UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COMMITTEE; 5.1.5 PRIVILEGED JURISDICTION IN THE INTERAMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS; 6 FINAL CONSIDERATIONS; BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES.

■ INTRODUCTION

A recent legal case has precipitated significant political contradictions, legal tensions, and a crisis within Brazil's democratic institutions. The case originated in 2023-2024 and is known as *Inquérito do Fim do Mundo* (*Inquiry of the End of the World* or Inquiry 4781), respectively. Its cumulative effect on Brazil's political and juridical spheres has been substantial. The consequences of this legal proceeding have transcended their immediate jurisdictional purview, catalyzing extensive discourse regarding the balance of judicial authority and preserving democratic integrity within the nation in the face of extraordinary challenges.

This paper addresses the following research question: To what extent might the Brazilian Supreme Federal Court's adjudication of individuals devoid of procedural privileges potentially contravene the established right to appeal as enshrined in International Human Rights Law?

To comprehensively analyze this research question, this paper provides a theoretical and jurisprudential review of the right to appeal and the concept of procedural privilege, examining their implications for the rule of law and access to justice. It further incorporates a comparative analysis with international human rights systems, highlighting its structural and procedural nuances in safeguarding fundamental rights. Through this approach, the study aims to offer a comprehensive perspective on these legal principles in both national and international contexts. It specially addresses the defendants of the Inquiry 4781 before the Brazilian Supreme Court.

The paper examines the international legal framework surrounding fair trials and the right to appeal. Two key international treaties were assessed: The International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) of 1966 and the American Convention on Human Rights (ACHR) of 1969. The procedures of the Human Rights Committee, the ICCPR's treaty body, and

cases from the Inter-American Court of Human Rights were examined. Although Brazil is not part of the European human rights system, this system was assessed as a point of comparison with the Inter-American system. The United States Supreme Court system was also studied in terms of comparative law.

The research methodology employed doctrinal and comparative approaches, with thoroughly scrutinized texts and detailed analyses as primary research methods. This methodological approach encompassed a legal and jurisprudential comparative research method that analyzed international human rights contours concerning the right to appeal.

The paper is structured as follows: Chapter 1 explores the specificities of the Inquérito do Fim do Mundo (End of the World Inquiry), detailing its origins, scope, and implications for Brazil's legal landscape. Chapter 2 discusses periods of political turmoil and juridical tension, employing Dworkin's figure of Hercules to explore Justice Moraes' actions.

Chapter 3 analyzes the delicate balance between constitutional principles and national extraordinary circumstances. Chapter 4 provides an exhaustive analysis of the international legal framework for fair trials, detailing rights before trial, during proceedings, and post-judgment. Chapter 5 is the apex of the paper, focusing on the right to appeal in International Human Rights Law. It examines privileged jurisdiction exceptions across various systems, including Brazil, USA comparative law, the European human rights system, the UN Human Rights Committee, and the Inter-American human rights system. Chapter 6 presents final considerations by addressing four hypothetical scenarios to answer the research question comprehensively.

This study contributes significantly to understanding fair trial rights within international law by examining how Brazil's unique judicial challenges reflect broader global issues concerning judicial authority and human rights protections.

1 THE INQUIRY 4781

The Inquérito do Fim do Mundo (*End of the World Inquiry*), also known as the Inquérito das Fake News (*Fake News Inquiry*), represents a highly contentious investigation initiated by Brazil's Supreme Federal Court (STF) in March 2019. Officially designated as Inquiry 4781, it aims to examine alleged misinformation, defamation, and threats against the court and its members' families¹, p. 1. The inquiry has sparked significant debate due to its unconventional nature, broad scope, and far-reaching implications for civil liberties and democratic institutions.

The inquiry's *ex officio* inception by then-Supreme Federal Court President, Justice Dias Toffoli, without the customary request from the Public Prosecutor's Office, has raised consti-

¹ The STF investigation's origin can be attributed to a decision made by former Chief Justice Dias Toffoli, who initiated the inquiry by invoking the Court's internal regulations. As stated in the official order: "The chief justice of the Supreme Federal Court, under the authority conferred to him by the Rules of Procedure," decides to investigate "fake news, slanderous denunciations, threats and infractions laden with *animus calumniandi*, *diffamandi* and *injuriandi*, which affect the honorability and security of the Federal Supreme Court, its members and family members." Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4.781. Relator: Ministro Alexandre de Moraes.

tutional concerns among legal scholars. Critics argue that this initiation undermined fundamental democratic principles, including due process and the separation of powers. Additionally, the appointment of Justice Alexandre de Moraes as rapporteur, bypassing the usual random selection process, has further fueled apprehensions regarding the inquiry's legitimacy.

Throughout its duration, the inquiry has been marked by a series of controversial actions. These included media censorship, social media account suspensions, allegations of warrantless searches, breaches of financial privacy, and arrests of individuals accused of disseminating false information. The prolonged nature of the inquiry, which now exceeds five years without a definitive conclusion, has also been criticized as creating a perpetual threat to fundamental rights in Brazil.

Such measures have elicited criticism from various sectors of society, raising alarms about potential infringements on freedom of expression and due process. The inquiry has also been heavily criticized for lacking specificity, as it fails to delineate a precise subject for investigation and for the fact that the Supreme Court is not vested with the constitutional jurisdiction to conduct an inquiry into the matters it did.

The scope and powers of Inquiry 4781 expanded significantly following the January 8, 2023, attacks on government buildings in Brasília by supporters of former President Bolsonaro.² This expansion transformed the inquiry from its original focus on antidemocratic activities and disinformation campaigns to include the investigation and prosecution of those involved in the Brasília riots, earning it the informal designation *Inquérito do Golpe* (*Coup d'État Inquiry*).

A key aspect of this expansion is the STF's decision to prosecute individuals without procedural privilege status (*foro privilegiado*) alongside those who do possess such status. Typically, federal legislators, the president, and state ministers in Brazil enjoy privileged jurisdiction for crimes committed during their term and related to their official duties, with their cases handled directly by the Supreme Federal Court. However, the expanded inquiry now brings ordinary citizens under the STF's direct jurisdiction, bypassing lower courts where they would normally be tried.

In other words, Inquiry 4781 involves individuals who held privileged jurisdiction when committing criminal acts, those who maintained this privilege during the trial, politicians whose mandates had expired (former president Jair Bolsonaro, for example), and those who never possessed such jurisdictional privilege. The inclusion of ordinary individuals, who previously had never held such jurisdictional prerogatives, in the legal proceedings can be attributed to the Brazilian Supreme Court's decision not to sever the case (non-severance of the criminal case, or *não desmembramento do processo criminal*). This decision not to sever the case effectively expanded the scope of the court's jurisdiction to encompass defendants who would typically fall outside its purview. These defendants have been tried by the highest domestic court sitting in the first instance.

This situation created a legal quandary, as the STF acted as both the first and final instance court for all defendants, regardless of their privileged status. Consequently, convicted individuals allege they lack access to a superior court to comprehensively review their cases.

² On January 8, 2023, thousands of Jair Bolsonaro's supporters of former Brazilian President Jair Bolsonaro stormed and vandalized the country's Congress, Supreme Court, and presidential palace in Brasília, protesting the election of President Luiz Inácio Lula da Silva and causing significant damage to government buildings.

Legal scholars argue that the motion for clarification (*embargos de declaração*) did not constitute a legitimate procedural appeal once it cannot change or suspend the effectiveness of the challenged decision.

Brazil's Supreme Court's expanded powers have sparked controversy. Concerns include due process violations, with the same justices initiating inquiries and presiding over trials; highest court prosecution restricts appeal rights, challenging the principle of double jurisdiction, especially for non-privileged defendants; and questions arise about fairness when trying individuals of different legal statuses together.

The controversy surrounding Inquiry 4781 highlights the tension between addressing perceived threats to democracy and maintaining established legal principles and structures. It also underscores the complex interplay between privileged legal status and equal treatment under the law in Brazil's judicial system. This paper will concentrate solely on the potential infringement of the defendant's due process rights by Inquiry 4781, emphasizing the fundamental right to seek appellate review in a superior court.

2 PERIODS OF POLITICAL TURMOIL AND JURIDICAL TENSION: BALANCING CONSTITUTIONAL RIGHTS AND THE PUBLIC INTEREST IN THE FACE OF EXTRAORDINARY CHALLENGES

Constitutional democracies frequently experience political turmoil and juridical tension that significantly challenge fundamental freedoms³, p. 1028. The 4871 inquiry in Brazil provide an illustrative example of these times of turmoil and tension. Professor Oren Gross argues that such periods present the most severe threat to constitutional rights, freedoms, and liberties, as the inclination to disregard constitutional freedoms reaches its apex while the efficacy of conventional checks and balances descends to its lowest point.⁴ Gross emphasizes that "it is precisely in such times that constitutional safeguards for the protection of rights, freedoms, and liberties are put to the test."⁵

3 THE DELICATE BALANCE BETWEEN CONSTITUTIONAL PRINCIPLES AND NATIONAL EXTRAORDINARY CIRCUMSTANCES

The delicate balance between constitutional principles and national emergencies has long been a subject of intense debate in politics as well as in legal scholarship. Abraham Lincoln's provocative question eloquently captured such tension: "Are all the laws but one to go unexecuted, and the Government itself go to pieces, lest that one be violated?"⁶, p. 1015 The

³ Gross, Oren. *Chaos and rules: Should responses to violent crises always be constitutional?* The Yale Law Journal. Vol. 112. Number 5. 2002-2003.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

⁶ LINCOLN, Abram *apud* Gross, Oren. *Chaos and rules: Should responses to violent crises always be constitutional?* The Yale Law Journal. Vol. 112. Number 5. 2002-2003.

judiciary's role becomes particularly crucial during critical political turmoil and juridical tension⁷, p. 1028.

Oren Gross observes that crises typically augment judicial authority, often "at the expense of personal freedoms and civil liberties."⁸ "Courts are seen as "the bulwarks that safeguard rights and freedoms against encroachment by the state," he notes.⁹ This view is echoed by Douglas Edlin, who points out that "judges operate in a legal, political, social, and historical context,"¹⁰, p. 13 highlighting the complex factors influencing judicial decision-making during turbulent times.

The concept of balancing emerges as a central theme in addressing these challenges. Aharon Barak asserts that "balancing is central to life and law"¹¹, p. 346. For him, balancing is "central to the relationship between human rights and the public interest, or amongst human rights"¹². He argues that law is "a complex framework of values and principles, which in certain cases are all congruent and lead to one conclusion, while in other situations are in direct conflict and require resolution"¹³.

Barak's balancing approach reflects that conflicting principles can coexist within a democratic framework.¹⁴ He contends that "the solution to such a conflict is not through upholding the validity of one principle while denying any validity to the other" but rather by maintaining the legal validity of all conflicting principles. For Barak, the judging process involves finding the perfect balance between the stability of the law and competing interests¹⁵, p. 361. He notes that "not all constitutional rights are equal in their social importance,"¹⁶ and in cases where these rights conflict, they must be balanced. This constitutional balancing, according to Barak, "is meant to resolve the tensions between the benefit obtained in the realization of the law's purpose, and the harm caused to the constitutional right"¹⁷, p. 346-347. For him, "the scale carrying the public interest will always prevail whenever the scales of justice are balanced"¹⁸, p. 367.

For Barak, it is not easy to define what public interest is, what it safeguards, and what the social importance of a constitutional right is¹⁹. He adds that the social importance of a constitutional right "is determined by the society's fundamental perceptions," which are "shaped by culture, history, and character of each society"²⁰, p. 361. Barak emphasizes that the

⁷ Gross, Oren. *Chaos and rules: Should responses to violent crises always be constitutional?* The Yale Law Journal. Vol. 112. Number 5. 2002-2003.

⁸ *Idem* at 1029.

⁹ *Idem* at 1034.

¹⁰ Edlin, Douglas E. *Common law, constitutionalism and the foundations of judicial review*. Michigan: The University of Michigan Press, 2013.

¹¹ Barak, Aharon. *Proportionality: Constitutional rights and their limitations*. Translated: Doron Kalir. New York: Cambridge University Press, 2012.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Idem*.

balance must be struck between the "recognition of basic human rights on the one hand and the conservation of the existence of the state framework on the other"²¹, p. 297.

The importance of human rights in this balancing act cannot be overstated. Barak notes that "human rights are the crown jewels of democracy"²², p. 161. For him, "a democracy without human rights is like an empty vessel"²³. However, he also recognizes that a democratic society must acknowledge the potential necessity of imposing restrictions on these rights.²⁴ This perspective is shared by Ronald Dworkin, who poses the fundamental question: "What is the proper relationship between the rights of the individuals and the public interest?"²⁵, p. 164.

Dworkin emphasizes the significance of the judicial process, asserting that "it matters how judges decide cases"²⁶, p. 1 and "what they think the law is, and when they disagree about this, it matters what kind of disagreements they are having"²⁷, p. 3. This focus on the judicial decision-making process underscores the complexity of balancing competing interests in a constitutional democracy.

The international human rights dimension of this debate is highlighted by Cançado Trindade, who argues that "even in the most adverse circumstances, the human being emerges as the subject of the International Law of Human Rights, endowed with full procedural standing..."²⁸. This perspective reinforces the enduring importance of human rights, even in the face of extreme challenges to constitutional democracy.

Gross encapsulates the core dilemma faced by democratic societies in times of crisis: to what extent, if any, can "violations of fundamental democratic values be justified in the name of the survival of the democratic, constitutional order itself,"²⁹, p. 1028-1029 and if such justification is possible, "what extent a democratic, constitutional government can defend the state without transforming itself into an authoritarian regime"³⁰.

The tension between upholding constitutional principles and addressing national emergencies remains a central challenge for democratic societies. The insights provided by these legal scholars offer a nuanced understanding of the complex balancing act required to maintain both security and liberty in times of crisis. As Dworkin aptly puts it, "we live in and by the law," and it is through careful consideration of these "competing interests" that one can hope to "preserve the essence" of constitutional democracy even in the face of extraordinary challenges³¹, p. vii.

²¹ Barak, Aharon. *On Society, law and judging*. Tulsa Law Review. Vol. 47. Number 2. 2011-2012.

²² Barak, Aharon. *Proportionality: Constitutional rights and their limitations*. Translated: Doron Kalir. New York: Cambridge University Press, 2012.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Idem*.

²⁶ Ronald Dworkin. *Law's empire*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 1997.

²⁷ *Idem*.

²⁸ Inter-American Court of Human Rights. *Case of the "Juvenile Reeducation Institute" v. Paraguay*. Judgment of September 2, 2004. (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs). Concurring Opinion of Judge A. A. Cançado Trindade. § 3.

²⁹ Gross, Oren. *Chaos and rules: Should responses to violent crises always be constitutional?* The Yale Law Journal. Vol. 112. Number 5. 2002-2003.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Ronald Dworkin. *Law's empire*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 1997.

3.1 WHEN HERCULES REMOVES THEIR ROBE: THE DECISION-MAKING PROCESS OF NON-DEMIGOD JUDGES

The concept of the *Hercules* judge, conceived by Ronald Dworkin in his influential work "Law's Empire,"³² provides a compelling framework for examining the role of judges in contemporary legal systems, particularly during times of crisis. Dworkin's idealized judge embodies the highest standards of judicial reasoning and integrity. *Hercules* has superhuman wisdom, skill, learning, patience, and acumen^{33, p. 220}. *Hercules* is a judge "blind to personal distractions,"^{34, p. 219} "stripped of self, personality, history, and voice and re-clothed with the magical attributes of fairness, impartiality, and independence."³⁵ A profound commitment to justice and fairness also characterizes *Hercules*. As Dworkin asserts, "it matters how judges decide cases,"^{36, p. 1} emphasizing that, in the *herculean* realm, the decision-making process is as significant as the outcomes themselves. It is deeply involved with moral philosophy.

In Dworkin's conception, *Hercules* is not merely an applier of law but an interpreter who reflects on the underlying principles of justice. The *Hercules* judge would not only apply the law but also engage in interpretative analysis of the law to elucidate and uphold the fundamental principles of justice, as Dworkin notes several times in *Law's Empire*. However, it is crucial to recognize that *Hercules* is not a reality. As Wesley Shiht aptly points out, "real judges are humans, not deities; *Hercules* is just an ideal"^{37, p. 349}.

Chad Oldfather further elaborates on this point, noting that one tends to think that becoming a judge affects people in such a way that "they become different from ordinary humans"^{38, p. 127}. This idealization can lead to unrealistic expectations, as Oldfather explains about the *myth of the non-human judge*: "At least implicitly, we impute near-magical properties to the acts of taking an oath and donning a black robe as if they somehow eliminate one's susceptibility to all the foibles, biases, and petty jealousies that are the stuff of day-to-day life"^{39, p. 127}.

The reality of judicial decision-making is far more complex and human than the ideal *Hercules* suggests. Erika Rackley observes that judges are not demigods; they operate in a limited legal, political, social, and historical context^{40, p. 219}. According to her, this reality adds complexity to the judges' decision-making processes⁴¹. This context becomes particularly relevant when examining contemporary judicial actions, such as those taken by Justice Alexandre

³² *Idem*.

³³ Rackelejt, Erika. *When Hercules met the happy prince: Re-imaging the judge*. Texas Wesleyan Law Review. Vol. 12. 2005-2006.

³⁴ *Idem*.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Ronald Dworkin. *Law's empire*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 1997.

³⁷ Shiht, Wesley. *Reconstruction blues: A critique of Habermasian Adjudicatory Theory*. Suffolk University Law Review. Vol. 36. 2002-2003.

³⁸ Chad M Oldfather. *Judges as humans: Interdisciplinary research and the problems of institutional design*. Hofstra Law Review. Vol. 125. 2007-2008.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ Rackelejt, Erika. *When Hercules met the happy prince: Re-imaging the judge*. Texas Wesleyan Law Review. Vol. 12. 2005-2006.

⁴¹ *Ibidem*.

de Moraes in Brazil in Inquiry 4781, where fundamental freedoms may be at stake during times of national emergency.

3.2 HERCULES MEETS JUSTICE MORAES: THE INTRICATE BALANCE BETWEEN DEFENDING DEMOCRACY AND FIGHTING EXTREMISM

Justice Alexandre de Moraes, appointed to the Brazilian Supreme Court in 2017, has emerged as a contemporary representation of Dworkin's *Herculean* figure, wielding significant power in navigating Brazil's turbulent political landscape. Justice Moraes currently presides over Brazil's *Inquérito do Fim do Mundo* case. In his capacity, he has faced criticism for actions potentially violating legal principles and constitutional rights. His approach, for the critics, includes bypassing standard judicial procedures, accusing defendants with generic charges, maintaining secrecy about the investigation, denying defendants' lawyers access to case files, issuing immediate coercive measures without plenary session hearings, convicting individuals without sufficient evidence, and engaging in media censorship.

Individuals accused of having taken part in the January 8 insurrection in Brazil and those who the STF has already convicted faced accusations of multiple serious offenses, demonstrating that the riot was considered by many a severe threat to democracy. These charges include(d) attempted *coup d'état*, forcible subversion of the democratic rule of law, aggravated vandalism of public property, and armed criminal conspiracy.

The inquiry initially targeted people with procedural privilege status and expanded to include ordinary citizens accused of participating in or supporting antidemocratic activities and disinformation campaigns in Brazil. Critics argue that preventing lower-tier judicial bodies from initiating legal proceedings against ordinary civilians – without *procedural privilege status* – undermines the fundamental violates due process rights. Conversely, proponents of the Supreme Federal Court's actions in Inquiry 4781 assert that Justice Alexandre de Moraes has safeguarded Brazilian democracy through his oversight of investigations into disinformation campaigns and threats to democratic institutions. Furthermore, these advocates maintain that Justice Moraes has effectively countered attempts to compromise the integrity of Brazil's electoral system, thereby fortifying the nation's democratic foundations.

Justice Moraes' actions in response to the January 8 riots in Brazil exemplify the challenges faced by real-world judges when faced with the daunting task of balancing the protection of democracy with the preservation of individual rights. His actions reflect Dworkin's assertion that "it matters how judges decide cases"⁴², p. 1 as Moraes navigates the intricate relationship between individual liberties and public interest. However, the controversy surrounding Moraes' decisions that he has overstepped his powers underscores the difficulty of achieving, in practice, a fair balance between defending democracy against disinformation and extremism and respect for individual defendants' procedural rights.

Nevertheless, despite its inherent contradictions, the judicial system remains the sole viable avenue for addressing legal issues in turbulent times. As Daniel Smilov notes, "the judiciary is an essential element of all contemporary constitutional regimes, and yet, there is no single best model of institutionalizing the role of the magistrates *vis-à-vis* other branches of

⁴² Ronald Dworkin. *Law's empire*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 1997.

power"⁴³, p. 859. This observation highlights the ongoing debate about the proper scope of judicial authority, particularly in times of crisis.

At the heart of this legal debate in Brazil lies a fundamental question about the nature of justice and its relationship to the law. As Dworkin succinctly puts it, "the good judge prefers justice to law"⁴⁴, p. 1058. This statement encapsulates the persistent dichotomy between strict legal positivism and a more flexible, justice-oriented approach to jurisprudence. It suggests that, in some cases, adhering rigidly to the letter of the law may not always serve the broader interests of justice.

This balance between interpreting and applying the law is very complex. Judges must always conform to the rule of law, applying the law but not making new laws.⁴⁵ But for Dworkin, this ideal often proves challenging to fully realize in practice.⁴⁶ The reality is that "statutes and common law rules are often vague and must be interpreted before they can be applied to novel cases."⁴⁷

Furthermore, some cases present "so unprecedented" issues that they cannot be resolved even through the most creative interpretation of existing rules.⁴⁸ For Dworkin, in these cases, "judges must make new law, either covertly or explicitly."⁴⁹ Professor Dworkin goes beyond saying that "such cases force judges to reconstruct the fabric of moral principles which underpins the law's black-letter rules and doctrines and to fashion out the fabric a new and purer vision of what the law might be"⁵⁰, p. 527. However, two pertinent questions arise: 1) Who determines which issues are "so unprecedented" that they cannot be resolved even through the most innovative interpretation of existing legal frameworks? And 2) To what extent is *Hercules* authorized to establish new legislation?

Alexandre de Moraes' position as both a guardian of democracy and a figure accused of authoritarianism invokes Friedrich Nietzsche's caution that "whoever fights with monsters should see to it that he does not become one himself"⁵¹, p. 69. Whether Moraes has indeed become that which he opposes in his efforts to uphold democratic values during Brazil's tumultuous period, when fundamental freedoms were at stake, remains a matter for historical assessment.

4 THE INTERNATIONAL LEGAL FRAMEWORK FOR FAIR TRIAL

The case of Justice Moraes brings to light the importance of fair trial rights, as emphasized by Stefan Trechsel: "The general right to a fair trial is at the centre [*sic*] of both rights of

⁴³ Smilov, Daniel. *The judiciary: The least dangerous branch?* In The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law 859-871 (Michel Rosenfeld and András Sajó eds., Oxford: Oxford University Press, 2021).

⁴⁴ Dworkin, Ronald. *Hard cases*. Harvard Law Review. Vol. 88. N. 6. 1974-1975.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Keating, Gregory C. *Justifying Hercules: Ronald Dworkin and the rule of law*. American Bar Foundation Research Journal. Vol. 12. 1987.

⁵¹ Nietzsche, Friedrich. *Beyond good and evil: Prelude to a philosophy of the future*. New York: Cambridge University Press, 2002.

the defence [*sic*] and the guarantee of the rule of law"⁵², p. 81. In navigating the complexities of national emergencies, judges must ensure that fundamental legal protections are not eroded in the name of security or expediency.

Legal representatives of ordinary citizens defendants from the Inquiry 4781 case have raised significant procedural concerns for their clients. The primary issue highlighted by these lawyers is the absence of a double-degree appellate process for their clients once the STF is the highest court in the state. This lack of a second instance of jurisdiction is viewed as a flagrant breach of established legal principles, depriving defendants of the opportunity to thoroughly review their cases by a different judicial body.

To thoroughly examine this procedural issue through the lens of the international legal framework, it is essential to first explore the extensive body of international human rights legislation that addresses the concept of a *fair trial*. Two international treaties are particularly noteworthy in this context: the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) of 1966, also known as the New York Pact,⁵³ including the recommendations of the United Nations Human Rights Committee (UN-HRC)⁵⁴ and the American Convention on Human Rights (ACHR) of 1969, also referred to as the Pact of San José.⁵⁵

The International Covenant on Civil and Political Rights was ratified through Decree No. 592 of July 6, 1992, further solidifying Brazil's commitment to international human rights standards. This ratification ensured that the provisions of the Covenant became part of Brazilian domestic law. Additionally, Brazil took another essential step by ratifying Optional Protocol 1 to the ICCPR on September 25, 2009. This ratification is particularly significant as it permits individuals to submit complaints to the UN Human Rights Committee against alleged violations of the Covenant by States Parties to the Protocol, including Brazil. This mechanism provides an additional layer of protection for individuals' rights and strengthens the accountability of the Brazilian state in upholding its human rights obligations.

The American Convention was ratified in Brazil through Decree No. 678 of November 6, 1992. This ratification marked Brazil's formal commitment to upholding the human rights standards outlined in the Convention. Subsequently, on November 8, 2002, through Decree No. 4463, the Federative Republic of Brazil took a significant step by recognizing the contentious jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) for an indefinite period. This recognition applies to all cases related to the interpretation or application of the American Convention on Human Rights, following Article 62, thereby allowing the Court to adjudicate on matters concerning Brazil's compliance with the Convention.

It is noteworthy that, due to their ratification, both the American Convention on Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights have been incorporated into

⁵² Trechsel, Stefan. *Human rights in criminal proceedings*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

⁵³ United Nations. G. A. Res. 2200A (XXI), International Covenant on Civil and Political Rights (Dec. 16, 1966).

⁵⁴ The ICCPR Committee is a treaty body consisting of 18 independent experts that monitors the implementation of the International Covenant on Civil and Political Rights. Its functions include reviewing State reports, considering individual communications, issuing general comments, and examining inter-State complaints. A treaty body is an internationally established group of independent experts that oversees how States implement their obligations under a specific international treaty. The Human Rights Committee's ICCPR recommendations offer guidance on enhancing civil and political rights protections. Although not legally enforceable, these recommendations create an moral imperative for nations to strengthen their adherence to the Covenant's principles.

⁵⁵ Organization of American States. American Convention on Human Rights, November 22, 1969, O.A.S.T.S. No. 36, 1144 U.N.T.S. 123.

Brazilian law, possessing binding force and supralegal status (supraconstitutionality), as per the jurisprudential understanding of the Supreme Federal Court.⁵⁶ This incorporation signifies that these international human rights instruments are above ordinary laws but below the Constitution in the Brazilian legal hierarchy, reinforcing their importance in the country's legal framework.

In accordance with the aforementioned international agreements, the subsequent classification offers a structure for comprehending the tripartite phases during which an individual's rights necessitate safeguarding throughout judicial proceedings. Systematically, these agreements delineate the *corpus* of international human rights afforded to any person subject to adjudication by any domestic tribunal within the Federative Republic of Brazil:

a) Rights pertaining to events prior to the trial or judgment:

- 1) Prohibition of arbitrary detention - Art. 9.1 (ICCPR) and Art. 7.1 (ACHR)
- 2) Right to be informed of the reasons for arrest and promptly notified of the charges - Art. 9.2 (ICCPR) and Art. 7.4 (ACHR)
- 3) Right to consult with a defender - Art. 8.2.d (ACHR).^{57 58}
- 4) Right to be promptly brought before a judge or other authority empowered by law to exercise judicial functions - Art. 7.4 and Art. 7.5 (ACHR)
- 5) Right to humane treatment during preventive/temporary detention and right not to suffer from torture - Art. 7 (ICCPR)
- 6) Right not to be held guilty of any criminal offense on account of any act or omission which did not constitute a criminal offense under national or international law at the time when it was committed, and right not to receive a heavier penalty than the one applicable at the time when the criminal offense was committed (Freedom from *Ex Post Facto Laws*) - Art. 15.1 (ICCPR) and Art. 9 (ACHR).
- 7) Right not to be subjected to *incommunicado detention*.^{59 60 61}
- 8) Right to Silence- Art. 14.3.g (ICCPR).

b) Rights during the legal proceedings:

- 1) Right not to be compelled to testify against oneself or to confess guilt (privilege against self-incrimination) - Art. 14.3.g (ICCPR).

⁵⁶ Supremo Tribunal Federal. RE 466.343 São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Dezembro 18, 2008.

⁵⁷ United Nations. Human Rights Committee. *Georgia*, U.N. Doc. CCPR/C/79 Add.75, April 1, 1997. § 27.

⁵⁸ Please also see: United Nations. Report of the Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers regarding the Mission of the Special Rapporteur to the United Kingdom, U.N. Doc E/CN.4/1998/39/Add.4, March 5, 1998, § 47.

⁵⁹ "Prolonged incommunicado detention may facilitate the perpetration of torture and can in itself constitute a form of cruel, inhuman or degrading treatment." UN Commission on Human Rights. Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. UN Doc., E/CN.4/RES/1999/32, April 26, 1999.

⁶⁰ See also: Report on the Situation of Human Rights in Bolivia, OEA/Ser.L/V/II.53, doc rev.2, 1 July 1981. p. 41-42.

⁶¹ *Suárez-Rosero v. Ecuador*, Judgement, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 35, November 25, 2010.

- 2) Right to be presumed innocent until proven guilty according to law - Art. 14.2 (ICCPR) and Art. 8.2 (ACHR).
- 3) Right to a public hearing - Art. 14.1 (ICCPR) and Art. 8.5 (ACHR).
- 4) Right to a competent, independent, and impartial tribunal established by law - Art. 14.1 (ICCPR) and Art. 8.1 and Art. 27.2 (ACHR).
- 5) Right to equal treatment before the judge (equality of arms) Art. 14.1 (ICCPR).
- 6) Right to have adequate time and facilities for the preparation of defense and to communicate with counsel of their own choosing - Art. 14.3.b (ICCPR) and Art. 8.2.c (ACHR).
- 7) Right to be tried without undue delay (expeditious trial) - Art. 14.3.c (ICCPR).
- 8) Right to be tried within a reasonable time Art. 7.4 and Art. 7.5 (ACHR).
- 9) Right to be present at the trial and to defend oneself in person or through legal assistance of their own choosing - Art. 14.1 (ICCPR) and Art. 8.1 (ACHR).
- 10) Right to examine, or have examined, the witnesses against them - Art. 14.3.e (ICCPR) and Art. 8.2.f (ACHR).
- 11) Right to have the free assistance of an interpreter if they cannot understand or speak the language used in court - Art. 14.3.f (ICCPR).
12. Right to Silence- Art. 14.3.g (ICCPR).

c) Rights following the judgment:

- 1) Right not to be tried or punished again for an offense for which they have already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure - Art. 14.7 (ICCPR).
- 2) Right to compensation if a final criminal conviction is subsequently reversed or they are pardoned on the ground that a new or newly discovered fact shows conclusively that there has been a miscarriage of justice - Art. 14.6 (ICCPR).
- 3) Right to appeal against a conviction (right to a double instance of jurisdiction) - Art. 8.2.h (ACHR) and Art. 14.5 (ICCPR).
- 4) Right to compensation for wrongful conviction and miscarriage of justice - Art. 10 (ACHR).
- 5) The protection against double jeopardy Article 14.7 (ICCPR).

In addition to the aforementioned international legislations pertaining to fair trial, it is imperative to consider two crucial documents: the Basic Principles on the Independence of

the Judiciary⁶² and the Bangalore Principles of Judicial Conduct.⁶³ These principles serve as foundational guidelines for ensuring judicial integrity and impartiality worldwide. Article 2 of the Basic Principles on the Independence of the Judiciary is particularly noteworthy, as it stipulates that judges shall adjudicate matters before them impartially, based solely on facts and in accordance with the law, "without any restrictions, improper influences, inducements, pressures, threats, or interferences, whether direct or indirect, from any quarter or for any reason."⁶⁴ This comprehensive provision underscores the paramount importance of judicial independence and the need to safeguard the decision-making process from external pressures, thereby reinforcing the fundamental right to a fair trial.

The Bangalore Principles of Judicial Conduct, in a comprehensive chapter dedicated to the impartiality of judges (Chapter 2), assert that a judge's impartiality is essential to properly discharge their judicial duties. This principle underscores the fundamental importance of unbiased decision-making in the judicial process. Furthermore, Chapter 2 affirms that this impartiality applies not only to the final decision itself but also to the entire process by which the decision is reached. This holistic approach to impartiality ensures that every aspect of a judge's conduct and reasoning, from the initial stages of a case to its conclusion, must be free from bias or prejudice, thereby safeguarding the judicial system's integrity.⁶⁵

Although not legally binding, the Bangalore Principles of Judicial Conduct are considered a significant part of the sources of International Law on judicial integrity and conduct. In 2001, Brazil actively participated in the Judicial Group on Strengthening Judicial Integrity that formulated these Principles, demonstrating the country's commitment to global judicial standards. Brazil also participated in the prestigious Round Table of Chief Justices held at the historic Peace Palace in The Hague, Netherlands, the same year. This involvement underscores Brazil's engagement in international dialogues on judicial ethics and its role in shaping global judicial norms.

⁶² Adopted during the 7th United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, held in Milan from August 26 to September 6, 1985, endorsed by the General Assembly through resolutions 40/32 and 40/146 of November 29 and December 13, 1985.

⁶³ The 2001 Bangalore Draft Code on Judicial Conduct, approved by the Judicial Group on Strengthening Judicial Integrity, as revised at the Round Table Meeting of Chief Justices held at the Peace Palace in The Hague, Netherlands, on November 25 and 26, 2002.

⁶⁴ Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders. Adopted during the 7th United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, held in Milan from August 26 to September 6, 1985, endorsed by the General Assembly through resolutions 40/32 and 40/146 of November 29 and December 13, 1985.

⁶⁵ The 2001 Bangalore Draft Code on Judicial Conduct, approved by the Judicial Group on Strengthening Judicial Integrity, as revised at the Round Table Meeting of Chief Justices held at the Peace Palace in The Hague, Netherlands, on November 25 and 26, 2002.

5 THE RIGHT TO APPEAL

The right to appeal is a first-generation human right^{66, p. 348} that allows individuals convicted of a crime to seek a review of their case by a higher court.⁶⁷ This higher body must undertake a full review of the questions of law pertaining to the case and a review of evidence produced at the first instance.⁶⁸ This process enables defendants to challenge potential errors, procedural irregularities, or unjust outcomes that may have occurred during their original trial or sentencing. By exercising this right, convicted persons can pursue the correction of legal mistakes, present new evidence, or argue for a more appropriate application of the law, ultimately aiming to ensure a fair and just resolution to their case.

The appellate process serves two crucial functions in the legal system. Firstly, it provides a pathway for litigants to seek a more advantageous resolution to their case^{69, p. 360}. Secondly, it upholds fundamental principles of justice by fostering consistency, fairness, and uniformity in the interpretation and application of laws.⁷⁰

Incontrovertibly, an appeal does not always guarantee a more favorable outcome compared to the initial verdict. The European Convention on Human Rights, analogous to the American Convention on Human Rights within the European human rights system, does not contain any explicit prohibition against the *reformation in peius*. This lack means the European Convention does not safeguard appellants from receiving harsher sentences upon appeal.⁷¹ It follows that more than benefiting – or not – individual parties in a final judicial process outcome, the main result – or goal – of the right to appeal is to serve as a structural guarantee, contributing to the overall integrity and reliability of the judicial system.

The right to appeal is not absolute or unconditional^{72, p. 656}. States retain the prerogative to impose certain limitations on this right.⁷³ Such restrictions may include the implementation

⁶⁶ Nowak, Manfred. *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*. Kehl: N.P. Engel Verlag, 2005.

⁶⁷ Amicus Curiae presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos En el caso de: Oscar Barreto Leiva (Caso Nº 11.633) contra la República Bolivariana de Venezuela. Bogotá, Colombia. 3 de agosto de 2009. *Barreto Leiva v. Venezuela*, Judgement: *Amicus Curiae*, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 206 (November 17, 2009).

⁶⁸ United Nations. The Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. *Human rights in the administration of justice: A manual on human rights for judges, prosecutors and lawyers*. Chapter 7. The right to a fair trial: Part II – From trial to final judgment. At 306.

⁶⁹ Trechsel, Stefan. *Human rights in criminal proceedings*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Clooney, Amal; Webb, Philippa. *The right to a fair Trial in international law*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

⁷³ *Ibidem*.

of prerequisites for accessing appellate courts, such as mandating that defendants submit formal applications for permission to appeal.⁷⁴ Whether these restrictions fundamentally compromise the defendant's core right to seek appellate review is a great test for courts.⁷⁵

In the Brazilian legal context, the terms "right to appeal" and "double degree jurisdiction" are often used interchangeably, a common practice among the general population and criminal law scholars. While not standardized in legal nomenclature, the latter term is more frequently employed. Double-degree jurisdiction is often misinterpreted as referring to multiple appellate court levels or successive appeals, mirroring Brazil's three-stage judicial ruling structure where cases can progress from district courts to state courts, then to the Superior Tribunal de Justiça (STJ), and finally to the Supreme Court.

It is crucial to distinguish that double-degree jurisdiction pertains to the appellate system's structure and organization rather than an individual's right to appeal. Conversely, the right to appeal is a fundamental legal entitlement allowing defendants to challenge court convictions to ensure fair trials. Unlike the structural concept of double-degree jurisdiction, the right to appeal does not necessarily entail multiple levels of review.

Various international instruments encompass critical provisions and protective guidelines safeguarding the right to appeal. Particular to the systems in which Brazil is part, both the International Covenant on Civil and Political Rights (Art. 14.5 and including General Comment No. 13, § 17)⁷⁶, p. 135 and the American Convention on Human Rights (Art. 8.2.h) provide crucial standards for ensuring fair trial rights, including the right to appeal.

The United Nations Human Rights Committee was established to oversee the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) implementation and act as a significant instrument for augmenting the Covenant's accountability. Composed of independent experts, this committee reviews periodic reports from member states and provides feedback through Concluding Observations. While these conclusions lack legally binding force, they afford citizens an international recourse for seeking redress, fostering a more robust human rights framework within nations. Brazil's status as a signatory to the First Optional Protocol to the ICCPR, ratified on September 25, 2009, enables individuals within the country to lodge complaints directly against the state for alleged contraventions of the Covenant, thereby enhancing the protection of human rights at both national and international levels.

The American Convention on Human Rights guarantees the right to appeal criminal convictions. Article 8.2.h states that every person accused of a criminal offense has the right to have their conviction and sentence reviewed by a higher court. The Inter-American Court interprets and enforces the American Convention, safeguarding human rights in the Americas.

Within the Inter-American Human Rights System framework, of which Brazil is a signatory, the Inter-American Court ruled several times on the right to appeal. In *Castillo Petruzzi*⁷⁷

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ United Nations. Human Rights Committee. *General Comment 13: Article 14* (Twenty-first session, 1984), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.6, May 12, 2003.

⁷⁷ *Castillo Petruzzi y otros v. Perú*, Sentencia: Fondo, Reparaciones y Costas, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 52 (Mayo 30, 1999).

and *Lori Berenson Mejía*,⁷⁸ the Court ruled that the right to appeal is inserted – or compounded by – in the concept of law due to the legal process and to the *natural judge*⁷⁹, p. 10-11. Also, in the case of *Herrera Ulloa*, the Court emphasized that the right to appeal translates into a human right that must be respected as a guarantee of the due process of law and that such a right must be assured to the defendant before the trial to exhaust all remedies of the process.⁸⁰

The Inter-American Court of Human Rights (IACHR) consistently emphasizes that the "American Convention must be interpreted in light of its object and purpose, which is the effective protection of human rights."⁸¹ In determining the scope of an accessible and effective judicial remedy, the Court has ruled that a comprehensive review or examination of the appealed ruling must adhere to specific procedural guarantees.⁸²

These procedural guarantees encompass the following: 1. The right to file an appeal against the judgment must be guaranteed before the judgment becomes *res judicata*;⁸³ 2. The process of filing an appeal should not be so complex as to render the right to appeal illusory;⁸⁴ 3. The remedies should not merely exist in form but produce tangible results in practice;⁸⁵ 4. A comprehensive review or examination of the appealed judgment should be permitted, including a thorough examination of facts, evidentiary elements, and legal issues;⁸⁶ 5. The right to appeal should be extended to all parties involved, not solely to those sentenced and convicted in the same trial.⁸⁷ 6. A minimum standard of procedural fair trial guarantees must be observed throughout the appeals process.⁸⁸

5.1 THE QUESTION OF PRIVILEGED JURISDICTION: A POSSIBLE EXCEPTION TO THE RIGHT TO APPEAL TO A HIGHER COURT?

5.1.1 The scope in Brazil

Privilegium fori is a legal concept in criminal law that grants certain high-ranking political officials a special privilege. This privilege allows these individuals to be tried in a specialized court rather than in a standard criminal court. The right to this distinctive legal treatment is

⁷⁸ *Lori Berenson Mejía v. Perú*, Sentencia: Fondo, Reparaciones Y Costas, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 119 (Noviembre 25, 2004).

⁷⁹ "The principle of the 'natural judge' (juez natural) constitutes a fundamental guarantee of the right to a fair trial. This principle means that no one can be tried other than by an ordinary, pre-established, competent tribunal or judge. As a corollary of this principle, emergency, *ad hoc*, 'extraordinary', ex post facto and special courts are forbidden." International Commission of Jurists. *International principles on the independence and accountability of judges, lawyers and prosecutors: Practitioners guide No. 1*. Geneva, 2007.

⁸⁰ *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, Sentencia: Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 107 (Julio 2, 2004).

⁸¹ *Catrimán et al. v. Chile*, Sentencia, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 279 (May 29, 2014).

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Ibidem*.

bestowed upon these officials due to their elevated position within the political structure. Essentially, *privilegium fori* ensures that those in positions of significant political power receive a specialized form of judicial consideration.

In Brazil, the term is closely related to the privilege that certain political authorities have of being tried at first instance by the highest court in the state, the Brazilian Supreme Court (STF). Privileged forum in Brazil is granted to federal deputies and senators. It has the purpose of moving the criminal jurisdiction of *persecutio criminis* of these legislators to the STF, Brazilian's Supreme Court that serves both as a constitutional court and the upper court of the State. In other words, in the Brazilian legal system, federal elected officials are granted legal protection known as *foro privilegiado* or privileged jurisdiction. Presidents, vice-presidents, and state ministers are also tried in the STF as privileged individuals.

This mechanism shields these officials from potentially politically motivated legal actions. Consequently, lower courts cannot prosecute these officials for criminal offenses. This legal protection only applies to crimes committed during an official's term and directly related to their official responsibilities. For offenses that occurred before assuming office or those unconnected to their official duties, the cases may be handled by lower courts.

Law scholars point to the historical importance of the *foro privilegiado* in the Brazilian Constitution, having emerged as an antidote against the political annulments of the Institutional Acts of the Military Dictatorship in Brazil. However, some say this parliamentary prerogative is synonymous with impunity and no longer justified today. Moreover, it is said that such privilege does not express the reality of a truly democratic country from the point of view of equality of persons before the law.

5.1.2 Comparative Law: The USA system

Unlike Brazil's STF, the USA Supreme Court does not have original criminal jurisdiction over federal American lawmakers. The American system rejects privileged criminal jurisdiction or parliamentary immunity (inviolability) for federal politicians. Therefore, procedural disparities exist in adjudicating high-profile criminal cases in Brazil and the USA.

In the United States, even a charge as serious as a criminal association resembling the American concept of conspiracy would typically be adjudicated in a federal district court in the first instance. Upon conviction, the defendant would be subject to incarceration, notwithstanding any pending appeals. The case of former Maryland Governor Marvin Mandel serves as a precedent in this regard.⁸⁹

The appellate process in the United States is notably streamlined. Following a district court verdict, defendants are afforded a single avenue of appeal through the Court of Appeals. This court's decision effectively concludes the standard appellate process. While defendants retain the right to petition the United States Supreme Court for further review, the highest court in the nation operates under the principle of "discretionary review." This concept resembles the Brazilian legal doctrine of *repercussão geral* or general repercussion.

⁸⁹ United States v. Mandel, 591 F.2d 1347 (4th Cir. 1979).

The process for Supreme Court review is highly selective. Initially, one of the nine Justices – a position similar to a Minister of the STF in Brazil – must deem the petition worthy of consideration and present it to the full court. Subsequently, the "Rule of Four" comes into play, whereby at least four Justices must concur on the merit of hearing the case for it to be granted certiorari. Should a case successfully navigate these preliminary stages, the Supreme Court renders its decision typically within a year, barring exceptional circumstances. The Court's opinions are customarily issued between May and June, coinciding with the conclusion of its annual term.

In sum, in the United States, even individuals of high political stature holding prominent political offices generally do not possess procedural privileges that would exempt them from legal proceedings or investigations. Furthermore, criminal charges against such high-ranking officials are not typically initiated in the Supreme Court as a court of first instance. Instead, these cases generally commence in lower district courts, adhering to the standard judicial process applicable to all citizens. To be precise, although the president enjoys some limited immunities for official duties in the United States, they lack absolute criminal procedural privilege. In the United States, the President, Vice President, senators, and representatives face equal treatment under criminal law, embodying the principle of legal equality central to American jurisprudence.

5.1.3 Privileged jurisdiction and the right to appeal in the European human rights system

In the European System, the right to appeal in relation to the double degree of jurisdiction is not an absolute principle. It contemplates situations of exception of implicit restrictions. One of these exceptions refers directly to the privileged forum precisely because it is seen as an undemocratic procedural privilege. The case of *Cordova v. Italy*⁹⁰ provides a crystalline example of the Strasbourg court's (the European Court of Human Rights, the ECHR) approach to privileged forum and instances where the highest court serves as both the initial and final arbiter. At the heart of this case lies the question of whether the extent of freedom of expression granted to the parliamentarian infringed upon Article 14 of the Convention.⁹¹

Specifically, the case revolved around an Italian prosecutor's assertion that parliamentary immunity violated his right to protect his reputation. This claim stemmed from the prosecutor's inability to pursue defamation proceedings against two lawmakers who had allegedly mocked him. The European Court of Human Rights examined whether Cordova's rights under the European Convention were violated when criminal proceedings against parliamentarians were dismissed due to their immunity.

For the Court, when a defendant, by virtue of their position, is granted the procedural privilege of trial by a nation's supreme judicial body, the absence of further appellate options

⁹⁰ *Cordova v. Italy*, European Court of Human Rights, Apps. Nos. 45666/99 and 45668/99, Judgments, (Eur. Ct. H.R. January 30, 2003).

⁹¹ European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11, 14, and 15. ETS No. 005, 4 November 1950. Entry into force: 3 September 1953.

does not inherently contravene the principles of due process.⁹² This interpretation acknowledges that the highest court's adjudication, serving as both the initial and final arbiter, can satisfy the requirements of legal due process despite the lack of traditional appeal mechanisms.⁹³

Therefore, the consideration that the Strasbourg Court has made in this case operates in proportion to the object of the prerogative of function – protection of the parliamentarian in reason and in the exercise of his functions – and the necessity to protect the public interest. In other words, the Strasbourg Court interpreted the privilege as primarily protecting *parliamentary* interests as a whole rather than serving the *personal* interests of individual lawmakers. Therefore, according to the European Court of Human Rights' interpretation, the privileged jurisdiction is not intended to shield parliamentarians from criminal prosecution or accountability for criminal offenses.⁹⁴

In other words, according to this European Court's perspective, when a member of parliament – who enjoys the criminal procedural privilege of trial by the highest national court – engages in activities entirely unrelated to their legislative duties and these actions constitute crimes, the public interest takes precedence over individual rights. This view emphasizes the balance between institutional protection and accountability for actions outside the scope of legislative responsibilities.⁹⁵

The *Demicoli v. Malta* case,⁹⁶ also adjudicated by the ECHR, exemplifies another complex interplay between parliamentary privilege and individual rights, particularly regarding freedom of expression and ordinary citizens sitting in the country's highest court as first and last instance. Merely for exercising his editorial prerogative to criticize members of the Maltese Parliament, Natalino Demicoli found himself the target of judicial proceedings. As the editor of a local newspaper, Demicoli's critique provoked a swift and severe response from the parliamentarians. These individuals, who concurrently held positions as judges in the highest court of justice in that context, leveraged their parliamentary privilege to initiate legal action against Demicoli.

This landmark case scrutinized Malta's democratic institutions and the separation of powers, centering on Mr. Demicoli, a satirical newspaper editor charged with breaching parliamentary privilege for publishing an article critical of two Maltese Parliament members. The case highlighted a now-obsolete practice of *criminal trial by parliament*, which was subsequently deemed to violate human rights standards. In this instance, the Maltese House of Representatives assumed the roles of complainant and judge simultaneously in the breach of privilege proceedings against Demicoli. The severity of potential penalties, including imprisonment or fines, rendered these proceedings akin to criminal proceedings despite stemming from satirical criticism of parliamentarians.

The ECHR's ruling emphasized the problematic nature of the proceedings, noting that "the political context in which the proceedings against Mr. Demicoli were conducted made a

⁹² *Cordova v. Italy*, European Court of Human Rights, Apps. Nos. 45666/99 and 45668/99, Judgments, (Eur. Ct. H.R. January 30, 2003). §§ 57-66.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ *Demicoli v. Malta*, App. No. 13057/87 (Eur. Ct. H.R., August 27, 1991). §§ 36, 39-40.

mockery of the whole concept of the independence and the impartiality of the judiciary,"⁹⁷ effectively acting *judex in causa sua*.⁹⁸ The court further observed that in such breach of privilege proceedings, Members of Parliament "sit as victims, accusers, witnesses, and judges."⁹⁹

A crucial aspect of the case was the questionable impartiality of the House of Representatives as an adjudicating body. The two members criticized in Demicoli's article participated in the proceedings, including the verdict and sentencing,¹⁰⁰ further compromising the integrity of the process. Ultimately, the ECHR ruled that this procedure violated Demicoli's right to a fair trial under Article 6 of the European Convention on Human Rights, determining that the proceedings were criminal rather than disciplinary in nature and that the House's impartiality as an adjudicating body was fundamentally compromised.¹⁰¹

In several other instances – e.g., *Ninn-Hansen v. Denmark*,¹⁰² *Tsalkitzis v. Greece*,¹⁰³ and *Kart v. Turkey*¹⁰⁴ – the European Court of Human Rights addressed the complex interplay between parliamentary procedural privilege and individual rights. These decisions have focused on striking a delicate balance between safeguarding the functions of parliamentary representatives and upholding fundamental individual rights, particularly the right to access justice through the legal system.

The Court has grappled with the tension between protecting legislative independence and ensuring judicial autonomy while considering the right to a fair trial. Furthermore, the ECHR has examined the intricate relationship between political accountability and legal due process, weighing the application of parliamentary procedural privilege against an individual's right to seek judicial redress and receive a fair hearing.

Concerning procedural privilege and the individual right to a fair trial, the European Commission of Human Rights, in *Crociani et al. v. Italy*,¹⁰⁵ considered that trying ordinary citizens and high-ranking officials together before the highest domestic court in the country does not violate human rights.¹⁰⁶ This case stemmed from corruption allegations involving Lockheed's sale of Hercules C-130 aircraft to European military forces, including Italy's.¹⁰⁷ The scandal emerged in February 1976 through press reports and U.S. Senate subcommittee documents. The Rome prosecutor's office investigated, implicating Antonio Lefebvre d'Ovidio and his brother as intermediaries. Due to former Defense Minister Mario Tanassi's involvement, the case was transferred to a particular parliamentary procedure for judging ministerial crimes, as required by the Italian Constitution.¹⁰⁸

The European Commission of Human Rights considered that trying Crociani, a private citizen, alongside senior political figures in Italy's highest court did not violate human rights.¹⁰⁹

⁹⁷ *Idem*. § 36.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ *Idem*. § 36, 39-40.

¹⁰² *Ninn-Hansen v. Denmark*, App. No. 28972/95, Decision on Admissibility (Eur. Ct. H.R., May 18, 1999).

¹⁰³ *Tsalkitzis v. Greece* (No. 2), App. No. 72624/10 (Eur. Ct. H.R., October 19, 2017).

¹⁰⁴ *Kart v. Turkey* [GC], App. no. 8917/05, Judgment (Eur. Ct. H.R., December 3, 2009).

¹⁰⁵ *Crociani et al. v. Italy*, Application No. 8603/79, Judgment (ECmHR, December 18, 1980).

¹⁰⁶ *Idem*. §§ 16-17.

¹⁰⁷ *Idem*. Facts of the case.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ *Idem*. The law.



The Court determined that Article 6 of the European Convention does not guarantee a right to appeal to a higher judicial authority.¹¹⁰ This decision affirms that the absence of an appellate process in such cases, where the supreme court has original jurisdiction, is compatible with the European Convention's fair trial provisions.

In sum, according to the European Court of Human Rights, the following principles apply regarding procedural privilege and the right to a fair trial:

Procedural privilege and highest court trials: When a person with procedural privilege is tried in the highest court of a country as both the first and final instance, this does not constitute a violation of human rights under the European Convention on Human Rights (ECHR). This practice Although the practice is widespread, it is seen as an undemocratic procedural privilege.

Associated individuals without privilege: The Court has established that trying an individual without procedural privilege in the highest court as both the first and last instance, solely because of their association with someone who holds such privilege, does not inherently constitute a violation of human rights under the European Convention on Human Rights (ECHR). However, the domestic court must ensure a comprehensive review process for the unprivileged individual.

Abuse of procedural privilege: However, the ECHR considers it a violation of human rights when individuals with procedural privilege exploit their status to undermine the right to a fair trial of those without such privilege. Specifically, it is deemed a violation when privileged individuals unnecessarily cause non-privileged persons to be tried in the nation's highest court despite the lack of a legitimate connection or reason for doing so.

This interpretation by the ECtHR aims to balance the need for special procedures for certain officials while safeguarding the fundamental right to a fair trial for all individuals, as enshrined in Article 6 of the ECHR.

5.1.4 The United Nations Human Rights Committee

The United Nations Human Rights Committee has, on numerous occasions, stated that if a criminal proceeding is initiated in a higher and unique instance in a country, it is a human right of defendants to appeal the decision. *Lumley v. Jamaica* also stated that the right to appeal exists even if the appeal is addressed to the same court (single and final instance) in order for it to offer a broad review of the substance of the case and the evidence.¹¹¹ The treaty

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ United Nations. Human Rights Committee. Communication No. 662/1995, *P. Peter Lumley v. Jamaica* (Views adopted on 31 March 1999), in U.N. doc. GAOR, A/54/40 (vol. II). § 7.3.

body reaffirmed this right in *Rogerson v. Australia*,¹¹² *Bandajevsky v. Belarus*,¹¹³ and *Saidova v. Tajikistan*.¹¹⁴

In interpreting the scope of the right to appeal, the Committee, in *Domukovsky et al. V. Georgia*¹¹⁵, held that a judicial process should offer a right to a broad *review* on matters of law and facts. The Committee's interpretation of the right to appeal (Article 14, paragraph 5 of the International Covenant on Civil and Political Rights) does not obligate States parties to establish multiple tiers of appeal¹¹⁶, p. 45. In analyzing this provision in *Gomariz Valera v. Spain*,¹¹⁷ the United Nations Human Rights Committee affirmed that Article 14 intends to ensure that a prior judicial decision undergoes a comprehensive secondary reexamination at the appellate level.

Concerning circumstances in which a nation's supreme judicial body serves as both the initial and final arbiter, the Committee has noted that "the absence of any right to review by a higher tribunal is not offset by the fact of being tried by the supreme tribunal of the State party concerned."¹¹⁸ Instead, the Committee has determined that such a judicial structure is "incompatible with the Covenant,"¹¹⁹ barring the State party's explicit reservation to this effect. This conclusion underscores the Committee's stance that the right to appellate review is a fundamental principle that cannot be superseded merely by the stature of the adjudicating court unless specifically exempted through formal reservation by the State party in question.

In General Comment No. 32, the Committee reaffirmed that unless the State party concerned has made a reservation to Article 14.5. of the ICCPR, the failure to guarantee a right to appeal violates the ICCPR.¹²⁰ ¹²¹ The Committee also confirmed that the right to appellate review is a fundamental principle, meaning that the absence of a higher judicial body within the country constitutes a quintessential infringement of Article 14.5. of the ICCPR.¹²² Notably, the Committee considered that the right to appeal a decision must be respected regardless of the category and position of the person judged by the country's court.

¹¹² United Nations. Human Rights Committee. Communication No. 802/1998, P. *Rogerson v. Australia* (Views adopted on April 3, 2002), in U.N. doc. CCPR/C/74/D/802/1998.

¹¹³ United Nations. Human Rights Committee. Communication No. 1100/2002, P. *Bandajevsky v. Belarus* (Views adopted on March 28, 2006), in U.N. doc. CCPR/C/86/D/1100/2002.

¹¹⁴ United Nations. Human Rights Committee. Communication No. 964/2001, P. *Saidova v. Tajikistan* (Views adopted on July 8, 2004), in U.N. doc. CCPR/C/81/D/964/2001.

¹¹⁵ United Nations. Human Rights Committee. Communications Nos. 623, 624, 626, 627/1995, V. P. *Domukovsky et al. v. Georgia* (Views adopted on 6 April 1998), in U.N. doc. GAOR, A/53/40 (vol. II). § 18.11.

¹¹⁶ United Nations. Human Rights Committee. General Comment 32, Article 14: Right to Equality before Courts and Tribunals and to a Fair Trial, in U.N. doc. CCPR/C/GC/32, August 23, 2007.

¹¹⁷ United Nations. Human Rights Committee. Communication No. 1095/2002, P. *Gomariz Valera v. Spain* (Views adopted on July 22, 2005), in U.N. doc. CCPR/C/84/D/1095/2002. § 7.1.

¹¹⁸ United Nations. Human Rights Committee. General Comment 32, Article 14: Right to Equality before Courts and Tribunals and to a Fair Trial, in U.N. doc. CCPR/C/GC/32, August 23, 2007. § 47.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ See also: United Nations. Human Rights Committee. Communication No. 1073/2002, P. *Jesús Terrón v. Spain* (Views adopted on November 5, 2004), in U.N. doc. CCPR/C/82/D/1073/2002.

¹²² United Nations. Human Rights Committee. General Comment 32, Article 14: Right to Equality before Courts and Tribunals and to a Fair Trial, in U.N. doc. CCPR/C/GC/32, August 23, 2007. § 47.

Regarding a person's category and position in a given trial, the committee highlighted, in *Oliveró Capellades v. Spain*,¹²³ a significant aspect of legal proceedings in the highest ordinary criminal courts. While these courts typically handle cases involving high-ranking public officials with privileged forum status, the Committee noted that individuals without such status may also be affected. This situation arises when these individuals are associated with cases involving public officials who possess jurisdictional privilege due to their positions.

Mr. Oliveró Capellades, the complainant in question, was subject to judicial proceedings in the Supreme Court of Spain, the nation's highest judicial authority.¹²⁴ This exceptional circumstance was precipitated by the involvement of multiple defendants in the case, among whom were a member of the Senate and a representative from the Congress of Deputies.¹²⁵ Spanish legislation stipulates that in instances where two Members of Parliament are implicated in legal proceedings, the Supreme Court must assume jurisdiction. Consequently, this procedural mandate resulted in Mr. Capellades being tried directly by the country's court of last resort, constituting the *crux* of the grievance pertaining to Article 14, paragraph 5.

The UN Human Rights Committee found that Spain violated Article 14.5 of the ICCPR by not providing Oliveró Capellades the right to have his conviction reviewed by a higher tribunal.¹²⁶ The committee considered that in cases like this, review refers to the judicial examination of a lower court's judgment by a higher tribunal to determine if legal errors occurred. *Oliveró Capellades v. Spain* underscored that individuals who would not typically fall under the jurisdiction of the highest criminal court as primary subjects also enjoy the protection of Article 14.5 in regard to the appellate review process.

The United Nations Human Rights Committee considered that Spain violated Article 14.5 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) by failing to afford Oliveró Capellades the right to comprehensively review his conviction by a higher judicial body. In its deliberation, the committee elucidated that in such instances, the term *review* pertains to the judicial examination of a lower court's judgment by a superior tribunal to ascertain the presence of legal errors. The case of *Oliveró Capellades v. Spain* emphasized that individuals who would not ordinarily fall within the jurisdiction of the highest criminal court as primary subjects are nonetheless entitled to the protections afforded by Article 14.5 with respect to the appellate review process.

In sum, the United Nations Human Rights Committee considers it a violation of human rights under the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) when a nation's supreme judicial body serves as both the initial and final arbiter in legal proceedings. This principle applies regardless of the privileged status of the individual being judged. The sole exception to this rule occurs when a country has made a specific reservation to Article 14.5 of the ICCPR, which pertains to the right of appeal in criminal cases.

5.1.5 Privileged jurisdiction in the Interamerican system of human rights

¹²³ United Nations. Human Rights Committee. Communication No. 1211/2003, P. *Oliveró Capellades v. Spain* (Views adopted on July 11 2006), in U.N. doc. CCPR/C/87/D/1211/2003.

¹²⁴ Views, *Oliveró Capellades v. Spain*, Communication No. 1211/2003, HRC, July 11, 2006. §§ 2.1-2.4.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ *Idem*. §§ 7-9.

The American Convention on Human Rights enshrines the right to appeal criminal convictions as a fundamental guarantee within the Inter-American human rights system. This right is safeguarded by several rulings of the Inter-American Court of Human Rights (IACHR), which interprets it as an essential component of due process that must be assured to defendants before trial to exhaust all available remedies.

A crucial concern in the Court's jurisprudence revolves around the interpretation of Article 8.2.h of the Convention, which stipulates the right to appeal the judgment to a *higher* court – "every person accused of a criminal offense has the right to appeal the judgment to a higher court."¹²⁷ The most significant issue in this context pertains to interpreting the term *higher*, including questions about what it entails, whether it implies multiple instances of appeal, and if privileged immunities constitute exceptions to this rule.

In interpreting these guarantees, the IACHR also considered whether the right to appeal is fulfilled in case a person has been tried and convicted by the highest domestic court sitting in the first instance. In other words, in its jurisprudential analysis of these legal safeguards, the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) deliberated on the question of whether the right to appeal is adequately satisfied in circumstances where an individual has been subject to trial and subsequent conviction by the supreme judicial authority of a nation, acting in its capacity as a court of first instance.

In *Herrera-Ulloa v. Costa Rica*,¹²⁸ the IACHR stated that a *higher* court – the appealing court – must be *superior* to that of the defendant and must have the characteristics and competences of a broad review of the law and the evidence of the case.¹²⁹ It has categorically stated that although parties to the American Convention on Human Rights have a certain margin of discretion in regulating the exercise of the right to appeal, they cannot in any way suppress it.¹³⁰ The IACHR considered that a *superior* or *higher* court is one that can effectively address and rectify judicial decisions that violate the law.¹³¹

A critical Inter-American Court case dealing with the right of appeal and the privileged forum is *Oscar Enrique Barreto Leiva v. Venezuela*.¹³² In that case, Mr. Barreto Leiva held a position of trust with the President of the Republic of Venezuela. He was sentenced to one year and two months in prison for crimes against public property [corruption] due to his actions as Director General of the Department of Administration and Services of the Ministry of the General Secretariat of the Presidency of the Republic.¹³³

Because he had a *privileged forum*, Mr. Barreto Leiva was tried directly by the Supreme Court of Venezuela (Supreme Court of Justice), and, therefore, he could not appeal the sentence applied to him since that court was also the only and last resort of his judicial process.¹³⁴ Under these terms, the Inter-American Court of Human Rights acknowledged that Venezuela

¹²⁷ Organization of American States. *Supra* note 55.

¹²⁸ *Herrera-Ulloa v. Costa Rica*. *Supra* note 80.

¹²⁹ *Idem*.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² *Barreto Leiva v. Venezuela*, Judgement: Merits, Reparations and Costs, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 206 (November 17, 2009).

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ *Idem*. § 82.

had violated Mr. Barreto Leiva's right to appeal under the terms of arts. 8.2.h, art. 1.1 and art. 2. of ACHR.¹³⁵

While the Court acknowledged that states "may establish special judicial privileges for high-ranking government officials," it maintained that even in such cases, the accused should have the possibility to appeal a condemnatory judgment.¹³⁶ The Court recognized that vesting a victim with procedural privilege oftentimes results in the absence of a legal avenue to appeal a judgment against them.¹³⁷ Also, the Court here clarified that this right to appeal does not necessarily require multiple hierarchical tiers or instances of judicial bodies.¹³⁸

In countries without such a system, the Court suggested alternative approaches to safeguard the accused's rights, such as having the initial proceedings "conducted by the president or of a courtroom of a superior tribunal and the appeal would be heard by the full tribunal, to the exclusion of those who already issued an opinion on the case."¹³⁹ In virtue of this interpretation, "the right to review by a higher court" means the possibility of "complete review of the conviction" rather than appealing to a superior hierarchical instance.¹⁴⁰

Also, within the framework of the inter-American system, the Inter-American Commission on Human Rights has expressed its views on the human right to appeal in Report 50/00 of the petition *Reinaldo Figueredo Planchart v. Venezuela*.¹⁴¹ In that case, Mr. Planchart, who had served as Minister of the General Secretariat of the Presidency and Minister of Foreign Affairs of Venezuela, was accused of crimes of misappropriation and peculate.

In *Planchart*, the criminal charge fell on two other defendants: the former president of the country, Carlos Andres Perez, and Senator Alejandro Izaguirre. These two last defendants enjoyed the right to the privileged forum and, therefore, would be denounced/indicted directly in the Supreme Court of Justice of Venezuela, the highest court in the country. The Venezuelan Supreme Court ultimately decided not to sever the case of Mr. Planchart (non-severance of the criminal case), who did not have the privilege of a forum at the time of trial.

Sentenced by the Venezuelan Supreme Court, Mr. Planchart could not appeal the conviction.¹⁴² Planchart then petitioned the Inter-American Commission on Human Rights, alleging violation of the right to due process of law. In its recommendations regarding this claim, the Commission emphasized that the right to appeal is a fundamental and non-derogable aspect of due process. This right provides an essential guarantee that must be upheld without exception, ensuring a fair and just legal proceeding for all parties involved.¹⁴³

The Commission considered that the Venezuelan Supreme Court violated Mr. Planchart's rights, not because it automatically adjudicated his case at the highest court level, but because it "denied him the opportunity to learn about the evidence against him," "present

¹³⁵ *Idem*. § 91.

¹³⁶ *Idem*. § 90.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ *Reinaldo Figueredo Planchart v. República Bolivariana de Venezuela*: Informe nº. 50/00. Case 11.298. Inter-Am. Cmm. H.R. (April 13, 2000).

¹⁴² *Idem*. § 13.

¹⁴³ *Idem*. § 129.

his own evidence and arguments," or "take any action in his defense."¹⁴⁴ Instead of having a panel in the Supreme Court review his case, the summary stage "concluded with a detention order against him without the possibility of bail, effectively depriving him of due process and the right to a fair trial."¹⁴⁵

Mr. Planchart's situation highlights significant concerns regarding due process within judicial systems, particularly when defendants are stripped of their rights to contest evidence and defend themselves. Similarly, the case of *Alibux v. Suriname*¹⁴⁶ reveals how a lack of appeal mechanisms can further undermine justice for individuals facing serious legal consequences.

In *Alibux*, the IACHR addressed the complex interplay between hierarchical judicial structures and the fundamental right to appellate review, particularly in cases where the initial trial occurs at the apex of the domestic legal system. Mr. Liakat Alibux, who served as Minister of Finance and Minister of Natural Resources in Suriname from September 1996 to August 2000, faced legal proceedings for criminal offenses committed during his tenure.¹⁴⁷

Mr. Alibux was tried by the High Court of Justice judges, Suriname's highest judicial authority. The court convicted him, imposing a one-year prison sentence and a three-year ban from holding ministerial office.¹⁴⁸ Notably, at the time of his conviction, Suriname's legal system did not provide any mechanism for appealing the judgment, leaving Alibux without recourse to challenge the decision.¹⁴⁹

The *crux* of this matter is that Mr. Liakat Alibux underwent trial proceedings in Suriname's highest judicial forum.¹⁵⁰ Consequently, no superior court or judge existed to conduct a comprehensive review of the conviction rendered. This circumstance presented a significant challenge to the principle of appellate rights within the judicial process.¹⁵¹ In *Alibux*'s case, the IACHR's interpretation held that when a superior tribunal is absent, the requirement for a higher court to review the conviction is deemed satisfied "when the plenary or a chamber within the same superior body, but of a different composition than the one that originally heard the cause, decides the appeal filed with powers to revoke or amend the judgment of conviction if it so deems it appropriate."¹⁵²

The Inter-American Court of Human Rights ruling in the *Alibux* case further developed the precedent established in *Barreto Leiva v. Venezuela*.¹⁵³ In the latter case, the Court had previously determined that in instances where an individual is tried by a nation's supreme judicial authority as a court of first instance, the right to appeal can be preserved.¹⁵⁴ The Court suggested that this could be achieved, for instance, by having the initial proceedings conducted by either the presiding judge or a specific chamber of the superior tribunal. At the

¹⁴⁴ *Idem*. § 13.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ *Alibux v. Suriname*, Judgement: Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 276 (January 30, 2014).

¹⁴⁷ *Idem*. § 100.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ *Idem*. § 105.

¹⁵¹ *Idem*. § 100.

¹⁵² *Idem*. § 105.

¹⁵³ *Barreto Leiva v. Venezuela*. *Supra* note 132.

¹⁵⁴ *Idem*. § 115.

same time, the full court would hear the subsequent appeal, excluding those members who had previously rendered a judgment on the matter.¹⁵⁵

In summary, the Inter-American Court of Human Rights finds that criminal trials commencing in a country's highest judicial authority do not, at least theoretically and *prima facie*, violate the right to appeal. This understanding holds true provided that the judicial body implements safeguards ensuring that when a defendant files an appeal, their case will be heard by *different* judges of the country's supreme court. Alternatively, if the initial sentence was delivered by a *partial court* seating or through a single-judge procedure, the appeal should be heard by the *full seating* of the court (*en banc*).

This approach resembles the International Criminal Court (ICC) framework. In the ICC, the right to appeal affords a comprehensive safeguard to the defendant. Upon lodging an appeal, the defendant is entitled to adjudication by a panel of judges distinct from those who presided over the initial proceedings. Article 39.4 of the ICC Statute explicitly stipulates: "Under no circumstances shall a judge who has participated in the pre-trial phase of a case be eligible to sit on the Trial Chamber hearing that case."¹⁵⁶

The appellate process, by mandating the involvement of judges distinct from those who adjudicated the initial proceedings, upholds the principle of "virginity," as exactly put by Salvatore Zappalá, "in the sense that [the appellate judges] should not know the facts, other than those put before him in open court"^{157, p. 100}. This principle stipulates that appellate judges should approach the case with an unbiased perspective, devoid of any preconceived notions or prior knowledge of the facts, save for that which is formally submitted and examined in open court.¹⁵⁸

The analysis of *Herrera-Ulloa*, *Enrique Barreto Leiva*, *Planchart*, and *Alibux's* cases underscores a critical examination of due process within judicial systems, particularly regarding the right to appeal. These cases illustrate how systemic deficiencies, such as the absence of effective appellate mechanisms, can severely compromise justice for defendants. The Inter-American Court of Human Rights' findings highlight the necessity for judicial structures that allow for meaningful review of convictions, especially when the initial trial occurs at the highest level of a nation's legal hierarchy.

■ FINAL CONSIDERATIONS

The *Inquérito do Fim do Mundo*, officially known as Inquiry 4781 or the Fake News Inquiry, has become a focal point of legal and constitutional debate in Brazil since its inception in March 2019. Initiated *ex officio* by then-Supreme Federal Court President Justice Dias Toffoli, this investigation has raised significant concerns among legal scholars due to its unconventional origin and subsequent expansion.

Initially focused on antidemocratic activities and disinformation campaigns, the inquiry's scope broadened considerably following the January 8, 2023, attacks on government buildings

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ United Nations. Rome Statute (July 17, 1998) 2187 UNTS 38544.

¹⁵⁷ Zappalá, Salvatore. *Human rights in international criminal proceedings*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

in Brasília. This expansion led to the inclusion of ordinary citizens without procedural privilege status (*foro privilegiado*) alongside those with such status, creating a complex legal scenario where the Supreme Federal Court (STF) acted as both the first and final instance for all defendants.

The inquiry has ignited an intense debate about the balance between protecting democracy and preserving individual rights, particularly during political turmoil and juridical tension. Justice Alexandre de Moraes, who currently presides over the inquiry, has been praised and criticized. Supporters argue that his oversight has safeguarded Brazilian democracy by countering threats to democratic institutions, while critics contend that his approach potentially violates legal principles and constitutional rights.

At the core of this debate lies the right to appeal, a fundamental principle of fair trial and defense rights, and a cornerstone of the rule of law. Legal representatives of ordinary citizens involved in the inquiry have raised significant procedural concerns, particularly regarding the absence of a double-degree appellate process. This issue stems from the STF's position as the highest court in Brazil, leaving defendants without recourse to a higher judicial body for review.

This paper addressed the following research question: To what extent might the Brazilian Supreme Federal Court's adjudication of individuals devoid of procedural privileges in Inquiry 4781 potentially contravene the established right to appeal as enshrined in International Human Rights Law?

To comprehensively analyze this question, this paper examined the international legal framework surrounding fair trials and the right to appeal. Two key international treaties were assessed: The International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) of 1966 and the American Convention on Human Rights (ACHR) of 1969. The procedures of the Human Rights Committee, the ICCPR's treaty body, and the Inter-American Court of Human Rights cases were examined. Although Brazil is not part of the European human rights system, this system was assessed as a point of comparison with the Inter-American system. The United States Supreme Court system was also studied in terms of comparative law.

The author of this paper outlined several potential answers to the questions above. These proposals covered various scenarios. Some considered real-world situations and their possible consequences. Specifically, they examined what might happen if the rulings in Inquiry 4781 face scrutiny from international bodies. These included the Inter-American Human Rights System and the United Nations Committee System. Brazil is bound to comply with these organizations due to its treaty obligations.

Furthermore, the author posited hypothetical scenarios drawing upon comparative legal frameworks. One such scenario explores the potential outcomes if an analogous case were to arise within the jurisdiction of the United States of America. A final hypothetical was presented, considering the implications of Brazil being subject to the European System of Human Rights.

The Interamerican system of human rights

The American Convention on Human Rights enshrines the right to appeal criminal convictions as a fundamental guarantee within the Inter-American human rights system. This right

is safeguarded by several rulings of the Inter-American Court of Human Rights (IACHR), which interprets it as an essential component of due process that must be assured to defendants before trial to exhaust all available remedies. A crucial concern in the Court's jurisprudence revolves around the interpretation of Article 8.2.h of the Convention, which stipulates the right to appeal the judgment to a higher court.

The most significant issue in this context pertains to interpreting the term "higher," including questions about what it entails, whether it implies multiple instances of appeal, and whether privileged immunities constitute exceptions to this rule. The IACHR considered that a superior or higher court is one that can effectively address and rectify judicial decisions that violate the law. Therefore, the issue is: To what extent would a petition submitted to the Inter-American Court of Human Rights,¹⁵⁹ challenging the Brazilian Supreme Federal Court's adjudication of individuals deprived of procedural safeguards in Inquiry 4781, potentially contravene the established right to appeal as enshrined in the American Convention on Human Rights?

Following the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, the commencement of criminal proceedings within a nation's supreme judicial authority does not, *prima facie*, violate the right to appeal. This principle applies, at least theoretically, to the case at hand. Consequently, the mere admission of Inquiry 4781 within the Supreme Federal Court, being the highest judicial instance in the country, does not *per se* contravene the Inter-American human rights system.

However, this interpretation must be predicated upon the domestic judicial body's implementation of robust safeguards. These safeguards must ensure that, if a defendant files an appeal, their case shall be adjudicated by a panel of judges distinct from those who rendered the initial judgment. Alternatively, in instances where the original sentence was pronounced by a partial court seating or through a single-judge procedure, the appeal ought to be heard by the full court sitting *en banc*.

A noticeable legal question that arises pertains to the fate of the judicial processes concerning the accused parties, who have now been convicted, particularly with regard to their right of appeal. The mechanisms that the court will employ or innovate to guarantee the convicted individuals a fair trial and an effective right to appeal remain contingent upon the trajectory of subsequent legal actions.

The United Nations Human Rights Committee

The United Nations Human Rights Committee has consistently affirmed the fundamental right of defendants to appeal decisions in criminal proceedings, particularly when such cases are initiated in a country's highest and sole instance. The committee's interpretation of this right emphasizes the necessity for a comprehensive review of the case's legal and factual aspects. According to Article 14, paragraph 5 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), state parties are not required to establish multiple tiers of appeal, provided that a thorough secondary examination of the prior judicial decision is ensured at the appellate level.

¹⁵⁹ In the Inter-American System for the protection of human rights, petitions alleging violations are submitted by the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) to the Inter-American Court.

The committee considers it a violation of human rights under the ICCPR when a nation's supreme judicial body serves as both the initial and final arbiter in legal proceedings, regardless of the defendant's status. The only exception to this principle occurs when a country has entered a specific reservation to Article 14.5 of the ICCPR, which pertains to the right of appeal in criminal cases. Therefore, the issue here is to what extent could a case be brought before the United Nations Human Rights Committee regarding the Brazilian Supreme Federal Court's adjudication of individuals deprived of procedural safeguards in Inquiry 4781, alleging a potential violation of the right to appeal as enshrined in the International Covenant on Civil and Political Rights?

The United Nations Human Rights Committee interprets the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) strictly, considering it a violation of human rights when a nation's supreme judicial body serves as both the initial and final arbiter in legal proceedings. This interpretation allows for only one exception: when a country has made a specific reservation to Article 14.5 of the ICCPR, which pertains to the right of appeal in criminal cases. However, Brazil's accession to the ICCPR was without reservations or declarations.

In the context of Inquiry 4781, if the individuals involved petition the Human Rights Committee's system, alleging that the Federative Republic of Brazil disregarded their right of appeal due to their criminal judicial proceedings having commenced in the highest court of the state, the petition would likely be accepted. This is because a criminal proceeding commencing in the Federal Supreme Court as the court of first instance violates the ICCPR if the domestic court does not offer a right to a broad review of law and facts to all defendants.

The Human Rights Committee's stance on this matter is clear: the ICCPR does not allow for extensive interpretations that might compromise the right to appeal. Therefore, the Federative Republic of Brazil could violate its international obligations under the ICCPR if it fails to provide a mechanism for appeal that grants Inquiry's defendants a comprehensive review of their sentences.

Comparative Law: The United States Legal System

The American legal system fundamentally differs from Brazil's in treating criminal jurisdiction and parliamentary immunity for federal politicians. In the United States, the principle of legal equality ensures that federal officials, including the President, Vice President, senators, and representatives, are subject to the same criminal laws as ordinary citizens. While the President enjoys limited immunities for official duties, no absolute criminal procedural privilege exists. Serious charges such as criminal association, akin to conspiracy in U.S. law, are typically adjudicated in a federal district court of first instance. Defendants can appeal to higher courts and may petition the United States Supreme Court, which operates under discretionary review.

Therefore, regarding the United States legal system, the issue is to what extent could the United States Supreme Court's ruling on individuals lacking due process rights in Inquiry 4781 potentially violate the constitutional right to appeal? The facts of the scenario described in Inquiry 4781 would not be lodged in the USA Supreme Court due to fundamental differences in judicial procedure. In the American constitutional framework, the individuals involved in

this case would not be granted privilege regardless of their current or former status. This includes those who previously held positions with privileged jurisdiction, those who currently maintain such status, and ordinary citizens who have never been afforded special legal considerations.¹⁶⁰

Under the U.S. judicial system, the Supreme Court would not try these individuals as a court of first instance. Instead, their case would likely originate in a lower court, such as a district court. Should the litigants receive an unfavorable ruling at this level, they would have the option to appeal to the Court of Appeals. However, the likelihood of the case reaching the U.S. Supreme Court is minimal, as it would require the Court to grant certiorari—a discretionary process by which the Supreme Court agrees to review a case.

The European Human Rights System

The European human rights framework does not consider the right to appeal an absolute principle within the context of a double degree of jurisdiction. Instead, it recognizes certain exceptions and implicit restrictions. One such exception pertains to the privileged forum, a procedural mechanism often criticized as undemocratic. According to the European Court of Human Rights (ECHR), when their nation's supreme judicial body grants defendants the privilege of trial due to their position, the lack of further appeal options does not inherently violate due process principles. This interpretation posits that the highest court's adjudication, functioning as both initial and final arbiter, can fulfill legal due process requirements despite the absence of traditional appeal mechanisms. Furthermore, the European Commission on Human Rights has determined that trying ordinary citizens alongside high-ranking officials before a country's highest domestic court does not infringe upon human rights. This stance by the ECHR seeks to balance the need for special procedures for certain officials while upholding the fundamental right to a fair trial for all individuals, as enshrined in Article 6 of the ECHR.

Therefore, regarding the European human rights system, the issue is to what extent may the Brazilian Supreme Federal Court's exercise of original jurisdiction over individuals lacking procedural privileges in Inquiry 4781 potentially infringe upon the fundamental right to appeal as codified and protected under European human rights jurisprudence in Brazil was part of the European System of Human Rights? In the hypothetical scenario where Brazil was to be integrated into the European System of Human Rights, four potential circumstances could arise:

1) A federal deputy or other high-ranking official possessing procedural privilege becomes a defendant in Inquiry 4781. Within the European human rights framework, initiating criminal proceedings against an individual with procedural privilege in the nation's highest court, serving as both the initial and sole instance, does not constitute a violation of human rights as defined by the European Convention on Human Rights (ECHR).

2) An individual lacking a privileged forum but associated with a privileged party: The European Court has an established jurisprudence indicating that the adjudication of an individual without procedural privilege in the highest court, functioning as both the first and final

¹⁶⁰ The president of the United States is not considered here due to some procedural criminal exceptions.

instance, solely due to their association with a privileged party, does not inherently contravene human rights as delineated in the European Convention on Human Rights (ECHR). This is contingent upon the domestic court in question ensuring a comprehensive review process for the unprivileged individual.

The January 8 riots in Brasília presented a significant challenge to Brazil's democratic framework, exposing vulnerabilities in the country's law and order system. This turmoil, which erupted following a contentious presidential election, prompted crucial discussions about the strength of the rule of law and the judiciary's ability to maintain stability amid such unrest. The events in Brazil serve as a stark reminder that constitutional democracies often face periods of political turmoil and juridical tension, posing severe threats to fundamental freedoms and civil liberties.

During times of crisis, there is a tendency to disregard constitutional freedoms in direct proportion to perceived attacks on democracy. This inclination often results in personal freedoms and civil liberties paying the price. The delicate balance between upholding constitutional principles and addressing national emergencies has long been a subject of intense debate in both political and legal spheres. In such turbulent periods, defining the public interest becomes increasingly challenging, and judicial authority typically expands.

The importance of human rights in this balancing act cannot be overstated. Contrary to some beliefs, human rights are not less important during times of crisis; rather, they become even more crucial. Human rights serve as an antidote, not a poison, in defending democracy. It is equally important to consider how democracy is defended, as the methods employed by governmental institutions in protecting themselves can be key in preventing them from becoming authoritarian regimes.

In this context, the concept of the Hercules judge, conceived by Ronald Dworkin, provides a compelling framework for examining the role of judges in contemporary legal systems, particularly during times of crisis. Justice Alexandre de Moraes, appointed to the Brazilian Supreme Court in 2017, has emerged as a contemporary representation of Dworkin's Herculean figure, wielding significant power in navigating Brazil's turbulent political landscape.

Justice Moraes, who currently presides over Brazil's *Inquérito do Fim do Mundo* case, has faced criticism for actions potentially violating legal principles and constitutional rights. Some individuals have accused him of preventing lower-tier judicial bodies from initiating legal proceedings against ordinary civilians without procedural privilege status, which they argue undermines due process rights. Conversely, others praise Justice Moraes for safeguarding Brazilian democracy through his oversight of investigations into disinformation campaigns and threats to democratic institutions. These advocates maintain that he has effectively countered attempts to compromise the integrity of Brazil's electoral system, thereby fortifying the nation's democratic foundations.

Justice Moraes' actions in response to the January 8 riots exemplify the challenges faced by real-world *Herculean* judges when tasked with balancing the protection of democracy with the preservation of individual rights. The unprecedented nature of these riots has led to situations that many say cannot be resolved interpreting the existing constitutional rules. As a result, Justice Moraes and the Supreme Federal Court's decisions walk an extremely fine line between upholding democratic values and potentially violating people's rights to a fair trial

and appeal, as considered within the Inter-American system and the United Nations committee system.

Alexandre de Moraes' position as both a guardian of democracy and a figure accused of authoritarianism invokes Friedrich Nietzsche's caution that "whoever fights with monsters should see to it that he does not become one himself." Whether Moraes has indeed become that which he opposes in his efforts to uphold democratic values during Brazil's tumultuous period, when fundamental freedoms were at stake, remains a matter for historical assessment.

In times of crisis, the judicial decision-making process is crucial. International human rights standards can serve as a guiding light during turmoil and crisis, offering a framework for maintaining the delicate balance between defending democracy and preserving individual rights. As Brazil navigates this complex landscape, it is essential to remember that defending democracy is as important as the outcome itself, ensuring that the institutions tasked with protecting democratic values do not inadvertently become the very thing they seek to prevent.

BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES

BARAK, Aharon. *On society, law and judging*. Tulsa Law Review, v. 47, p. 297, 2011-2012.

BARAK, Aharon. *Proportionality: constitutional rights and their limitations*. Tradução de Doron Kalir. New York: Cambridge University Press, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 4.781*. Relator: Ministro Alexandre de Moraes.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 466.343*, São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 18 dez. 2008.

CLOONEY, Amal; WEBB, Philippa. *The right to a fair trial in international law*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

COUNCIL OF EUROPE. *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, as amended by Protocols Nos. 11, 14, and 15. ETS No. 005, 4 nov. 1950. Entry into force: 3 set. 1953.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 1997.

EDLIN, Douglas E. *Common law constitutionalism and the foundations of judicial review*. Michigan: The University of Michigan Press, 2013.

EUROPEAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS. *Crociani et al. v. Italy*, Application No. 8603/79, Judgment, 18 dez. 1980.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Cordova v. Italy*, Apps. Nos. 45666/99 and 45668/99, Judgment, 30 jan. 2003.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Demicoli v. Malta*, App. No. 13057/87, Judgment, 27 ago. 1991.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Kart v. Turkey [GC]*, App. No. 8917/05, Judgment, 3 dez. 2009.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Ninn-Hansen v. Denmark*, App. No. 28972/95, Decision on Admissibility, 18 maio 1999.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Tsalkitzis v. Greece (No. 2)*, App. No. 72624/10, Judgment, 19 out. 2017.

GROSS, Oren. Chaos and rules: should responses to violent crises always be constitutional? *Yale Law Journal*, v. 112, p. 1011, 2002-2003.

INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Reinaldo Figueredo Planchart v. República Bolivariana de Venezuela*. Informe n. 50/00, Caso 11.298, 13 abr. 2000.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Alibux v. Suriname*. Judgment: Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, ser. C, n. 276, 30 jan. 2014.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Barreto Leiva v. Venezuela*. Judgment: Amicus Curiae, ser. C, n. 206, 17 nov. 2009.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Barreto Leiva v. Venezuela*. Judgment: Merits, Reparations and Costs, ser. C, n. 206, 17 nov. 2009.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of the "Juvenile Reeducation Institute" v. Paraguay*. Judgment: Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, 2 set. 2004. Opinião concorrente do Juiz A. A. Cançado Trindade.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Castillo Petruzzi y otros v. Perú*. Sentencia: Fondo, Reparaciones y Costas, ser. C, n. 52, 30 maio 1999.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Catrimán et al. v. Chile*. Sentencia, Judgment, ser. C, n. 279, 29 maio 2014.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Herrera Ulloa v. Costa Rica*. Sentencia: Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, ser. C, n. 107, 2 jul. 2004.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Lori Berenson Mejía v. Perú*. Sentencia: Fondo, Reparaciones y Costas, ser. C, n. 119, 25 nov. 2004.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Suárez-Rosero v. Ecuador*. Judgment, ser. C, n. 35, 25 nov. 2010.

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS. *International principles on the independence and accountability of judges, lawyers and prosecutors: practitioners guide no. 1*. Geneva, 2007.

KEATING, Gregory C. Justifying Hercules: Ronald Dworkin and the rule of law. *American Bar Foundation Research Journal*, v. 1987, p. 525, 1987.

NIETZSCHE, Friedrich. *Beyond good and evil: prelude to a philosophy of the future*. New York: Cambridge University Press, 2002.

NOWAK, Manfred. *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR commentary*. Kehl: N. P. Engel Verlag, 2005.

OLDFATHER, Chad M. Judges as humans: interdisciplinary research and the problems of institutional design. *Hofstra Law Review*, v. 36, p. 125, 2007-2008.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *American Convention on Human Rights*, 22 nov. 1969. O.A.S.T.S. No. 36, 1144 U.N.T.S. 123.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *Report on the situation of human rights in Bolivia*. OEA/Ser.L/V/II.53, doc. rev.2, 1 jul. 1981, p. 41-42.

RACKLEY, Erika. When Hercules met the Happy Prince: re-imaging the judge. *Texas Wesleyan Law Review*, v. 12, p. 213, 2005-2006.

SHIH, Wesley. Reconstruction blues: a critique of Habermasian adjudicatory theory. *Suffolk University Law Review*, v. 36, p. 331, 2002-2003.

SMILOV, Daniel. The judiciary: the least dangerous branch? In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (ed.). *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2021. p. 859-871.

TRECHSEL, Stefan. *Human rights in criminal proceedings*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

UNITED NATIONS. *Basic principles on the independence of the judiciary*. Aprovado no 7º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, Milão, 26 ago. – 6 set. 1985. Endossado pelas Resoluções 40/32 e 40/146 da Assembleia Geral, 29 nov. e 13 dez. 1985.

UNITED NATIONS. Commission on Human Rights. *Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*. UN Doc. E/CN.4/RES/1999/32, 26 abr. 1999.

UNITED NATIONS. General Assembly. *International Covenant on Civil and Political Rights*. Res. 2200A (XXI), 16 dez. 1966.

UNITED NATIONS. Human Rights Committee. *Communication No. 1073/2002, P. Jesús Terrón v. Spain*. Views adopted on 5 nov. 2004. In: U.N. doc. CCPR/C/82/D/1073/2002.

UNITED NATIONS. Human Rights Committee. *Communication No. 1095/2002, P. Gomaríz Valera v. Spain*. Views adopted on 22 jul. 2005. In: U.N. doc. CCPR/C/84/D/1095/2002.

UNITED NATIONS. Human Rights Committee. *Communication No. 1100/2002, P. Bandajevsky v. Belarus*. Views adopted on 28 Mar. 2006. In: U.N. doc. CCPR/C/86/D/1100/2002.

UNITED NATIONS. Human Rights Committee. *Communication No. 1211/2003, P. Oliveró Capellades v. Spain*. Views adopted on 11 jul. 2006. In: U.N. doc. CCPR/C/87/D/1211/2003.

UNITED NATIONS. Human Rights Committee. *Communication No. 662/1995, P. Peter Lumley v. Jamaica*. Views adopted on 31 Mar. 1999. In: U.N. doc. GAOR, A/54/40 (vol. II).

UNITED NATIONS. Human Rights Committee. *Communication No. 802/1998, P. Rogerson v. Australia*. Views adopted on 3 Apr. 2002. In: U.N. doc. CCPR/C/74/D/802/1998.

UNITED NATIONS. Human Rights Committee. *Communication No. 964/2001, P. Saidova v. Tajikistan*. Views adopted on 8 Jul. 2004. In: U.N. doc. CCPR/C/81/D/964/2001.

UNITED NATIONS. Human Rights Committee. *Communications Nos. 623, 624, 626, 627/1995, V. P. Domukovsky et al. v. Georgia*. Views adopted on 6 Apr. 1998. In: U.N. doc. GAOR, A/53/40 (vol. II).

UNITED NATIONS. Human Rights Committee. *General Comment 13: Article 14 (Twenty-first session, 1984)*. In: *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.6, 12 maio 2003.

UNITED NATIONS. Human Rights Committee. *General Comment 32: Article 14: Right to Equality before Courts and Tribunals and to a Fair Trial*. In: U.N. doc. CCPR/C/GC/32, 23 ago. 2007.

UNITED NATIONS. Human Rights Committee. *Georgia*, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.75, 1 abr. 1997.

UNITED NATIONS. Judicial Group on Strengthening Judicial Integrity. *Bangalore Draft Code on Judicial Conduct*. The Hague, Netherlands, 25-26 nov. 2002.

UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner for Human Rights. *Human rights in the administration of justice: a manual on human rights for judges, prosecutors and lawyers*. Cap. 7. The right to a fair trial: Part II – From trial to final judgment.

UNITED NATIONS. *Report of the Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers regarding the Mission of the Special Rapporteur to the United Kingdom*. U.N. Doc. E/CN.4/1998/39/Add.4, 5 mar. 1998.

UNITED NATIONS. *Rome Statute of the International Criminal Court*. 17 jul. 1998. 2187 U.N.T.S. 38544.

UNITED NATIONS. *Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*. Milão, 26 ago. – 6 set. 1985. Endossado pelas Resoluções 40/32 e 40/146 da Assembleia Geral, 29 nov. e 13 dez. 1985.

UNITED STATES. Court of Appeals (4th Cir.). *United States v. Mandel*, 591 F.2d 1347, 1979.

ZAPPALÁ, Salvatore. *Human rights in international criminal proceedings*. Oxford: Oxford University Press, 2003.



ACESSO À INFORMAÇÃO E BULAS DE AGROTÓXICOS: UM ESTUDO SOBRE A FALTA DE IMPACTO DA TRANSPARÊNCIA (2012-2020)

ACCESS TO INFORMATION AND PESTICIDES'LABELS: A STUDY OF THE LACK OF IMPACT OF PUBLIC TRANSPARENCY (2012-2020)

MARIANA BARBOSA CIRNE* | MARCIO CAMARGO CUNHA FILHO**

RESUMO

A Lei n. 12.527/2011 inaugurou um novo regime jurídico de transparência ao permitir ao cidadão o acesso à informação pública. Contudo, mais de dez anos de sua aprovação, ainda são escassos os estudos empíricos sobre seus impactos em políticas públicas. O objetivo desse artigo é responder parcialmente a seguinte pergunta: a transparência pública pode efetivamente impactar a elaboração de políticas públicas? Buscaremos responder essa pergunta analisando se, e como, a transparência passiva influenciou, no período proposto, políticas sobre agrotóxicos. A partir do estudo dos precedentes da Controladoria-geral da União, analisamos inicialmente as 203 decisões da CGU que envolviam o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), com o intuito de compreender a relação entre transparência e modificação de políticas públicas entre 2012 e 2020; posteriormente, passou-se ao estudo aprofundado de 20 dessas decisões que diziam respeito especificamente a agrotóxicos. Após a análise dos dados e da revisão bibliográfica, a pesquisa concluiu que as dificuldades de delimitação entre os conceitos de “informação pública” e “informação privada” têm como consequência a falta de atuação mais efetiva na disponibilização de informações que se encontram nas fronteiras entre esses dois conceitos. A consequência disso é uma limitação do potencial transformador da transparência, e até mesmo uma regressão em termos da política pública de controle de agrotóxicos. Com a edição da IN nº 16/2017, o MAPA repassou às empresas o dever de disponibilizar os rótulos e bulas no sistema AGROFIT em até vinte dias após a concessão do registro, controlando as obrigações de transparência. O artigo pretende, com pesquisa empírica sobre bulas de agrotóxicos, chamar atenção para uma ilustração dos impactos decorrentes da redução da transparência.

Palavras-chave: Transparência Pública; Bula de agrotóxico; Controladoria-Geral da União.

ABSTRACT

Brazil's Freedom of Information Act (Law n. 12.527/11) introduced a new legal framework for transparency in the federal government. However, more than ten years after its approval, empirical studies on the impacts of transparency on public policies are still scarce. Does transparency effectively impact public policy? This article seeks to partially answer this question by analyzing transparency of pesticide information. We focused on decisions enacted by the Office of the Comptroller General (CGU, in its Portuguese acronym) from 2012 to 2020. Initially, our data encompassed 203 decisions issued by the CGU agency against the Ministry of Agriculture (MAPA); subsequently, it moved to an in-depth study of 20 of these decisions specifically related to pesticide information. After analyzing the data and reviewing the literature, the research concluded that the difficulties in defining the concepts and boundaries of 'public information' and 'private information' hindered transparency, as well as subsequent change that could come from it. The consequence of this is a limitation of the transformative potential of transparency, and even a regression in terms of public policy for the control of pesticides. The research found out that, after years of Specifically, the enactment of Normative Instruction No. 16/2017 transferred to private companies the duty to make labels and leaflets available in the AGROFIT system. There was, therefore, a privatization of duties to promote transparency regarding public issues. The article aims, with empirical research on pesticide leaflets, to draw attention to an illustration of the impacts resulting from the reduction of transparency.

Keywords: Right to appeal; Fair trial rights; 4781 Inquiry; Brazilian Supreme Court; January 8 riots.

* Doutora e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Professora de Direito Constitucional, Ambiental, de Métodos e de Direitos Difusos e Coletivos do Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Procuradora Federal da Advocacia-Geral da União (AGU) e Procuradora-Chefe da Procuradoria Nacional de Defesa do Clima e do Meio Ambiente.

mariana.cirne@ceub.edu.br

** Doutor em pesquisa Direito, Estado e Constituição (UnB) e Mestre em Ciência Política (UFRGS). Professor permanente do programa de pós-graduação em comunicação digital e professor convidado do programa de pós-graduação em Direito, ambos do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento, Ensino e Pesquisa, IDP. Professor titular do curso de graduação em Direito da mesma Instituição.

marcio.filho@idp.edu.br

Recebido em 24-11-2024 | Aprovado em 9-4-2025



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 A DIVISÃO PÚBLICO/PRIVADO E OS LIMITES DO ACESSO À INFORMAÇÃO; 2 ACESSO À INFORMAÇÃO E AGROTÓXICOS; 2.1 OS AGROTÓXICOS E O ACESSO ÀS INFORMAÇÕES DE SUAS BULAS; 2.2 AS LIMITAÇÕES DO SISTEMA DE TRANSPARÊNCIA PASSIVA NO DESENCADEAMENTO DE MUDANÇAS GENERALIZANTES; CONSIDERAÇÕES FINAIS.

■ INTRODUÇÃO

O direito do acesso à informação produz efeitos positivos sobre políticas públicas estatais? Conectando-se a essa discussão, o presente artigo propõe um estudo de métodos mistos sobre os efeitos da transparência pública sobre controle de agrotóxicos. De forma mais específica, nossa pergunta de pesquisa é: o acesso à informação e a transparência pública são ferramentas institucionais efetivas para provocar mudanças em uma política pública? Essa pergunta dialoga com uma preocupação mais ampla que nos últimos anos tem buscado investigar empiricamente se a transparência pública e o acesso à informação têm concretizado na prática o objetivo normativo ao qual se direcionam: a melhoria da prestação de serviços públicos e o exercício de maior controle da população sobre a gestão de atos públicos. Ainda que nossa pesquisa se debruce sobre a relação entre transparência pública e uma política pública específica (controle de agrotóxicos), não sendo, portanto, generalizável para um grupo mais amplo de políticas públicas, o estudo de caso nesse tema específico permitirá, ao menos, questionar o pressuposto de que a transparência sempre está associada a melhorias em políticas públicas.

Nossa análise recai sobre decisões adotadas pela Controladoria-Geral da União (CGU) durante o período 2012-2020. A CGU é o órgão que, na estrutura do Executivo, tem a palavra final sobre que documentos são públicos e que documentos são de acesso restrito, o que justifica a análise das decisões desse órgão. Metodologicamente, adotaram-se nessa pesquisa métodos mistos: primeiramente, realizamos um levantamento quantitativo para levantar um panorama geral acerca de quantos recursos foram julgados pela CGU no período de análise e quais os temas predominantes desses recursos; após essa análise quantitativa preliminar, passou-se a uma análise qualitativa mais aprofundada de cerca de vinte recursos que abordavam a questão da transparência na bula de agrotóxicos – tema identificado como um dos centrais nas decisões relativas ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA).

A transparência pública e o acesso à informação são instrumentos de governança relativamente novos. Eles têm gerado grandes expectativas sobre o seu potencial de provocar processos de melhorias em outras políticas estatais. Contudo, no Brasil, poucos estudos têm testado empiricamente esse pressuposto¹, p. 53-68. O presente artigo busca suprir parcialmente essa lacuna, analisando se, e como, os processos de promoção da transparência da Lei de

¹ Uma exceção, que estuda compreender empiricamente os impactos da vagueza normativa no que diz respeito à Lei de Acesso à Informação, pode ser visualizada em: CUNHA FILHO, Marcio. Transparência, classificação de informações e descentralização decisória: a normalização do segredo por parte dos entes subnacionais brasileiros. *Ciência da Informação (Online)*, v. 50, p. 53-68, 2021.

Acesso à Informação tiveram algum impacto sobre a política pública de controle de agrotóxicos. Mais especificamente, nosso objetivo principal foi verificar se, após dez anos de vigência da Lei de Acesso à Informação, o sistema criado e desenvolvido a partir da Lei provocou mudanças tangíveis e observáveis em como o governo e a sociedade brasileiros se portam frente à utilização de agrotóxicos. Dito de outra forma, a política de transparência pública impactou a regulação e/ou o uso de agrotóxicos? Esse estudo se insere, assim, em uma corrente que parte de uma concepção instrumentalista do direito de acesso à informação. Nessa corrente, o direito de acesso à informação não é um fim por si só, mas sim um meio para obtenção de outras finalidades².

Este estudo se desenvolveu em três partes. O próximo item traz o marco teórico que enquadra a discussão e mostra sua importância. A seguir, adentramos especificamente na discussão sobre os agrotóxicos e o direito de acesso às suas bulas, que se pauta em revisão bibliográfica e nos marcos normativos. Depois, definiremos e estudaremos a chamada “transparência passiva” e o trâmite dos recursos de informação. Por meio de análise e sistematização de precedentes da Controladoria-geral da União (CGU), analisamos 200 decisões que envolviam o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) e agrotóxicos, para entender se, nessa área, a transparência tem ou não gerado impactos nas políticas públicas. Após o tratamento dos precedentes, nos aprofundamos na análise de 20 decisões. Por meio de revisão bibliográfica e de estudo dos precedentes recursais de acesso à informação, a pesquisa identificou que a falta de atuação mais efetiva na entrega da informação pública ensejou a regressão de proteções aos cidadãos na política dos agrotóxicos. Com a edição da Instrução normativa nº 16, de 18 de maio de 2017, o MAPA repassou às empresas o dever de disponibilizar os rótulos e bulas no sistema AGROFIT em até vinte dias após a concessão do registro. Retirou, do cidadão, o acesso à informação pública, passando-a à esfera privada. A partir do caso das bulas de agrotóxicos, este artigo pretende chamar atenção para essa perda de transparência, com retrocesso na transformação de transparência passiva em ativa, deixando o Estado de cumprir o seu dever constitucional de ser transparente. Explicado o caminho da pesquisa, passa-se ao seu desenvolvimento.

1 A DIVISÃO PÚBLICO/PRIVADO E OS LIMITES DO ACESSO À INFORMAÇÃO

Existe ampla discussão na literatura acerca do papel da transparência no ciclo das políticas públicas³. A transparência e o acesso à informação são considerados formas de controle social, definido como uma nova forma de *accountability* que inclui “monitoramento e supervisão, por parte dos cidadãos, do desempenho do setor público e/ou do setor privado”⁴, p. 356. O acesso à informação é um dos elementos da chamada “democracia aberta”^{5 6}, em que a

² SUNSTEIN, Cass. *Too Much Information: Understanding What We Don't Need to Know*. Cambridge: MIT Press, 2020.

³ CUNHA FILHO, Marcio. O que sabemos sobre transparência pública? Uma revisão bibliográfica das abordagens normativa, conceitualista e empírica. *Revista da CGU*, v. 10, n. 16, p. 878-907, 2018.

⁴ FOX, Jonathan. Social Accountability: What does the Evidence Really Say? *World Development*, v. 72, p. 346-361, 2015.

⁵ LANDEMORE, Hélène. *Open Democracy: Reinventing Popular Rule for the Twenty-First Century*. Princeton: Princeton University Press, 2020.

⁶ LANDEMORE, Hélène; CUNHA FILHO, Marcio Camargo. Open Democracy: a proposal for a radical democratization of our political systems. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 10, n. 2, p. 878-906, 2023.

representação política como forma de exercício do poder é complementada ou fortalecida por formas de participação direta na elaboração ou implementação de políticas públicas. Em um sistema que possui elementos de democracia aberta, multiplicam-se os foros legitimados a delimitar a agenda de debates públicos e também a tomar decisões, ainda que parciais e delimitadas temporal ou tematicamente. Muitos autores têm afirmado que leis de acesso à informação são “um instrumento por excelência do processo de elaboração de políticas públicas”⁷, p. 1344. Não por outro motivo, ao longo da década de 1990 e 2000, houve uma explosão mundial de leis de acesso à informação⁸. Em grande parte, estas leis replicaram o *Freedom of Information Act (FOI Act)* americano, contendo os seguintes dispositivos: ênfase em documentos públicos; permissão de acesso a indivíduos e associações; existência de agências autônomas ou semiautônomas de revisão de decisões de negativa; exceções que protegem a segurança nacional, segredos comerciais, privacidade e deliberações internas⁹.

Contudo, sedimentada essa primeira onda de leis de acesso, já se começam a visualizar alguns hiatos nos regimes jurídicos por elas criadas. Em especial, essas leis possuem um conceito de “informação pública” que talvez não seja suficiente para promover a transparência em um contexto em que o público e o privado interagem intensamente na produção e utilização de informações¹⁰. Esse é o caso, em especial, de informações relativas a pessoas privadas que de alguma forma têm algum tipo de interface com o Poder Público e, por esse motivo, estão registradas em arquivos públicos. Até que ponto essas informações – que possuem natureza privada em sua origem – devem ser consideradas públicas para fins de acesso à informação e promoção da transparência? A transparência de entes privados que de alguma forma interagem com o Poder Público é de fato a principal fronteira à transparência no atual momento. No Brasil, em grande medida essas informações são excluídas do âmbito de incidência da LAI. Contudo, aqui propomos uma outra abordagem, para que seja possível, ao menos, imaginar um regime de acesso à informação que abarque esse tipo de informação.

Para compreender esse tema, é preciso antes de tudo problematizar a tradicional divisão entre público e privado e entre Estado (que desempenharia no modelo ideal apenas atividades de interesse público) e empresas privadas (que desempenhariam no modelo ideal apenas atividades de interesse apenas privado). Essa estrutura conceitual, embora muito enraizada em nossas estruturas de pensamento e em muitas das questões jurídicas que discutimos, já não é uma distinção capaz de explicar a complexidade de alguns problemas contemporâneos¹¹. Isso porque, atualmente, o Estado nacional é apenas uma parte ou a ponta do iceberg da nossa organização nacional. Empresas privadas exercem cada vez mais influência no próprio Estado e nas nossas vidas e relações privada¹². Se empresas privadas também influenciam diretamente as nossas vidas, exercendo atividades que podem ser consideradas de interesse

⁷ SCHILLER, Reuel. Enlarging the Administrative Polity: Administrative Law and the Changing Definition of Pluralism, 1945-1970. *Vanderbilt Law Review*, v. 53, n. 5, p. 1389-1450, 2000.

⁸ ACKERMAN, John M.; SANDOVAL-BALLESTROS, Irma E. The Global Explosion of Freedom of Information Laws. *Administrative Law Review*, v. 58, n. 1, p. 85-130, 2006.

⁹ BANISAR, David. Freedom of information around the world 2006: A global survey of access to government information laws. *Privacy International*, p. 1-168, 2006.

¹⁰ CUNHA FILHO, Marcio. Por que a carteira de vacinação do Ex-Presidente da República é um documento público? *Revista Direito e Práxis*, v. 15, n. 2, p. 1-26, jun. 2024.

¹¹ PASQUALE, Frank. *The Black Box Society: The Secret Algorithms that Control Money and Information*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

¹² *Ibid.*

público, é legítimo argumentar que elas se submetam a regras de transparência e *accountability*.

Pasquale, na obra já referenciada, oferece exemplos concretos para refletir sobre o assunto. Por exemplo: podem empresas do ramo farmacêutico esconder, sob alegação de “segredo comercial”, os perigos de novas drogas que estejam pesquisando ou produzindo? A afirmação, frequente em bancos públicos, de que o recebimento de recursos públicos por parte de pessoas privadas está acobertado por sigilo bancário não pode ser questionada? Podem mídias sociais esconder as fórmulas (algoritmos) a partir dos quais coíbem alguns tipos de discurso e promovem outros? Nesse mesmo sentido, empresas do ramo de alimentos podem esconder informações a respeito dos agrotóxicos que utilizam e dos perigos disso para nossa saúde?

A resposta usual a todas essas perguntas é que empresas privadas não estão submetidas às mesmas regras que entes públicos. Assim, as empresas hipotéticas do parágrafo anterior estariam protegidas por sigilo industrial ou por alguma outra forma de sigilo privado, mesmo que suas informações estejam eventualmente arquivadas ou registradas em arquivos públicos. Esses são argumentos tão fortes que sequer imaginamos contestá-los. Contudo – repetimos aqui nosso argumento central até aqui – existe uma urgência em repensar esses pressupostos. É preciso *disputar* as narrativas sobre sigilos privados que usualmente nos são apresentados, como por exemplo já é feito nos Estados Unidos – por exemplo, neste país, a Agência de Proteção Ambiental (*Environmental Protection Agency – EPA*) tentou publicizar documentos sobre composição de pesticidas; contudo a empresa Monsanto lutou e conseguiu obter na Suprema Corte decisão favorável sob o argumento de “segredo comercial.”¹³ Essa foi uma derrota à transparência, mas, ao menos, houve uma disputa, um questionamento, uma tentativa de mudar as regras do jogo.

Apesar da importância do tema, a perspectiva de futuro para essa discussão não é otimista para a transparência, em grande parte em decorrência de privatizações. Esse é o argumento de Roberts¹⁴, que afirma que as privatizações são uma grande forma de contornar disposições de transparência pública, porque elas tiram essas atividades da esfera da aplicação de leis de acesso à informação. Mudando o meio de prestação de serviços públicos, o Estado contorna as regras de transparência. Roberts fornece alguns exemplos: no Reino Unido, a privatização de alguns serviços (eletricidade, água, trem, comunicações) contribuiu para que o governo Tony Blair abandonasse uma proposta inicial de incluir empresas públicas que prestavam esses serviços na LAI, ao argumento de que isso acarretaria uma desvantagem competitiva frente às demais empresas do setor¹⁵. Outros tipos de serviço público privatizados passaram, em outros países, pelos mesmos problemas relacionados à privatização e à falta de transparência relacionada a esses processos: em Ontario (província canadense), o governo já se recusou a conceder acesso a um contrato de concessão de exploração de rodovias¹⁶; nos Estados Unidos, as estratégias do governo de privatizar atividades tipicamente públicas per-

¹³ Ver decisão emitida em: *Ruckelshaus v. Monsanto Co.*, 467 U.S. 1986 (1984).

¹⁴ ROBERTS, Alaisdar. *Blacked Out: Government Secrecy in the Information Age*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

¹⁵ PARKER, Andrew; PARKER, George. *Utilities win fight to curb Freedom Act Impact*. London: Financial Times of London, 1998.

¹⁶ POSCHMANN, Finn, *Private Means to public ends: the future of public-private partnerships*. Toronto: Howe Institute, 2003.

mitiu até mesmo que o governo escondesse fatos relacionados ao abuso de prisioneiros iraquianos por parte de soldados americanos: o argumento do governo foi que as pessoas envolvidas no famoso escândalo de *Abu Graib* eram contratantes privados, e que por isso suas atividades não estavam submetidas às usuais regras de transparência pública.

O diagnóstico de Roberts sobre a questão é cirúrgico: “à medida em que o antigo setor público desmorona, os elaboradores de políticas públicas ao redor do mundo se mostram incapazes de articular uma clara explicação dos parâmetros que deveriam ser usados para determinar quando uma organização precisa se submeter às regras da transparência”¹⁷, p. 162.

No entanto, ainda segundo Roberts¹⁸, existe ao menos um modelo jurídico paradigmático que pode servir de inspiração para que reformemos os fundamentos do nosso sistema de restrição de acesso com fundamento nos chamados “sigilos privados”. Esse é o modelo do sistema de acesso à informação sul-africano. No contexto pós-apartheid, a África do Sul reconheceu o direito constitucional ao acesso a informações governamentais; mas logo após expandiu esse direito também a organizações não governamentais. O argumento era que atividades privadas exercidas durante o apartheid haviam acarretado graves violações a trabalhadores e consumidores. Assim, a lei desse país estabeleceu procedimentos parecidos para obtenção de informações a entidades privadas e públicas. Estas disposições, e a ameaça de processos judiciais, fizeram com que grandes companhias disponibilizassem informações como por exemplo suas contribuições a grupos políticos; outro exemplo foi a concessão de informações sobre motivos pela não concessão de financiamento imobiliário por parte de um banco privado¹⁹. Outros países têm leis que impõem transparência a uma ou outra atividade do setor privado, mas nenhuma é tão ambiciosa quanto a lei sul-africana, que impõe o dever geral de transparência a entidades privadas, criando a possibilidade de um direito expansivo ao acesso à informação²⁰. O sistema sul-africano de acesso à informação parte de um pressuposto diferente do nosso. Para ele, o direito de sigilo comercial ou industrial cede frente ao direito pessoal e fundamental à segurança privada e ao acesso a informações. O direito de sigilo comercial ou industrial cede frente ao direito pessoal e fundamental à segurança privada e ao acesso a informações.

2 ACESSO À INFORMAÇÃO E AGROTÓXICOS

Feito o enquadramento teórico que norteia o presente trabalho, passamos ao estudo de caso sobre agrotóxicos. O Brasil é o país que mais consome e utiliza agrotóxico no mundo²¹.

¹⁷ ROBERTS, Alaisdar. *Blacked Out: Government Secrecy in the Information Age*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ NEUMAN, Laura; CALLAND, Richard; FLORINI, Ann. *The Right to Know: Transparency for an Open World*. 2007. New York: Columbia University Press, 2007.

²⁰ KLAAREN, Jonathan; CURRIE, Ian. *The Promotion of Access to Information Act Commentary*. Cape Town: SiberInk, 2002.

²¹ MATTOS NETO, Antonio José de; COSTA, Elida de Cássia Mamede da. Agrotóxicos e Projeto de Lei n. 6.299/2002: retrocesso agroambiental. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 17, n. 38, p. 189-217, 16 set. 2020. Desde 2008, o Brasil é o líder internacional no consumo de agrotóxicos. Enquanto o mercado mundial de agrotóxicos cresceu 93%, nos mesmos 10 anos, o mercado brasileiro cresceu 190%. Ver: RIBEIRO, Camila Santiago; ROCHA, Eduardo Gonçalves. Externalidades negativas decorrentes do uso de agrotóxicos e a insegurança alimentar: uma análise da

Parte desse problema decorre de políticas estatais permissivas que, em prol de interesses comerciais, continuam a permitir o uso de substâncias com potencial nocivo à saúde humana e ao meio ambiente. Frente a esse contexto, nos perguntamos se a transparência pública e o direito de acesso à informação provocaram mudanças nesse cenário.

A decisão sobre os agrotóxicos passa, conforme art. 3º da Lei nº 7.802, pelo crivo “dos órgãos federais responsáveis pelos setores da saúde, do meio ambiente e da agricultura”²². Isso significa a avaliação conjunta do MAPA, do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Apesar da decisão complexa, quem centraliza as informações finais sobre o registro dos agrotóxicos é o primeiro órgão, o MAPA, por meio do Sistema de Agrotóxicos Fitossanitários – AGROFIT. O acesso a tais informações, que são públicas^{23, p. 33}, é tão relevante que o Dossiê Abrasco reivindicou a criação de um sistema de informação nacional sobre uso de agrotóxicos, com o intuito de garantir o acesso público às suas informações, incluídas aqui as bulas²⁴. Diante desse contexto, a pergunta que desafia essa pesquisa é a seguinte: a partir do estudo dos precedentes da Controladoria da União, de 2012 a 2020, como tem sido garantido o direito de acesso à informação passiva das bulas de agrotóxico pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento?

2.1 OS AGROTÓXICOS E O ACESSO ÀS INFORMAÇÕES DE SUAS BULAS

A Constituição de 1988 reconheceu o direito fundamental de acesso às informações públicas, conforme inciso XXXIII do art. 5º, inciso II do § 3º do art. 37; e § 2º do art. 216. A Lei n. 12.527, de 2011, dispôs sobre o direito fundamental de acesso à informação, estabeleceu procedimentos objetivos e ágeis com a finalidade de garantir a transparência da Administração Pública. A avaliação de 5 anos de sua implementação mostrou ganhos do novo normativo para a democracia brasileira²⁵. Contudo, é importante também notar os retrocessos ocorridos nessa área. Exatamente por isso, a avaliação sobre as decisões de LAI precisa ser continuamente feita, especialmente quanto a temas específicos como as bulas de agrotóxicos.

A publicidade de informações relacionadas a agrotóxicos é tema tão relevante que consta expressa no art. 220, § 4º, da Constituição de 1988²⁶. Na parte sobre comunicação

atuação do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Agrário e Agroambiental*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 23–41, 2017.

²² CF, 1988: “Art. 3º Os agrotóxicos, seus componentes e afins, de acordo com definição do art. 2º desta Lei, só poderão ser produzidos, exportados, importados, comercializados e utilizados, se previamente registrados em órgão federal, de acordo com as diretrizes e exigências”.

²³ FERRO, Alan Alves. *Análise do conflito entre o direito de acesso à informação e o segredo de negócio no registro brasileiro de agrotóxicos*. 2020. 68 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

²⁴ CARNEIRO, Fernando Ferreira *et al.* (orgs.). *Dossiê Abrasco: um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde*. Rio de Janeiro/São Paulo: EPSJV/Expressão Popular, 2015. Disponível em: <https://abrasco.org.br/download/dossie-abrasco-um-alerta-sobre-os-impactos-dos-agrotoxicos-na-saude/>. Acesso em: 15 mar. 2021.

²⁵ MICHENER, Gregory; CONTRERAS, Evelyn; NISKIER, Irene. Da opacidade à transparência? Avaliando a Lei de Acesso à Informação no Brasil cinco anos depois. *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 52, n. 4, p. 610-629, ago. 2018.

²⁶ MATTOS NETO, Antonio José de; COSTA, Elida de Cássia Mamede da. Agrotóxicos e Projeto de Lei n. 6.299/2002: retrocesso agroambiental. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 17, n. 38, p. 189-217, 16 set. 2020

social, a Constituição de 1988 deixou expresso que a propaganda comercial de agrotóxicos “estará sujeita a restrições legais” e “conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso”. Ora, para saber se tais malefícios existem, o papel da publicidade das bulas é incontroverso. Conclui-se, com isso, que a publicidade sobre os agrotóxicos encontra respaldo constitucional. Tal dispositivo foi regulamentado pelo art. 8º da Lei n. 9.294, que apesar de não usar o termo “agrotóxico” (substituindo-o por “defensivos agrícolas”), estabeleceu que as propagandas sobre o tema deverão conter “completa explicação sobre a sua aplicação, precauções no emprego, consumo ou utilização, segundo o que dispuser o órgão competente do MAPA, sem prejuízo das normas estabelecidas pelo Ministério da Saúde ou outro órgão do Sistema Único de Saúde.” Apesar disso, percebe-se uma pretensão de encobrir o seu efeito nocivo, decorrente do termo “defensivo agrícola” utilizado nesta lei. O mesmo fenômeno parece ocorrer no PL nº 6.299/2002, conhecido como PL do veneno, ao usar o termo “pesticidas”²⁷.

Além da regulamentação específica sobre a propaganda, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) também definiu como direito do consumidor o acesso a informações claras sobre eventuais riscos de tais produtos^{28 29 30}. Especificamente sobre meio ambiente, há ainda a Lei nº 10.650, de 16 de abril de 2003, que dispôs “sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sisnama”. Entre estes órgãos está o Ibama. Nos arts. 2º, § 1º, desta lei, consta que o acesso à informação deve ser concedido, pelos entes do Sisnama, independentemente da comprovação de interesse específico³¹. Há, portanto, um conjunto de normas (Lei de propaganda, CDC e Lei de Informações ambientais) que concede resguardo à publicidade dessas informações, o que se aplica aos agrotóxicos.

As bulas dos agrotóxicos estão especialmente previstas na Lei nº 7.802, regulamentada pelo Decreto n. 4.074. Aqui, o artigo 3º exige para o registro de agrotóxico uma autorização tríplice, levando-se em conta os riscos para saúde, para o abastecimento e para o meio ambiente. Por isso, tal processo envolve o MAPA; o Ministério da Saúde (por meio da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); e o Ministério do Meio Ambiente (MMA), por meio do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama). Tais ór-

²⁷ Para se aprofundar neste debate terminológico sobre agrotóxicos, ver: BARONAS, Roberto Leiser. Agrotóxico versus pesticida: notas de leitura sobre polêmica e a memória discursiva. *Bakhtiniana: Revista de Estudos do Discurso*, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 62-87, 2019 e PEREIRA, Camilla de Freitas; BORGES, Theanna de Alencar. A segurança alimentar no uso de agrotóxicos e o direito de escolha do consumidor. *Dom Helder - Revista de Direito*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 181-205, 2020.

²⁸ CARNEIRO, Fernando Ferreira *et al.* (orgs.). *Dossiê Abrasco: um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde*. Rio de Janeiro/São Paulo: EPSJV/Expressão Popular, 2015. Disponível em: <https://abrasco.org.br/download/dossie-abrasco-um-alerta-sobre-os-impactos-dos-agrotoxicos-na-saude/>. Acesso em: 15 mar. 2021.

²⁹ HUPFFER, Haide Maria; POL, Jeferson Jeldoci. O direito de escolha do consumidor e a necessária informação sobre alimentos com agrotóxicos. *NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 37, n. 2, p. 41-67, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/ri/handle/riufc/30501>. Acesso em: 6 mar. 2021.

³⁰ Cf. Art. 6º do CDC “São direitos básicos do consumidor: (...)III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

³¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito à informação e meio ambiente*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

gãos compõem o Comitê Técnico de Assessoramento para Agrotóxicos (CTA). Os 3 órgãos participam da decisão, mas quem centraliza a base de informações é o MAPA, no Sistemas de Agrotóxicos Fitossanitários – AGROFIT³².

O art. 7º da Lei nº 7.802/89, quando versa sobre a rotulagem dos agrotóxicos, apresenta modelos de rótulo e bula que determinam certas exigências e padrões que devem ser cumpridos³³. Complementando-o, o art. 2º, IV, do Decreto nº 4.074 estabelece que “cabe aos Ministérios da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, Saúde e do Meio Ambiente “estabelecer os parâmetros para rótulos e bulas de agrotóxicos e afins”. No art. 49 do mesmo Decreto consta uma série de exigências aplicáveis à bula de agrotóxicos e afins, além de todos os dados exigidos no rótulo, previstos no Anexo IX. Há, portanto, uma série de informações públicas que devem estar disponíveis ao acesso público, o que reforça a necessidade de a LAI contribuir com o acesso a tais informações.

Há de se fazer, ainda, um último recorte. Não se pretende, neste trabalho, adentrar no debate sobre segredo de negócio, tutelado pela Lei nº 10.603/2002, que protege o dossiê regulatório dos agrotóxicos por 10 anos³⁴. Exatamente para evitar essa questão, essa pesquisa centra-se nas informações das bulas de agrotóxicos, que são inegavelmente públicas.

Para reforçar esse caráter público, e o dever de disponibilização pelos órgãos públicos das bulas, deve-se recordar da dificuldade identificada sobre a compreensão dos riscos dos agrotóxicos. A população rural tem dificuldade de entender as bulas dos agrotóxicos³⁵. Não bastasse isso, os sistemas atuais não permitem identificar o número real de casos de intoxicação por agrotóxicos³⁶. Há, por fim, uma deficiência no fornecimento dessas informações³⁷. Por

³² Seria possível, portanto, desenvolver uma pesquisa sobre os 3 órgãos (MAPA, Ibama e Anvisa), mas este trabalho escolheu centrar-se no MAPA, ante a sua gestão do sistema AGROFIT. Para ver estudos à luz da atuação da ANVISA sobre agrotóxicos, recomenda-se: SILVA, Letícia Rodrigues da; LEUZINGER, Márcia Dieguez; SANTANA, Paulo Campanha. O direito de acesso a informações: o caso de informações relativas a produtos agrotóxicos. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, v. 7, n. 2, p. 200-229, 2019. Disponível em: <https://portal.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/583>. Acesso em: 20 mar. 2021. Para uma análise sobre os três órgãos, pautando-se desta vez na multiplicidade de respostas sobre um único agrotóxico, ver: FERRO, Alan Alves. *Análise do conflito entre o direito de acesso à informação e o segredo de negócio no registro brasileiro de agrotóxicos*. 2020. 68 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

³³ YAMASHITA, Maria Gabriela Nunes. *Análise de rótulos e bulas de agrotóxicos segundo dados exigidos pela legislação federal de agrotóxicos e afins e de acordo com parâmetros de legibilidade tipográfica*. 2008. 187 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Desenho Industrial, Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação, Universidade Estadual Paulista, Bauru, 2008. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/89745>. Acesso em: 15 mar. 2021.

³⁴ FERRO, Alan Alves. *Análise do conflito entre o direito de acesso à informação e o segredo de negócio no registro brasileiro de agrotóxicos*. 2020. 68 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

³⁵ ROZEMBERG, Brani; PERES, Frederico. Reflexões sobre a educação relacionada aos agrotóxicos em comunidades rurais. In: PERES, Frederico; MOREIRA, Josino Costa (orgs.). *É veneno ou é remédio?: agrotóxicos, saúde e ambiente*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2003. p. 367-384. Disponível em: <https://static.scielo.org/scielobooks/sg3mt/pdf/peres-9788575413173.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2021.

³⁶ BENATTO, Alfredo. *Sistemas de informação em saúde nas intoxicações por agrotóxicos e afins no Brasil: situação atual e perspectivas*. 2002. 118 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Saúde Coletiva, Faculdade de Ciências Médicas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2002.

³⁷ YAMASHITA, Maria Gabriela Nunes. *Análise de rótulos e bulas de agrotóxicos segundo dados exigidos pela legislação federal de agrotóxicos e afins e de acordo com parâmetros de legibilidade tipográfica*. 2008. 187 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Desenho Industrial, Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação, Universidade Estadual Paulista, Bauru, 2008. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/89745>. Acesso em: 15 mar. 2021.

tais razões, somente a democratização das informações sobre os agrotóxicos garantirá o empoderamento dos sujeitos, para que possam vir a ser parte ativa no processo de avaliação³⁸, p. 396. Esse processo complexo pode – e deve – iniciar-se pelas bulas.

Demarcada a publicidade das bulas de agrotóxicos e o dever de publicidade estatal de tais informações, exigido não só pela Constituição (art. 220, § 4º), como por mais normas legais (Lei n. 9.294, de 1996 (Propaganda de Agrotóxicos), Lei nº 8.078, de 1990 (Dever de informação do CDC), Lei nº 10.650, de 2003 (Acesso à informação Ambiental), Lei nº 7.802, de 1989 (Agrotóxicos), Decreto n. 4.074, de 2002 (Regulamentação dos Agrotóxicos), em seguida este artigo unirá ao debate o papel da LAI – Lei de Acesso à informação, neste processo de democratização da informação.

3.2 AS LIMITAÇÕES DO SISTEMA DE TRANSPARÊNCIA PASSIVA NO DESENCADEAMENTO DE MUDANÇAS GENERALIZANTES

Antes da publicação da Lei de Acesso à Informação, diversas outras leis e atos normativos impunham obrigações de transparência para os órgãos públicos. Mas a LAI foi além para criar de um procedimento que permite ao cidadão (ou à pessoa jurídica interessada) formular e obter respostas a pedidos de informação³⁹. A instituição dos pedidos de informação acarreta uma mudança significativa na ordem de relações entre Estado e cidadão, pois permite que os cidadãos adquiram maior protagonismo no processo de disponibilização de informações públicas, podendo solicitar e demandar informações que possam lhes ser útil do seu ponto de vista próprio, e não do ponto de vista estatal. Daí a importância, já amplamente estudada, da chamada “transparência passiva”, que significa o poder dos cidadãos em solicitar informações ao Estado na forma e com os recortes que desejar; esse é um poder significativo de participação popular na Administração Pública, pois empodera os cidadãos a demandarem o Estado na forma e com as características mais convenientes a eles, os cidadãos^{40 41}.

Apesar dessas aparentes vantagens do sistema de transparência passiva, ele também possui limitações importantes e que talvez impeçam a sua utilização como instrumento de promoção de mudanças. Pozen⁴² aponta algumas das principais desvantagens de um sistema focado na transparência passiva: (i) há uma individualização excessiva da política de transparência, que é direcionada a resolver problemas pontuais e específicos, deixando de alcançar soluções mais gerais e abrangentes; (ii) essa individualização tende a favorecer alguns atores específicos, em especial aqueles que têm recursos e condições para solicitar informações e

³⁸ CARNEIRO, Fernando Ferreira *et al.* (orgs.). *Dossiê Abrasco: um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde*. Rio de Janeiro/São Paulo: EPSJV/Expressão Popular, 2015. Disponível em: <https://abrasco.org.br/download/dossie-abrasco-um-alerta-sobre-os-impactos-dos-agrotoxicos-na-saude/>. Acesso em: 15 mar. 2021.

³⁹ CUNHA FILHO, Márcio; XAVIER, Vitor César Silva. *Lei de acesso à informação: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

⁴⁰ CUNHA FILHO, Marcio. *A construção da transparência pública no Brasil: análise da elaboração e implementação da Lei de Acesso à Informação no Executivo Federal (2003-2019)*. 2019. 239 f. Tese (Doutorado) Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

⁴¹ CUNHA FILHO, Marcio Camargo; ANTUNES, Luiz Fernando Toledo. Regime legal de classificação de informações no Brasil: problemas teóricos, empíricos e (in)compatibilidade com a ordem jurídica democrática. *Cadernos EBAPE.BR*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 138-151, mar. 2021.

⁴² POZEN, David. Freedom of Information beyond the Freedom of Information Act. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 165, p. 1097-1158, 2017.

formular recursos em caso de não atendimento; (iii) o foco da transparência em mecanismos passivos tende a provocar uma descentralização na sua aplicação, o que dificulta a padronização de respostas e a aplicação de sanções em caso de descumprimento, diminuindo a capacidade de *enforcement* de instituições-garante. Em suma, o sistema de transparência baseado em pedidos e recursos de acesso à informação pode mostrar-se incapaz de transformar transparência passiva em transparência ativa⁴³.

Os pedidos de acesso à informação servem para ativar órgãos estatais e mostrar-lhes que existe um interesse público em um determinado tipo de informação. Quando realizados reiteradas vezes e por partes distintas, há uma confirmação deste interesse público. Idealmente, o Estado deveria se valer destes pedidos de informação para rever sua política de dados abertos e eventualmente inserir e modificar informações disponíveis em seus sites eletrônicos. Contudo, ao menos no caso dos agrotóxicos, esse “círculo virtuoso” não tem se efetivado na prática, em decorrência, ao menos em parte, das limitações estruturais de sistemas de transparência passiva, como passamos a mostrar.

Analizamos nessa pesquisa 203 recursos de acesso à informação julgados pela CGU contra o MAPA entre 2012 (entrada em vigor da LAI) e 2020 (período final da coleta de dados)⁴⁴. De todos os recursos julgados contra o MAPA, aproximadamente 20 diziam respeito diretamente a informações sobre agrotóxicos. Os pedidos aqui analisados estão disponíveis no site⁴⁵ e possuíam teor muito semelhante se comparados uns com os outros: pediam no geral informações sobre a bula dos agrotóxicos. Que postura adotaram os órgãos competentes para transformar demandas individuais e específicas em uma política de transparência ativa mais generalizada? Ou seja, a CGU e/ou o MAPA adotaram caminhos para transformar o atendimento de uma demanda particular em uma política pública de conteúdo mais abrangente? Essa pergunta é relevante na medida em que uma parte significativa dos recursos diz respeito a objeto semelhante, qual seja, a bula de produtos agrotóxicos. Embora diga respeito a produtos diferentes ou solicitações diferentes, a questão de fundo destes recursos é a mesma: a composição química de produtos agrotóxicos é informação pública ou incide sobre ela alguma hipótese de sigilo? Se adotar postura em prol da transparência em um determinado caso, em tese não haveria justificativa para o sigilo em outros casos.

Nas duas primeiras vezes em que se deparou com recursos que pediam acesso a bulas de agrotóxicos, a CGU apenas ordenou que o MAPA respondesse à solicitação do cidadão⁴⁶. Ou seja, foram casos não propriamente de recursos contra decisões denegatórias de informação, mas sim contra ausência de respostas por parte do órgão. Este tipo de situação se repetiu

⁴³ GRIMMELIKHUIJSEN, Stephan *et al.* Do freedom of information laws increase transparency of government? A replication of a field experiment. *Journal of Behavioral Public Administration*, v. 2, n. 1, p. 1-10, 1 jan. 2019.

⁴⁴ Em outro estudo, Ferro analisou a decisão dos três órgãos (ANVISA, MAPA e IBAMA) para identificar divergência quanto ao acesso da bula de agrotóxicos: “Apesar do exposto, no mundo empírico, apurou-se que a Anvisa negou o fornecimento de cópias de bula aprovada, SIC no 9, e do resultado da avaliação toxicológica, SIC no 17. Em descompasso de entendimento com a agência de saúde, o Ibama forneceu as cópias de bulas requeridas mediante SICs nos 22 e 23, sem quaisquer restrições, como também deu provimento aos pedidos de cópias dos resultados das classificações ambientais, constante nos SICs nos 30 e 35. Novamente, evidencia-se uma assimetria no entendimento expresso pelas duas autoridades quanto ao alcance da incumbência de sigilo e a garantia de publicidade”. Ver em: FERRO, Alan Alves. *Análise do conflito entre o direito de acesso à informação e o segredo de negócio no registro brasileiro de agrotóxicos*. 2020. 68 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

⁴⁵ Ver em: www.acessoainformacao.gov.br.

⁴⁶ Recursos nº 21900.000941/2014-83 e nº 21900.000966/2014-87.

em algumas ocasiões: a CGU *acolhe* o recurso, ordenando que o MAPA responda, sem entrar no mérito⁴⁷. Pode-se dizer que aqui há uma primeira oportunidade desperdiçada por parte da CGU. Se o MAPA se absteve de responder aos recursos internos, ocasionando o recurso à CGU, esta poderia apreciar o mérito do recurso de imediato. Mas, em vez disso, devolve o recurso ao órgão de origem, cujo prazo para resposta é reaberto. Assim, ao apenas *ordenar que o órgão inerte responda*, a CGU parece premiar a inércia do órgão, que passa a ter prazo consideravelmente maior quando se abstém de responder.

Em 2015, pela primeira vez a CGU se depara com um recurso contra uma decisão denegatória de acesso a bula de medicamentos⁴⁸. Tratava-se na ocasião de pedido de acesso à bula do agrotóxico Granutox, aprovado em 25 de fevereiro de 2008. O MAPA negou acesso ao pedido não com base em argumentos de fundo, mas apenas dizendo que não possuía as informações requeridas, que seriam de competência de outros órgãos, em especial Anvisa e Ibama. Apesar de afirmar não ter produzido as informações, a CGU afirma que o MAPA, “após as interlocuções que se seguiram”, “empreendeu esforços na verificação do processo de registro correspondente e providenciou resposta complementar no dia 1º de abril de 2015”. Ou seja, do relatório da CGU depreende-se que houve a entrega da informação no decorrer do processo de julgamento do recurso, fazendo com que este perdesse o objeto.

Ainda em 2015, a CGU se depara com outro pedido sobre bula de agrotóxico⁴⁹. Neste caso, o pedido inicial se referia à bula do agrotóxico “Nitrosil 600 CE”. Durante a instrução do processo, o MAPA refere que as bulas teriam sido encaminhadas para o cidadão depois do protocolamento do recurso à CGU. Entretanto, o cidadão afirma que a versão que lhe fora encaminhada não correspondente à versão aprovada da bula, correspondendo apenas a uma versão antiga. Frente à insistência do MAPA em afirmar que “a bula enviada foi a última versão aprovada no âmbito desta Coordenação-Geral”, a CGU julga o processo extinto sem julgamento de mérito, por perda de objeto. Ou seja, frente a informações conflitantes sobre qual seria ou não a última versão da bula, a CGU aceita a versão do órgão recorrido.

Na mesma época, a CGU se depara com recurso contra pedido da bula do agrotóxico “Parathion Metílico Cheminova”⁵⁰. Em um primeiro momento, o MAPA afirma não possuir informações sobre a bula do agrotóxico por se tratar de “produto cancelado e arquivado há muito tempo.” O Ministério envia algumas informações para o cidadão, que as reputa incompletas e apela à CGU, afirmando que o que lhe interessa é “a última bula completa, aprovada e publicada pela autoridade de registro”. O procedimento se repete: ao receber o recurso, a CGU realiza interlocução com o MAPA, que afirma tratar-se do único documento que possui. Assim, a CGU novamente extingue o processo por perda de objeto, pois a informação já teria sido entregue ao cidadão.

⁴⁷ Foi o caso dos seguintes recursos: recurso 21900.000673/2015-81, julgado em 20/08/2015 e recurso 21900.000748/2015-23, julgado em 02/09/2015.

⁴⁸ Recurso n. 21900.000076/2015-56, julgado em 13/04/2015.

⁴⁹ Recurso n. 21900.000070/2015-89, julgado em 07/04/2015.

⁵⁰ Recurso n. 21900.000086/2015-91, julgado 10/04/2015.

O mesmo procedimento se repete em outros recursos: pedido de acesso a bulas de agrotóxicos são respondidos com a afirmação de que as informações estão disponíveis online⁵¹, mas o cidadão recorre contestando esta informação, alegando que as informações contidas no sistema de transparência ativa do ministério são apenas parciais ou desatualizadas. Durante a instrução do recurso, o MAPA envia informações sobre as bulas que não constavam no seu sistema de transparência ativa. Novamente o pedido é julgado extinto por perda de objeto. Percurso praticamente idêntico volta a acontecer em outros casos: frente à contraposição entre a alegação do órgão, no sentido de que as bulas se encontram disponíveis online, a alegação do cidadão, que afirma que as informações disponíveis são incompletas ou inexistentes, a CGU julga o pedido extinto sem julgamento de mérito⁵². O mesmo procedimento ocorre novamente até 2017, com uma pequena particularidade: o cidadão solicita bulas atualizadas de diversos produtos agrotóxicos, o MAPA afirma que eles estão disponíveis online, o cidadão recorre à CGU afirmando que as informações disponíveis no site estão incompletas ou desatualizadas, a CGU intervém, o MAPA entrega parte das bulas faltantes e o recurso é julgado com perda de objeto. Nesse caso há uma pequena particularidade: a CGU admite que apenas parte das informações foram fornecidas pelo recorrido, e por isso julga ter havido perda parcial de objeto. No entanto, a CGU permanece silente quanto à parte do pedido não atendida⁵³.

Há uma única ocasião, em 2016, em que a CGU se arrisca a ingressar na questão de fundo, mas mesmo nessa ocasião não se pode afirmar que adota uma postura clara e coerente sobre o assunto⁵⁴. Afirma que “não há dúvidas de que o objeto do pedido – bulas de produtos agrotóxicos – deve ser disponibilizado ao público.” Afirma também que, “por considerar a existência de um sistema eletrônico específico para consulta aberta sobre agrotóxicos, espera-se do Ministério recorrido a manutenção do mesmo atualizado a fim de evitar pedidos de acesso à informação e recursos desnecessários”. Apesar de realizar essa constatação no relatório, a CGU segue o mesmo procedimento: realizar interlocução com o órgão, que envia as bulas para o cidadão, e posteriormente a CGU julga o processo extinto sem julgamento de mérito. Neste caso, a CGU aceitou o envio de 73 das 77 bulas solicitadas, pois “as bulas que não foram enviadas são referentes a produtos agrotóxicos que foram retirados do mercado”. Nota-se assim que os relatórios técnicos da CGU emitem mensagens ambíguas, ora afirmando que não há dúvida se tratar de informações de caráter público, ora afirmando não está abrangidos pela regra da publicidade agrotóxicos que foram retirados do mercado – embora haja um evidente interesse público em obter informações acerca de produtos que, mesmo que retirados do mercado no momento de julgamento do recurso, eles estiveram presentes em algum momento.

A partir de 2017, contudo, passa a haver uma mudança que parece relevante. Em pedido muito semelhante, o solicitante pleiteava acesso a bulas de agrotóxicos que estariam desatualizadas ou que não constavam no sistema de transparência ativa do Ministério. Desta vez,

⁵¹ No recurso n. 21900.000088/2016-61, julgado em 26/04/2016, que pleiteava acesso às bulas Acefato Fersol 750 SP, Actellic 500 EC, Afalon 450 SC, Afalon SC, Affinity 400 EC, Akito, Albatross, Antrimo TM, Avant 750 SP, Metarriz Plus Wp Biocontrol, o MAPA responde que as informações quanto aos fabricantes, formuladores, titular de registro, ingrediente ativo, classificação toxicológica, classificações ambiental, recomendações de uso e culturas indicadas, entre outras, encontram-se disponíveis para consulta no sistema AGROFIT”.

⁵² Recurso n. 21900.000252/2016-31, julgado em 15/04/2016.

⁵³ Recurso n. 21900.000267/2017-80, julgado em 21/06/2017.

⁵⁴ Recurso n. 21900.000247/2016-28, julgado em 15/04/2016.

contudo, o Ministério apresenta resposta distinta. Em vez de providenciar as informações solicitadas ou ao menos parte delas, afirma que “após a publicação da IN nº 16/2017 não há mais aprovação de rótulos e bulas no âmbito do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA, assim compete às empresas disponibilizarem os rótulos e bulas no sistema AGROFIT até vinte dias após a concessão do registro, em caso de descumprimento ficam sujeitas a autuação pela Fiscalização Federal”. Por outros termos, o Ministério passa a entender que a partir de 2017 não mais lhe compete produzir e disponibilizar informações sobre especificações de agrotóxicos.

Da análise do conjunto de recursos que requeriam informações sobre agrotóxicos, percebe-se que a CGU se absteve reiteradamente e ao longo do tempo de julgar o mérito da questão. Com isso, o órgão perdeu oportunidades de firmar precedentes sobre o tema, impor a transparência ativa referente a estas informações e aumentar a eficácia geral da Lei de Acesso à Informação. Nesse contexto de espécie de vazio legal, abriu-se espaço para que o órgão recorrido emitisse regulamentação se abstendo do dever de divulgar informações relevantes sobre bulas de agrotóxicos, que passam a ser de responsabilidade exclusiva das empresas fabricantes. Por outros termos, o vazio normativo sustentado pela ausência reiterada de decisões de mérito vinculantes permite que os órgãos criem, desenvolvam e insistam em estratégias evasivas para evitar dar eficácia geral ao direito de acesso à informação.

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo buscou oferecer, a partir de um estudo de caso acerca do sistema de transparência passiva sobre recursos de acesso à informação sobre transparência de bula de agrotóxicos, uma contribuição empírica que permita questionar o pressuposto de que sistemas de transparência necessariamente produz mudanças nas políticas públicas com as quais guarda relações. Analisando atos normativos, ações burocráticas e recursos de acesso à informação relacionados a agrotóxicos, argumentamos que as ações de transparência adotadas no setor não foram suficientes para provocar mudanças positivas na política pública final. Dito de outra forma, dez anos após a entrada em vigor da Lei de Acesso à Informação, que desencadeou dezenas de pedidos e recursos de acesso à informação relacionados a agrotóxicos, e depois da adoção de diversos atos normativos e ações burocráticas destinadas a aumentar a transparência do setor, verificamos poucas mudanças na política geral de agrotóxicos no Brasil. Ou seja, a adoção de normas voltadas a promover transparência e a existência e insistência de questionamentos não foram suficientes para uma mudança de postura do Estado e das empresas na adoção de soluções que visem aumentar a saúde da população e a proteção ao meio ambiente. O caso do uso dos agrotóxicos evidencia que a diferença entre atividade pública/atividade privada nem sempre é tão dicotômica ou contraposta quanto parece ser a uma primeira vista: um ato sutil como o de delegar a competência para produção de certas informações pode servir para dificultar a eficácia da regra da transparência.

Os resultados da pesquisa apontam, portanto, para uma conclusão contraintuitiva: ainda que o senso comum aponte para a ideia de uma relação direta entre transparência e transformações em políticas públicas, ao menos no caso específico de políticas relacionadas a agrotóxicos verificou-se não haver tal relação: mais transparência não significou melhorias na política pública; pelo contrário, houve retrocessos – dos pontos de vista sanitário e ambiental

– na política de agrotóxicos durante o período estudado. Importante ressaltar, assim, as limitações dos resultados ou das conclusões dessa pesquisa: os dados aqui trabalhados e a metodologia utilizada não permitem sustentar uma conclusão ampla e geral sobre a falta de impacto de leis de acesso à informação em mudanças de políticas públicas; no entanto, a análise casuística e específica de um caso concreto permite questionar e criar uma pequena fissura no argumento, tão amplamente aceito, de que transparência necessariamente gera modificações positivas em políticas públicas. Por outros termos, esse artigo não permite fazer afirmações generalizantes sobre a falta de impacto da transparência, porém dá um primeiro passo em questionar um pressuposto profundamente estabelecido nas ciências sociais, a de que transparência é, por si só, uma característica positiva ou que gera impactos positivos.

Já a contribuição teórica mais geral do artigo é a de apresentar ressalvas a pressupostos largamente utilizados no campo das discussões sobre transparência pública, como os pressupostos de que “quanto mais transparência, melhor” ou o pressuposto de que transparência necessariamente produz efeitos positivos em termos de governança e gestão pública. A teoria segundo a qual transparência gera participação, que por sua vez gera responsividade ou adequação das ações de agentes públicos a interesses políticos precisa ser revisitada: essa relação é, na verdade, muito mais nuançada e dotada de conexões muito mais frágeis do que usualmente se admite. Dito de outra forma, o percurso para que transparência gere mudanças é muito menos linear e muito mais recheado de obstáculos do que inicialmente pressuposto.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, John M.; SANDOVAL-BALLESTROS, Irma E. The Global Explosion of Freedom of Information Laws. *Administrative Law Review*, v. 58, n. 1, p. 85-130, 2006.

BANISAR, David. Freedom of information around the world 2006: A global survey of access to government information laws. *Privacy International*, p. 1-168, 2006.

BARONAS, Roberto Leiser. Agrotóxico versus pesticida: notas de leitura sobre polêmica e a memória discursiva. *Bakhtiniana: Revista de Estudos do Discurso*, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 62-87, 2019.

BENATTO, Alfredo. *Sistemas de informação em saúde nas intoxicações por agrotóxicos e afins no Brasil*: situação atual e perspectivas. 2002. 118 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Saúde Coletiva, Faculdade de Ciências Médicas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2002.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 fev. 2021.

BRASIL. *Decreto n. 4.074 de 4 de janeiro de 2002*. Regulamenta a Lei n. 7.802, de 11 de julho de 1989, que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e

afins, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2002a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4074.htm. Acesso em: 2 mar. 2021.

BRASIL. *Lei n. 10.603 de 17 de dezembro de 2002*. Dispõe sobre a proteção de informação não divulgada submetida para aprovação da comercialização de produtos e dá outras providências. Brasília, DF, 2002b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10603.htm. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. *Lei n. 10.650 de 16 de abril de 2003*. Dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sisnama. Brasília, DF, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.650.htm. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. *Lei n. 7.802 de 11 de julho de 1989*. Dispõe sobre a Pesquisa, a Experimentação, a Produção, a Embalagem e Rotulagem, o Transporte, o Armazenamento, a Comercialização, a Propaganda Comercial, a Utilização, a Importação, a Exportação, o Destino Final dos Resíduos e Embalagens, o Registro, a Classificação, o Controle, a Inspeção e a Fiscalização de Agrotóxicos, seus Componentes e Afins, e dá outras Providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7802.htm. Acesso em: 26 fev. 2021.

BRASIL. *Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 16 mar. 2021.

BRASIL. *Lei n. 9.294 de 15 de julho de 1996*. Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. Brasília, DF, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9294.htm. Acesso em: 6 mar. 2021.

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. *Sistemas de Agrotóxicos Fitossanitários – AGROFIT*. Brasília, 2021b. Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/insumos-agropecuarios/insumos-agricolas/agrotoxicos/AGROFIT>. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. *Projeto de Lei n. 6.299 de 2002*. Altera os arts 3º e 9º da Lei n. 7.802, de 11 de julho de 1989, que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1654426. Acesso em: 2 mar. 2021.

CARNEIRO, Fernando Ferreira *et al.* (orgs.). *Dossiê Abrasco: um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde*. Rio de Janeiro/São Paulo: EPSJV/Expressão Popular, 2015. Disponível em: <https://abrasco.org.br/download/dossie-abrasco-um-alerta-sobre-os-impactos-dos-agrotoxicos-na-saude/>. Acesso em: 15 mar. 2021.

CUNHA FILHO, Marcio Camargo; ANTUNES, Luiz Fernando Toledo. Regime legal de classificação de informações no Brasil: problemas teóricos, empíricos e (in)compatibilidade com a ordem jurídica democrática. *Cadernos EBAPE.BR*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 138-151, mar. 2021.

CUNHA FILHO, Márcio; XAVIER, Vitor César Silva. *Lei de acesso à informação: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CUNHA FILHO, Marcio. *A construção da transparência pública no Brasil: análise da elaboração e implementação da Lei de Acesso à Informação no Executivo Federal (2003-2019)*. 2019. 239 f. Tese (Doutorado) Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

CUNHA FILHO, Marcio. O que sabemos sobre transparência pública? Uma revisão bibliográfica das abordagens normativa, conceitualista e empírica. *Revista da CGU*, v. 10, n. 16, p. 878-907, 2018.

CUNHA FILHO, Marcio. Por que a carteira de vacinação do Ex-Presidente da República é um documento público? *Revista Direito e Práxis*, v. 15, n. 2, p. 1-26, jun. 2024.

CUNHA FILHO, Marcio. Transparência, classificação de informações e descentralização decisória: a normalização do segredo por parte dos entes subnacionais brasileiros. *Ciência da Informação (Online)*, v. 50, p. 53-68, 2021.

FERRO, Alan Alves. *Análise do conflito entre o direito de acesso à informação e o segredo de negócio no registro brasileiro de agrotóxicos*. 2020. 68 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

FOX, Jonathan. Social Accountability: What does the Evidence Really Say? *World Development*, v. 72, p. 346–361, 2015.

GRIMMELIKHUIJSEN, Stephan *et al.* Do freedom of information laws increase transparency of government? A replication of a field experiment. *Journal of Behavioral Public Administration*, v. 2, n. 1, p. 1-10, 1 jan. 2019.

HUPFFER, Haide Maria; POL, Jeferson Jeldoci. O direito de escolha do consumidor e a necessária informação sobre alimentos com agrotóxicos. *NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza*, v. 37, n. 2, p. 41-67, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/ri/handle/riufc/30501>. Acesso em: 6 mar. 2021.

KLAAREN, Jonathan; CURRIE, Ian. *The Promotion of Access to Information Act Commentary*. Cape Town: SiberInk, 2002.

LANDEMORE, Hélène. *Open Democracy: Reinventing Popular Rule for the Twenty-First Century*. Princeton: Princeton University Press, 2020.

LANDEMORE, Hélène; CUNHA FILHO, Marcio Camargo. Open Democracy: a proposal for a radical democratization of our political systems. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 10, n. 2, p. 878-906, 2023.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito à informação e meio ambiente*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

MATTOS NETO, Antonio José de; COSTA, Elida de Cássia Mamede da. Agrotóxicos e Projeto de Lei n. 6.299/2002: retrocesso agroambiental. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 17, n. 38, p. 189-217, 16 set. 2020.

- MICHENER, Gregory; CONTRERAS, Evelyn; NISKIER, Irene. Da opacidade à transparência? Avaliando a Lei de Acesso à Informação no Brasil cinco anos depois. *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 52, n. 4, p. 610-629, ago. 2018.
- NEUMAN, Laura; CALLAND, Richard; FLORINI, Ann. *The Right to Know: Transparency for an Open World*. 2007. New York: Columbia University Press, 2007.
- PARKER, Andrew; PARKER, George. *Utilities win fight to curb Freedom Act Impact*. London: Financial Times of London, 1998.
- PASQUALE, Frank. *The Black Box Society: The Secret Algorithms that Control Money and Information*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.
- PEREIRA, Camilla de Freitas; BORGES, Theanna de Alencar. A segurança alimentar no uso de agrotóxicos e o direito de escolha do consumidor. *Dom Helder - Revista de Direito*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 181-205, 2020.
- POSCHMANN, Finn. *Private Means to public ends: the future of public-private partnerships*. Toronto: Howe Institute, 2003.
- POZEN, David. Freedom of Information beyond the Freedom of Information Act. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 165, p. 1097-1158, 2017.
- RIBEIRO, Camila Santiago; ROCHA, Eduardo Gonçalves. Externalidades negativas decorrentes do uso de agrotóxicos e a insegurança alimentar: uma análise da atuação do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Agrário e Agroambiental*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 23-41, 2017.
- ROBERTS, Alaisdar. *Blacked Out: Government Secrecy in the Information Age*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- ROZEMBERG, Brani; PERES, Frederico. Reflexões sobre a educação relacionada aos agrotóxicos em comunidades rurais. In: PERES, Frederico; MOREIRA, Josino Costa (orgs.). *É veneno ou é remédio?: agrotóxicos, saúde e ambiente*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2003. p. 367-384. Disponível em: <https://static.scielo.org/scielobooks/sg3mt/pdf/peres-9788575413173.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2021.
- SCHILLER, Reuel. Enlarging the Administrative Polity: Administrative Law and the Changing Definition of Pluralism, 1945-1970. *Vanderbilt Law Review*, v. 53, n. 5, p. 1389-1450, 2000.
- SILVA, Letícia Rodrigues da; LEUZINGER, Márcia Dieguez; SANTANA, Paulo Campanha. O direito de acesso a informações: o caso de informações relativas a produtos agrotóxicos. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, v. 7, n. 2, p. 200-229, 2019. Disponível em: <https://portal.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/583>. Acesso em: 20 mar. 2021.
- SUNSTEIN, Cass. *Too Much Information: Understanding What We Don't Need to Know*. Cambridge: MIT Press, 2020.
- YAMASHITA, Maria Gabriela Nunes. *Análise de rótulos e bulas de agrotóxicos segundo dados exigidos pela legislação federal de agrotóxicos e afins e de acordo com parâmetros de legibilidade tipográfica*. 2008. 187 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Desenho Industrial, Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação, Universidade Estadual Paulista, Bauru, 2008. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/89745>. Acesso em: 15 mar. 2021.



IMPACTOS SOCIOAMBIENTAIS DA FINANCEIRIZAÇÃO DOS VENTOS: DESTERRITORIALIZAÇÃO E DESMATA-MENTO NO BRASIL E NO PERU

SOCIOENVIRONMENTAL IMPACTS OF THE FINANCIALIZATION OF WIND: DETERRITORIALIZATION AND DEFORESTATION IN BRAZIL AND PERU

HELOÍSA JOAQUIM MENDES* | FERNANDO JOAQUIM F. MAIA** | HIRDAN KATARINA DE M. COSTA***

RESUMO

O interesse global por soluções energéticas sustentáveis impulsionou investimentos massivos na geração de energia eólica. Países do sul global, como o Brasil e o Peru, emergem como rota de expansão do mercado eólico *onshore* por abrigar as condições necessárias à geração de energia e à extração de matéria-prima para desenvolvimento de tecnologias verdes, estabelecendo um novo ciclo de exploração e controle da terra e dos recursos naturais. A partir da análise teórico-metodológica da financeirização dos bens comuns, o artigo analisa os reflexos da expansão eólica *onshore* nas dinâmicas socioambientais do Brasil e do Peru, que estão em diferentes contextos e níveis de desenvolvimento da transição energética. Os resultados obtidos a partir do levantamento bibliográfico e da análise argumentativa de matérias jornalísticas revelam que mesmo diante desse contraste, os países podem suportar impactos socioambientais semelhantes, pois a lógica predatória da financeirização dos ventos adapta-se às especificidades de cada país, guiando-se pela maximização do lucro em detrimento das agendas ambiental e social. Em sede de conclusão, entende-se que romper com a dinâmica predatória e centralizada da transição energética requer esforços múltiplos dos atores governamentais e empresariais para evitar que novos impactos recaiam sobre outras áreas e populações.

Palavras-chave: Energia eólica; Financeirização; Desterritorialização; Desmatamento; Brasil e Peru.

ABSTRACT

Global interest in sustainable energy solutions has driven massive investment in wind power generation. Countries in the global south, such as Brazil and Peru, are emerging as a route for the expansion of the onshore wind market, as they have the necessary conditions for energy generation and the extraction of raw materials for the development of green technologies, establishing a new cycle of exploration and control of land and natural resources. Based on a theoretical and methodological analysis of the financialization of common goods, this article analyzes the impacts of onshore wind expansion on the socio-environmental dynamics of Brazil and Peru, which are in different contexts and levels of development of the energy transition. The results obtained from the bibliographic survey and the argumentative analysis of journalistic articles reveal that even in the face of this contrast, the countries can withstand similar socio-environmental impacts, since the predatory logic of wind financialization adapts to the specificities of each country, guided by the maximization of profit to the detriment of environmental and social agendas. In conclusion, it is understood that breaking with the predatory and centralized dynamics of the energy transition requires multiple efforts from government and business actors to prevent new impacts from falling on other areas and populations.

Keywords: Wind energy; Financialization; Deterritorialization; Deforestation; Brazil and Peru.

* Mestranda em Ciências Jurídicas (área de concentração em Direito Econômico) pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Advogada.

heloisajoaquimmendes@gmail.com

** Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor Associado do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB. Professor Visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Liaoning/China. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba-PPGCJ/UFPB.

fernandojoaquimmaia@gmail.com

*** Doutora e Mestre em Energia pelo Programa de Pós-Graduação em Energia da Universidade de São Paulo (PPGE/USP). Mestre em Direito de Energia e de Recursos Naturais pela Universidade de Oklahoma (OU), nos Estados Unidos. Mestre e Doutora em Direito pela PUC/SP. Advogada.

hirdankatarina@gmail.com

Recebido em 28-10-2024 | Aprovado em 28-3-2025



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 MERCADO DOS VENTOS: QUANDO A FINANCEIRIZAÇÃO CRUZA COM A PRODUÇÃO DE ENERGIA EÓLICA; 2 DESTERRITORIALIZAÇÃO E DESMATAMENTO DE REGIÕES BRASILEIRAS E PERUANAS PARA EXPANSÃO DA PRODUÇÃO DE ENERGIA EÓLICA; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

A crise climática e ambiental ocasionada pela emissão desenfreada de gases de efeito estufa (GEE) na atmosfera, do uso intensivo e predatório de recursos naturais e da dependência excessiva de combustíveis fósseis têm gerado pressões internacionais para a adoção de políticas e soluções energéticas sustentáveis. Diversos tratados foram, portanto, firmados na intenção de estabelecer um compromisso global no combate às mudanças climáticas. A exemplo do Protocolo de Montreal (1987) que tem por objeto a proteção da camada de ozônio e foi incorporado no Brasil pelo Decreto nº 99.280/1990 e no Peru pelo Decreto Supremo nº 017-2019-RE, o Protocolo de Quioto (1997) que estabelece metas obrigatórias de redução de GEE, recepcionado pelo ordenamento brasileiro através do Decreto nº 5.445/2005 e pelo Peru por intermédio do Decreto Supremo Nº 080-2002-RE e o Acordo de Paris (2015), incorporado no Brasil pelo Decreto nº 9.073/2017 e no Peru pelo Decreto Supremo Nº 058-2016-RE.

A combinação entre as pressões ambientais e a crise do petróleo nos anos de 1973 e 1979, impulsionaram a busca por fontes alternativas no final do século XX. Assim, as energias renováveis passaram a figurar com maior intensidade na agenda de investimentos dos países. O setor eólico, por exemplo, registrou um aumento de 50% na capacidade instalada entre 2022 e 2023, atraindo investimentos de 54 países. As projeções indicam que o novo arco de expansão do mercado eólico abrangerá os países em desenvolvimento, que buscam na adoção de fontes renováveis a segurança e independência energética¹.

Assim, os interesses ambientais acabam dividindo espaço com estratégias de mercado que buscam transformar os desafios ambientais e climáticos em novas oportunidades de investimento e, conseqüentemente, de lucro^{2 3}. Nessa rota de investimento, a financeirização

¹ ABEEÓLICA. *Brasil permanece em 6º lugar no Ranking Mundial de Energia Eólica*. 2024. Disponível em: <https://abeeolica.org.br/brasil-permanece-em-6o-lugar-no-ranking-mundial-de-energia-eolica/#:~:text=O%20relat%C3%B3rio%20destaca%20o%20impulso,anterior%20em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20a%202022>. Acesso em: 07 out. 2024.

² MCCARTHY, James. A socioecological fix to capitalist crisis and climate change? The possibilities and limits of renewable energy. *Environment and Planning*, v. 47, n. 12, p. 2485–2502, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1177/0308518X15602491>. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0308518X15602491>. Acesso em: 08 out. 2024.

³ HARVEY, David. Roepke lecture in economic geography – crisis, geographic disruptions and the uneven development of political responses. *Economic Geography*, v. 87, n. 1, p. 1-22, 2011. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1944-8287.2010.01105.x>. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1944-8287.2010.01105.x>. Acesso em: 08 out. 2024.

dos ventos emerge como um mercado múltiplo e rentável que vai desde a fabricação de equipamentos até a própria geração de energia. Mas essa expansão não ocorre de forma neutra, os países em desenvolvimento, embora não sejam os principais responsáveis pela degradação ambiental, têm sido pressionados a adotar fontes renováveis para suprir a demanda global por energia sustentável. Assumindo, de forma desproporcional, a responsabilidade de promover a sustentabilidade global e compensar os impactos socioambientais ocasionados pelos países desenvolvidos⁴.

Esse fenômeno se insere em uma lógica de colonialismo ambiental⁵, onde as riquezas naturais dos países subdesenvolvidos são direcionadas a suprir as demandas dos países desenvolvidos, consolidando dinâmicas de exploração e dependência. Assim, ao tornar o vento uma mercadoria a financeirização intensifica desigualdades estruturais e o modo de exploração e acumulação capitalista. Sob esse prisma, o artigo propõe analisar os reflexos da expansão global da produção de energia eólica *onshore*, com um recorte específico na América do Sul, focando no Brasil e no Peru. O objetivo é investigar como a financeirização dos ventos pode impactar as dinâmicas socioambientais em países que estão em diferentes estágios de produção eólica, identificando possíveis cenários de desequilíbrios ecológicos e sociais.

A escolha dos países mencionados justifica-se tanto pelo acordo de cooperação que há entre o Brasil e o Peru para fornecimento de eletricidade e exportação de excedentes⁶, quanto pela disparidade entre eles no que se refere à capacidade instalada de geração eólica. Enquanto o Brasil ocupa uma posição de destaque na produção de energia eólica na América Latina, o Peru figura entre os países mais atrasados na adoção de fontes alternativas^{7 8}. Esse contraste permite, portanto, uma análise comparativa sobre como a financeirização impacta diferentes contextos e níveis de desenvolvimento do setor. Na tentativa de responder: como a financeirização dos ventos pode afetar as dinâmicas socioambientais no Brasil e no Peru, países que estão em diferentes estágios de desenvolvimento da energia eólica *onshore*?

Para isso foi realizado um recorte temporal que abrange os anos de 2015 a 2025, período que marca a crescente investidora brasileira e peruana em energia renovável para cumprimento dos relatórios de contribuições à redução dos GEE estabelecidos a partir do Acordo

⁴ TRALDI, Mariana. *Acumulação por despossessão: a privatização dos ventos para a produção de energia eólica no semiárido brasileiro*. 2019. 378 f. Tese (Doutorado) - Curso de Geografia, Instituto de Geociências, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2019.

⁵ MALCOM, Ferdinand. *Uma ecologia decolonial: pensar a partir do mundo caribenho*. Mei, Letícia. Davis, Angela. Fagundes, Guilherme Moura. São Paulo: Ubu Editora, 2022.

⁶ PERU. Ministerio de Energía y Minas (MINEM). *Acuerdo para el Suministro de Electricidad al Perú y Exportación de Excedentes al Brasil*. 2010. Disponível em: <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Electricidad/Acuerdo%20Peru-Brasil%203%20may%202010.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2025.

⁷ CLIMAINFO. *Brasil se destaca em levantamento sobre potencial de energia renovável na América Latina*. 2023. Disponível em: <https://climainfo.org.br/2023/03/16/brasil-se-destaca-em-levantamento-sobre-potencial-de-energia-renovavel-na-america-latina/>. Acesso em: 06 out. 2024.

⁸ PROGRAMA INTERNACIONAL DE COOPERAÇÃO URBANA. *Energia limpa*. 2018. Disponível em: https://iuc.eu/fileadmin/user_upload/Regions/iuc_lac/user_upload/EL_5_Sector_2_-_Energ%C3%ADa_Limpia.pdf. Acesso em: 07 jul. 2024.

de Paris⁹ ¹⁰. A análise teórico-metodológica envolve a categoria da financeirização dos bens comuns, desenvolvido a partir dos pensamentos críticos de David Harvey¹¹ e Mariana Traldi¹² sobre os processos em que o capital se apropria dos recursos naturais, transformando-os em mercadoria na intenção de obter mais lucro.

A metodologia envolve um levantamento bibliográfico sobre financeirização e energia eólica, considerando obras acadêmicas, dissertações e artigos científicos sobre o tema. Paralelamente, o artigo também contou com a pesquisa documental de matérias jornalísticas, publicadas entre os anos de 2015 e 2025, para ilustrar os impactos socioambientais da expansão da energia eólica no Peru, dado a escassez de materiais teórico-críticos sobre o setor no país. Cabe mencionar que o seu emprego não se deu de forma acrítica, mas como ferramenta complementar ao referencial teórico adotado frente a similaridade de ambos os discursos.

Realizando-se, portanto, uma análise argumentativa das matérias encontradas à luz da financeirização dos recursos renováveis. Os termos utilizados para consulta foram: “energia eólica no Peru”, “febre eólica”, “febre do pau-de-balsa”, “Amazônia peruana” e “impactos da energia eólica no Peru”, o que proporcionou consultar as seguintes fontes: *BBC News Brasil*, *OpenDemocracy* e *World Rainforest Movement (WRM)*, por tratarem especificamente da degradação socioambiental no Peru interligada à expansão eólica.

Os objetivos do artigo serão organizados ao longo do texto da seguinte forma: após as considerações introdutórias, o artigo propõe investigar o processo de incorporação do vento aos circuitos de acumulação de capital por meio da financeirização das energias renováveis. O tópico seguinte abordará como a lógica predatória da financeirização se adapta a diferentes contextos, de modo que sua implementação em cenários de expansão eólica, como no Brasil e no Peru, tem provocado deslocamento comunitários e desequilíbrios ambientais.

A hipótese é que, mesmo em diferentes estágios de desenvolvimento da energia eólica, Brasil e Peru podem enfrentar impactos socioambientais semelhantes, isso porque a lógica predatória da financeirização dos ventos adapta-se às especificidades de cada país, guiando-se pela maximização do lucro em detrimento das agendas ambiental e social.

⁹ EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA (Brasil). Ministério de Minas e Energia. *O Compromisso do Brasil no Combate às Mudanças Climáticas: produção e uso de energia*. 2016. Disponível em: <https://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-308/NT COP21 iNDC.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2025.

¹⁰ COMISIÓN DE ALTO NIVEL DE CAMBIO CLIMÁTICO (Peru). Ministerio del Ambiente. *Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional del Perú: reporte de actualización periodo 2021-2030*. 2020. Disponível em: <https://unfccc.int/sites/default/files/NDC/2022-06/Reporte%20de%20Actualizacio%CC%81n%20de%20las%20NDC%20del%20Peru%CC%81.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2025. A proposta peruana de contribuições à mitigação de gases com efeito de estufa (GEE) foi realizada em 2015. O país, no entanto, ampliou em 2020 o compromisso no nacional combate às mudanças climáticas.

¹¹ HARVEY, David. *O novo imperialismo*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

¹² TRALDI, Mariana. *Acumulação por despossessão: a privatização dos ventos para a produção de energia eólica no semiárido brasileiro*. 2019. 378 f. Tese (Doutorado) - Curso de Geografia, Instituto de Geociências, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2019.

1 MERCADO DOS VENTOS: QUANDO A FINANCEIRIZAÇÃO CRUZA COM A PRODUÇÃO DE ENERGIA EÓLICA

A produção energética tem um papel crucial no sistema capitalista, pois promove a rápida produção e circulação de mercadorias, permitindo a redução do tempo de rotação do capital e, conseqüentemente, a acumulação de riqueza de forma célere. Mas, para que isso ocorra de modo eficaz e gere um lucro extra ou suplementar, é preciso que as fontes energéticas, sobretudo as provenientes de forma natural, e os custos de produção da energia estejam sob total controle dos anseios capitalistas^{13 14}. Assim, além de lucrar com a produção energética, o capitalista pode encontrar novas rotas de mercado ao longo da produção, como os mercados: fundiário, de securitização da energia, de transporte para deslocamento de equipamentos, de matéria-prima, entre outros.

É neste ponto que a geração de energia eólica ganha destaque, pois além de ser uma riqueza natural oriunda da força dos ventos, está amplamente disponível na natureza e pode ser apropriada de forma gratuita. De forma sinóptica, consiste num investimento de capital fixo, ou seja, necessita apenas do aporte capitalista em infraestrutura para captação e geração de energia, uma vez que não se faz necessário pagar pelo insumo principal. Além disso, seu custo de produção e produtividade é mais rentável que outras fontes energéticas e, quando produzida de forma centralizada, garante ao industrial eólico o controle da fonte e geração energética e, conseqüentemente, maior lucratividade¹⁵.

Cabe mencionar que a massificação dos investimentos em energia eólica não se justifica somente pelos discursos de proteção ambiental e desenvolvimento sustentável, mas sobretudo pelo interesse capitalista em encontrar novas formas de apropriação e uso dos recursos naturais na intenção de transformá-los em bens econômicos com alto valor de mercado, capazes de facilitar o processo de acumulação de capital por meio de sua privatização simbólica^{16 17 18}. No entanto, a ideia de privatizar os bens coletivos e naturais para protegê-los de uma possível escassez acaba desencadeando um efeito reverso e intensificando sua exploração. Isso porque, ao atribuir valor econômico aos recursos naturais, a economia ambiental acaba reduzindo as complexidades ambientais à lógica mercantil, favorecendo a acumulação de capital por meio de novas dinâmicas de especulação e financeirização¹⁹.

Nota-se que o processo de mercadificação dos bens naturais e públicos, como o vento, não é um ato isolado, mas uma ramificação da tendência da apropriação e privatização em

¹³ MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013. v. 1.

¹⁴ HARVEY, David. *Os limites do capital*. São Paulo: Boitempo, 2013.

¹⁵ TRALDI, Mariana. *Acumulação por despossessão: a privatização dos ventos para a produção de energia eólica no semiárido brasileiro*. 2019. 378 f. Tese (Doutorado) - Curso de Geografia, Instituto de Geociências, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2019.

¹⁶ MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013. v. 1.

¹⁷ HARVEY, David. *Os limites do capital*. São Paulo: Boitempo, 2013.

¹⁸ UNMÜBIG, Bárbara; FUHR, Lili; FATHEUER, Thomas. *Crítica à economia verde*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2016.

¹⁹ SOUZA-LIMA, José Edmilson de. Economia ambiental, ecológica e marxista versus recursos naturais. *Revista da FAE*, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 119-127, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://revistafae.fae.edu/revistafae/article/view/438>. Acesso em: 24 out. 2024.

larga escala desses recursos, na intenção de servir aos anseios do capitalismo que busca incessantemente a retenção de lucro²⁰. Esse crescimento econômico inexorável e desenfreado é criticado pela economia ecológica uma vez que as práticas predatórias do capitalismo parecem desafiar e até ignorar os limites físicos e energéticos do planeta Terra²¹.

Para o marxismo ecológico, a ausência de distinção entre recursos renováveis e não renováveis durante a exploração capitalista além de afetar contextos socioambientais, põe o próprio sistema econômico em risco. De modo que, a solução para a crise ambiental depende, principalmente, de reavaliar o próprio modelo de (re)produção econômica²². Curiosamente, apesar dos riscos, o sistema encontrou nos desafios ambiental e climático uma oportunidade de lucro. A própria migração do sistema energético para fontes renováveis revela um mecanismo de ajuste socioecológico do capital para novas formas de acumulação.

Países do sul global, a exemplo do Brasil e Peru, emergem como rota de expansão do mercado eólico *onshore* por abrigar as condições necessárias à geração de energia e à extração de matéria-prima para desenvolvimento de tecnologias verdes, estabelecendo um novo ciclo de exploração e controle da terra e dos recursos naturais. A rentabilidade e segurança do setor²³ despertou a atenção de empresas estrangeiras e órgãos governamentais numa crescente onda de incentivos e investimentos público-privados. Só no Brasil, maior investidor de energias renováveis na América Latina²⁴, o setor tem registrado recordes de geração e representa cerca de 13,5% da matriz elétrica nacional²⁵.

O que possivelmente será ampliado nos próximos anos, tendo em vista que o Senado Federal aprovou em 2024 o Programa de Aceleração da Transição Energética (Paten), para incentivar a substituição de fontes poluentes por de origem limpa e renovável²⁶. O Peru, em contrapartida, desponta como um dos mais atrasados no processo de transição energética, mas desde 2008, por meio dos Decretos Legislativos nº 1.002²⁷ e 1.058²⁸, busca integrar os

²⁰ HARVEY, David. *O novo imperialismo*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

²¹ SOUZA-LIMA, José Edmilson de. Economia ambiental, ecológica e marxista versus recursos naturais. *Revista da FAE*, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 119-127, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://revistafae.fae.edu/revistafae/article/view/438>. Acesso em: 24 out. 2024.

²² *Ibid.*

²³ MCCARTHY, James. A socioecological fix to capitalist crisis and climate change? The possibilities and limits of renewable energy. *Environment and Planning*, v. 47, n. 12, p. 2485–2502, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1177/0308518X15602491>. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0308518X15602491>. Acesso em: 08 out. 2024.

²⁴ MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA (Brasil). *Brasil é líder em investimento na América Latina em transição energética, mostra relatório*. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/noticias/brasil-e-lider-em-investimento-na-america-latina-em-transicao-energetica-mostra-relatorio>. Acesso em: 22 mar. 2025.

²⁵ MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA (Brasil). *Boletim Mensal de Monitoramento do Sistema Elétrico*. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/secretarias/secretaria-nacional-energia-eletrica/publicacoes/boletim-de-monitoramento-do-sistema-eletrico>. Acesso em: 22 mar. 2025.

²⁶ AGÊNCIA SENADO. *Transição energética: Senado aprova programa de incentivo a fontes renováveis*. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/12/10/transicao-energetica-senado-aprova-programa-de-incentivo-a-fontes-renovaveis#:~:text=O%20Senado%20aprovou%20nesta%20ter%C3%A7a,\(PL%20327%2F2021\)](https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/12/10/transicao-energetica-senado-aprova-programa-de-incentivo-a-fontes-renovaveis#:~:text=O%20Senado%20aprovou%20nesta%20ter%C3%A7a,(PL%20327%2F2021)). Acesso em: 23 mar. 2025.

²⁷ PERU. *Decreto Legislativo de promoción de la inversión para la generación de electricidad con el uso de energías renovables*. Disponível em: http://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/energias-renovables/MarcoNormativo/DL_No_1002.pdf. Acesso em: 23 mar. 2025.

²⁸ PERU. *Decreto Legislativo que promueve o investimento na atividade de geração de energia elétrica com recursos hídricos e outros recursos renováveis*. Disponível em: <https://www.gob.pe/institucion/minem/normas-legales/4718251-1058>. Acesso em: 23 mar. 2025.

Recursos Energéticos Renováveis (RER) à matriz energética nacional direcionando maiores esforços às fontes solar e hidráulica. Apesar disso, a somatória da capacidade instalada de RER no país ainda é de 7,2%, sendo 2,9% de origem eólica²⁹.

Assim como nos modelos tradicionais de geração de energia, a apropriação capitalista do setor elétrico proporciona níveis de desenvolvimento e de impactos desproporcionais aos países envolvidos. O setor eólico tem todas as suas frentes de atuação, sendo elas: o desenvolvimento de tecnologias e fabricação de equipamentos, a própria geração de energia e a construção civil, dominadas por países desenvolvidos³⁰. Restando aos países em desenvolvimento, sobretudo latino-americanos, o fornecimento da infraestrutura necessária aos projetos de geração de energia e os custos socioambientais do que era para ser um modelo sustentável de produção de energia, mas acabou inaugurando um novo ciclo do colonialismo ambiental.

Disparidades que revelam as contradições da transição energética, haja vista que enquanto os países do norte global dominam a financeirização dos ventos nas suas mais variadas formas, os países do sul experimentam os impactos negativos da condução desenfreada do mercado eólico pelo sistema capitalista. Noutros termos, a urgência dos países desenvolvidos em alcançar a neutralidade climática desponta na ampliação de desigualdades neocoloniais e danos socioambientais irreparáveis nos países do Sul global, que curiosamente são os que menos contribuem com a emissão desenfreada de gases de efeito estufa (GEE), além de permanecerem à margem dos benefícios advindos da energia limpa³¹.

À luz desse cenário, Mariana Traldi³² e Tarcísio Silva³³ sugerem uma reflexão crítica ao próprio conceito de “energia limpa”, que nas entrelinhas oculta dinâmicas predatórias de desapropriação, degradação e desmatamento. Importa dizer que os autores, nem o presente artigo, se manifestam contrários ao uso de fontes renováveis para geração de eletricidade, pelo contrário, ambos acreditam e defendem a importância da transição energética, o que se questiona é o modelo centralizado e financeirizado como tem se expandido. Desconsiderando as necessidades locais e as premissas de um desenvolvimento realmente sustentável e energeticamente democrático. É o que se passa a expor no próximo tópico a partir do recorte Brasil e Peru.

²⁹ PERU. Órgão de Supervisão do Investimento em Energia e Mineração. *Energias renováveis: experiência e perspectivas sobre o caminho do peru rumo à transição energética*. 2019. Disponível em: <https://www.gob.pe/institucion/osinergmin/informes-publicaciones/1201115-e-nergias-renovables-experiencia-y-perspectivas-en-la-ruta-del-peru-ha-cia-la-transicion-energetica>. Acesso em: 14 jul. 2024.

³⁰ TRALDI, Mariana. *Acumulação por despossessão: a privatização dos ventos para a produção de energia eólica no semiárido brasileiro*. 2019. 378 f. Tese (Doutorado) - Curso de Geografia, Instituto de Geociências, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2019.

³¹ BECKER, Astrid. La transición energética y la guerra por los recursos del Sur global. *Nueva Sociedad*. 2021. Disponível em: <https://nuso.org/articulo/transicion-energetica-recursos-sur-global-litio/>. Acesso em: 26 out. 2024.

³² TRALDI, Mariana. *Acumulação por despossessão: a privatização dos ventos para a produção de energia eólica no semiárido brasileiro*. 2019. 378 f. Tese (Doutorado) - Curso de Geografia, Instituto de Geociências, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2019.

³³ SILVA, Tarcísio Augusto Alves da. Impactos dos ventos a partir da ambientalização e estrangeirização da terra. *Revista Brasileira de História & Ciências Sociais*, v. 13, n. 27, p. 249–267, 2022. DOI: 10.14295/rbhcs.v13i27.12968. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/rbhcs/article/view/12968>. Acesso em: 8 out. 2024.

2 DESTERRITORIALIZAÇÃO E DESMATAMENTO DE REGIÕES BRASILEIRAS E PERUANAS PARA EXPANSÃO DA PRODUÇÃO DE ENERGIA EÓLICA

Se por um lado a financeirização dos ventos representa o desenvolvimento sustentável, a geração de empregos verdes e a segurança e autonomia energética, por outro provoca desequilíbrios socioecológicos que precisam ser investigados com a devida atenção. Na América do Sul, pesquisadores e a mídia especializada têm acompanhado de forma crítica o modelo centralizado de produção eólica *onshore* e suas implicações no cotidiano social, econômico e ambiental de países periféricos como o Brasil e o Peru.

No Brasil, por exemplo, denuncia-se que o processo de instalação de parques eólicos *onshore* envolve além da perda de direitos possessórios sobre a terra e da renda produzida por ela, casos de interferências no uso e ocupação desses espaços por conta do controle exclusivo e irrestrito exercido pelos empreendimentos sobre as áreas de potencial eólico³⁴. Já em solo peruano, os impactos da financeirização dos ventos emergem sobre a cobertura vegetal do país, especificamente sobre o pau-de-balsa utilizado na fabricação de aerogeradores. Antes de aprofundar essa discussão, é pertinente esclarecer que diferente do Brasil, o Peru não dispõe de um vasto arcabouço teórico-crítico sobre a expansão e os possíveis impactos da produção centralizada de energia eólica no país.

Essa lacuna, muito provavelmente, advém do fato de que a energia proveniente da força dos ventos ainda é uma fonte subutilizada no país. Expondo um paradoxo institucional haja visto que, apesar do Peru ser o primeiro Estado sul-americano a regulamentar os leilões licitatórios para promoção de projetos de Recursos Energéticos Renováveis (RER) através do Decreto Supremo Nº 064-2010-EM, a maior parte dos esforços e investimentos nacionais concentra-se no setor de gás natural. Isso dificulta a obtenção de informações internas detalhadas, sendo necessário o uso de recortes jornalísticos de países vizinhos para complementar as informações sobre a realidade peruana. Haja visto que a produção acadêmica sobre o tema também é timidamente explorada.

A produção de conteúdos jornalísticos, no entanto, reporta de forma crítica os cenários de injustiças socioambientais suportadas pelo Estado sul-americano. Sendo, portanto, fontes essenciais para ilustração empírica dos impactos da financeirização das energias renováveis no Peru, uma vez que denunciam o possível rompimento do mercado eólico com os princípios da sustentabilidade social, ambiental e econômica à medida em que o setor é inserido na lógica da comoditização dos recursos naturais. Cabe mencionar que o emprego da produção jornalística como fonte de pesquisa não se dá de maneira acrítica, mas como material complementar a análise teórico-crítica que se pretende fazer, haja visto que os discursos adotados nas matérias convergem-se com os referenciais teóricos adotados no presente artigo ao passo que demonstram como a financeirização dos ventos naturaliza a mercadorização da natureza e a subordinação de valores comunitários como processos necessários a promoção de um bem maior: a globalização da transição energética.

³⁴ TRALDI, Mariana. *Acumulação por despossessão: a privatização dos ventos para a produção de energia eólica no semiárido brasileiro*. 2019. 378 f. Tese (Doutorado) - Curso de Geografia, Instituto de Geociências, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2019.

Retomando o ponto central da análise, nota-se que no cenário brasileiro o controle empresarial sobre as áreas de potencial eólico conta com o aporte de instrumentos contratuais de cessão de direitos reais ou arrendamento que possibilitam não apenas a gestão do modo de produção energética, mas também o domínio sobre vastas extensões territoriais^{35 36 37 38}. Esse controle permite que os empreendimentos interfiram na paisagem local, determinando a supressão vegetal, a construção de novas estradas e novas demarcações e cercamentos territoriais, além de definir unilateralmente quem poderá acessar as áreas que circundam os parques eólicos³⁹. Essas medidas impactam negativamente o ecossistema local e causam alterações na dinâmica social e cultural das comunidades atingidas, provocando a quebra de vínculo entre o povo e a terra que eles ocupam.

O que se traduz em processos de descomunização⁴⁰ e desterritorialização^{41 42} dos ventos desencadeados por grupos dominantes, neste caso o capitalista eólico, para controlar física ou simbolicamente as áreas de potencial energético e reconfigurá-las conforme seus interesses. Em ambos os casos, a terra deixa de ser um local de identificação comunitária e passa a ser um espaço restrito aos interesses de um grupo seletivo, sob subterfúgio de não interferência popular nas dinâmicas de produção energética.

No Peru, os impactos socioambientais do mercado eólico parecem ser semelhantes aos descritos no Brasil, embora ocorram em etapas distintas. Enquanto no Brasil eles são evidenciados durante a instalação e operação dos parques eólicos, no Peru as conturbações advêm já na fase de fabricação dos aerogeradores. Isso porque a flora peruana é rica em *Ochroma pyramidale*⁴³, uma espécie de madeira ultraleve essencial à fabricação de pás aero-

³⁵ HOFSTAETTER, Moema. *Energia eólica: entre ventos, impactos e vulnerabilidades socioambientais no Rio Grande do Norte*. 2016. 160f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Estudos Urbanos e Regionais, Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016.

³⁶ TRALDI, Mariana. *Acumulação por despossessão: a privatização dos ventos para a produção de energia eólica no semiárido brasileiro*. 2019. 378 f. Tese (Doutorado) - Curso de Geografia, Instituto de Geociências, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2019.

³⁷ MAIA, Fernando Joaquim Ferreira; BATISTA, Marcela Peixoto; SILVA, Tarcísio Augusto Alves da; RODRIGUEZ, Damian Copena (orgs.). *Energia eólica: contratos, renda da terra e regularização fundiária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

³⁸ MAIA, Fernando Joaquim Ferreira; BATISTA, Marcela Peixoto; SILVA, Tarcísio Augusto Alves da; RODRIGUEZ, Damian Copena (orgs.). *Problemas jurídicos, econômicos e socioambientais da energia eólica no Nordeste brasileiro*. Recife: EDUFPE, 2023.

³⁹ MENDES, Heloísa Joaquim; MAIA, Fernando Joaquim Ferreira; BASSO, Ana Paula. Contratos de arrendamento eólico em Santa Luzia-PB: o desapossamento de direitos sobre a terra dos arrendadores. *Revista do Curso de Direito do UNIFOR*, v. 14, n. 2, p. 121-144, 2023. Disponível em: <https://revistas.unifor.br/cursodireitounifor/article/view/1740>. Acesso em: 01 jul. 2024.

⁴⁰ SILVA, Sinara Raquel Sabino Pereira da; BATISTA, Marcela Peixoto; SILVA, Tarcísio Augusto Alves da. A descomunização do vento: como as eólicas ameaçam a instituição do comum Dardot-Lavaliano. In: MAIA, Fernando Joaquim Ferreira et al. (orgs.). *Energia eólica: contratos, renda da terra e regularização fundiária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 219-242.

⁴¹ PAGÈS, Max; BONETTI, Michel; GAULEJAC, Vincent; DESCENDRE, Daniel. *O poder das organizações: a dominação das multinacionais sobre os indivíduos*. São Paulo: Atlas, 1987.

⁴² GUATTARI, Felix. *As três ecologias*. 20. ed. Tradução de Maria Cristina F. Bittencourt. Campinas: Papirus, 2009.

⁴³ INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS DA AMAZÔNIA (Brasil). *Pau-de-balsa*. 2008. Disponível em: <https://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/item/173038/1/19-Pau-de-balsa.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2024.

geradoras. Popularmente conhecida como pau-de-balsa, a árvore pode chegar a quase 25 metros de comprimento e 1,2 de diâmetro em 3 a 4 anos⁴⁴, tempo até então suficiente se não fosse o crescimento da demanda causado pela efervescente globalização eólica.

A “febre da balsa”, como tem sido chamada pela mídia, denuncia o paradoxo das energias renováveis que embora sejam apresentadas como uma opção sustentável, acabam reproduzindo dinâmicas predatórias e provocando novos desequilíbrios. As matérias da *BBC News Brasil*⁴⁵, da *OpenDemocracy*⁴⁶ e do *World Rainforest Movement (WRM)*⁴⁷, por exemplo, relacionam o aumento da degradação amazônica à intensificação da transição energética no norte global. Apesar dos textos serem voltados em sua maior parte para situação do Equador, a cobertura midiática demonstra um olhar crítico sobre a extração desenfreada do pau-se-balsa no Peru revelando: i) denúncias governamentais à invasão de balseiros equatorianos na Amazônia peruana para retirada ilegal do pau-de-balsa; ii) o desequilíbrio na relação de troca entre as madeiras e os balseiros; iii) a precarização do trabalho extrativista; iv) a exploração desenfreada da floresta amazônica para suprir a demanda por madeira de balsa; v) a exploração e comercialização ilegal de outras espécies arbóreas; vi) a extensão da plantação de balsa para áreas de vegetação natural e de propriedades produtoras de alimento; vii) a construção de uma estrada na divisa do território indígena Shuar (equatoriano) e Achuar (peruano) para facilitar o acesso e transporte do pau-de-balsa. A estrada, no entanto, foi construída sem a anuência dos moradores e provocou a divisão do povo Achuar; viii) os conflitos comunitários e a interferências na dinâmica cultural; ix) a valorização da terra com base no potencial de produção da madeira de balsa; e x) a poluição de rios por resíduos de serra e o aumento do fluxo de barcos na região, prejudicando a pesca de subsistência.

Recortes que nos permitem identificar as múltiplas contradições da transição energética, como: formas contemporâneas do colonialismo ambiental, apropriações capitalistas de territórios e recursos naturais, a transformação de bens coletivos em mercadorias e a falácia das “tecnologias verdes” que, embora sejam desenvolvidas para promover a proteção ambiental acabam contribuindo com a sua degradação⁴⁸, a exemplo do extrativismo da madeira de balsa para fabricação de pás eólicas. Na prática, as energias limpas parecem deslocar-se para longe do seu próprio significado em consequência do modelo centralizado sob o qual estão sendo implementadas.

Sobre o viés narrativo das matérias, é importante ressaltar que, embora à primeira vista não pareça estar alinhado aos interesses do mercado, uma vez que adotam um tom crítico

⁴⁴ BBC NEWS BRASIL. *Demanda por energia limpa ameaça uma das regiões mais ricas e férteis na Amazônia*. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-56359091>. Acesso em: 14 jul. 2024.

⁴⁵ BBC NEWS BRASIL. *Demanda por energia limpa ameaça uma das regiões mais ricas e férteis na Amazônia*. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-56359091>. Acesso em: 14 jul. 2024.

⁴⁶ OPENDEMOCRACY. *Paradoxo verde: febre eólica e desmatamento na Amazônia*. 2021. Disponível em: <https://www.opendemocracy.net/pt/paradoxo-verde-febre-eolica-desmatamento-amazonia-equador/>. Acesso em: 24 jul. 2024.

⁴⁷ WORLD RAINFOREST MOVEMENT. *Paradoxos verdes de um país amazônico*. 2021. Disponível em: <https://www.wrm.org.uy/pt/artigos-do-boletim/paradoxos-verdes-de-um-pais-amazonico>. Acesso em: 20 jul. 2024. A utilização de matéria jornalística proveniente do Uruguai justifica-se pela escassez de dados oficiais, pesquisas acadêmicas e reportagens locais sobre a exploração do pau-de-balsa no Peru, exigindo-se a busca por fontes alternativas que tratam sobre o tema.

⁴⁸ TRALDI, Mariana. *Acumulação por despossessão: a privatização dos ventos para a produção de energia eólica no semiárido brasileiro*. 2019. 378 f. Tese (Doutorado) - Curso de Geografia, Instituto de Geociências, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2019.

sobre a degradação ambiental da extração do pau-de-balsa, quando analisado de forma detalhada, não parece se tratar de um discurso neutro, mas geopolítico e comercial. Isso porque, apesar de mencionar a China, os Estados Unidos e a Europa como os principais compradores da madeira de balsa extraída na região, a abordagem crítica das matérias concentra-se apenas sobre a China, minimizando a responsabilidade europeia e norte-americana no consumo de pau-de-balsa e acentuando que o aumento do índice de desmatamento amazônico se dá sob influência da construção intensiva de parques eólicos no país asiático.

Ao colocar a China como um agente predatório que age de maneira desordenada e não segue os termos contratuais pré-estabelecidos com os balseiros, o discurso jornalístico, possivelmente influenciado pela nacionalidade da linha editorial, parece priorizar interesses eurocêntricos e norte-americanos na tentativa de influenciar políticas comerciais e a opinião pública sobre diferentes modelos de transição energética. Ademais, as matérias também não mencionam se as políticas ou regulamentações locais contribuem de alguma forma com o aumento da exploração da madeira de balsa, transferindo toda a responsabilidade ao *modus operandi* dos investidores estrangeiros, em especial os chineses.

Feitas essas considerações, é necessário acentuar que o modelo centralizado de geração de energia eólica precisa ser redesenhado a partir dos conceitos de justiça energética⁴⁹ e da dimensão procedimental do meio ambiente equilibrado⁵⁰, a fim de que os governos e as corporações energéticas adotem práticas mais transparentes, socioambientalmente responsáveis e democraticamente justas, garantindo a participação popular nas tomadas de decisões.

A governança participativa em projetos energéticos deve considerar consultas prévias, informadas e livres em atenção ao determinado pela Convenção 169 da OIT, bem como a adoção de mecanismos descentralizados de geração de energia por meio de cooperativas e capacitação comunitária para implementação e manutenção de pequenos parques eólicos locais, o que, além de fortalecer a autonomia energética, contribuiria para a consolidação de uma transição energética justa, inclusiva e popular, e redução de impactos socioambientais.

Além do rígido cumprimento das leis ambientais, faz-se necessário que eventuais compensações e indenizações em favor das comunidades atingidas estejam previstas nos custos totais dos projetos desde as tratativas iniciais para sua implementação⁵¹. Devendo considerar também as certificações, origem e modalidade de extração do pau-de-balsa no comércio internacional de madeiras, como forma de garantir práticas socialmente responsáveis e ambientalmente conscientes em toda a cadeia produtiva de geração de energia eólica.

No âmbito local, é importante adotar estratégias de capacitação e educação ambiental para implementar técnicas sustentáveis de extração e manejo do pau-de-balsa, além de políticas de incentivo ao reflorestamento, eleição de áreas de plantio rotativo e parcerias com

⁴⁹ SOVACOL, Benjamin K.; DWORKIN, Michael H. Energy justice: Conceptual insights and practical applications. *Applied Energy*, n. 142, p. 435–444, 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.1016/j.apenergy.2015.01.002>. Disponível em: https://efl-stichting.nl/app/uploads/2022/08/Sovacool_Dworkin-AE-Justice20190902-14416-15urgi3-with-cover-page-v2-1.pdf. Acesso em: 24 out. 2024.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos ambientais procedimentais*: acesso à informação, à participação pública na tomada de decisão e acesso à justiça em matéria ambiental. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 23, n. 2, p. 417-465, set. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.14210/nej.v23n2.p417-465>. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/viewFile/13377/7604>. Acesso em: 12 jan. 2025.

⁵¹ BECKER, Astrid. La transición energética y la guerra por los recursos del Sur global. *Nueva Sociedad*. 2021. Disponível em: <https://nuso.org/articulo/transicion-energetica-recursos-sur-global-litio/>. Acesso em: 26 out. 2024.

organizações de certificação ambiental e madeireiras locais, como forma de gerar mais empregos e garantir que a extração do pau-de-balsa seja feita de forma ecologicamente equilibrada e sob monitoramento comunitário por meio de comitês locais para discussão, aprendizagem e financiamento de boas práticas de uso dos recursos naturais.

O controle sobre o processo de financeirização dos ventos também depende da implementação de zoneamentos energéticos que considerem, para além de características geográficas e climáticas, aspectos sociais e ambientais antes de estabelecer quais áreas são propícias à exploração dos ventos. Promovendo assim, um mundo energeticamente justo, capaz de promover felicidade, bem-estar, liberdade, acesso e distribuição equitativa dos recursos e processos energéticos sem distinção⁵².

■ CONCLUSÃO

A expansão da energia eólica estabelece um novo ciclo de exploração e controle da terra e dos recursos naturais especialmente em regiões do sul global, como o Brasil e o Peru que veem seus territórios direcionados a suprir as demandas do processo de transição energética dos países desenvolvidos, suportando de forma unilateral os custos socioambientais do que era para ser um modelo sustentável de produção de energia.

O Brasil, líder na produção de energia eólica na América do Sul, experiencia processos de acumulação de terra ocasionados pela expansão do modelo centralizado de expansão energética renovável. Estudos apontam que esse processo envolve a perda de direitos de posse, uso e ocupação irrestrita dos empreendimentos sobre a terra, alterações de paisagens, supressão de vegetação e quebra de vínculo entre o povo e a terra.

No Peru, as consequências do modelo predatório de transição energética ocorrem de forma semelhante. Embora a presença de fontes alternativas ao gás natural na matriz energética nacional ainda seja sutil, o Peru figura entre os países que mais exportam pau-de-balsa para fabricação de pás eólicas. Com o aumento da construção de parques eólicos no norte global, a demanda por balsa intensificou a exploração desenfreada da madeira na floresta amazônica, provocando a desterritorialização de comunidades tradicionais e o desmatamento de áreas nativas, além de inaugurando um novo ciclo do colonialismo ambiental.

Os resultados comprovam a hipótese de que mesmo estando em diferentes estágios de desenvolvimento da energia eólica *onshore*, o Brasil e o Peru enfrentam impactos socioambientais semelhantes, isso porque a lógica predatória da financeirização dos ventos adapta-se às especificidades de cada país, guiando-se pela maximização do lucro em detrimento das agendas ambiental e social. Além disso, a pesquisa foi capaz de levantar reflexões importantes como: i) a escassez de conteúdo teórico-crítico sobre a energia eólica no Peru, reforçando a necessidade de ampliar os olhares para transição energética dos países sul-americanos; e ii) a abordagem seletiva da cobertura jornalística sobre a responsabilidade do impactos socioambientais maximizados pelo mercado eólico.

⁵² SOVACOO, Benjamin K.; DWORKIN, Michael H. Energy justice: Conceptual insights and practical applications. *Applied Energy*, n. 142, p. 435–444, 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.1016/j.apenergy.2015.01.002>. Disponível em: https://efl-stichting.nl/app/uploads/2022/08/Sovacool_Dworkin-AE-Justice20190902-14416-15urgi3-with-cover-page-v2-1.pdf. Acesso em: 24 out. 2024.

Dito isso, nota-se que romper com a dinâmica predatória e centralizada da transição energética requer múltiplos esforços para implementar estratégias de proteção social e ambiental, caso contrário os impactos seguirão alastrando-se para novas áreas e populações. É necessário, portanto, estabelecer zoneamentos ecológico-econômico que considerem critérios sociais e ambientais no processo de mapeamento de regiões a serem exploradas, bem como fazer valer a recomendação da Convenção 169 da OIT e estabelecer espaços para consulta e participação popular nas tomadas de decisão.

A governança participativa também requer a implementação de projetos de geração de energia descentralizada através de pequenos parques eólicos comunitários e planos de manejo florestal sustentável, para que o pau-de-balsa seja extraído de forma socialmente responsável e ambientalmente consciente, no intuito de promover o desenvolvimento de projetos eólicos, desde a extração de matéria-prima para fabricação de tecnologias verdes como os aerogeradores até a instalação de parques eólicos e distribuição da energia gerada, de forma socialmente justa, economicamente viável e ecologicamente equilibrada.

REFERÊNCIAS

ABEEÓLICA. *Brasil permanece em 6º lugar no Ranking Mundial de Energia Eólica*. 2024. Disponível em: <https://abeeolica.org.br/brasil-permanece-em-6o-lugar-no-ranking-mundial-de-energia-eolica/#:~:text=O%20relat%C3%B3rio%20destaca%20o%20impulso,anterior%20em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20a%202022>. Acesso em: 07 out. 2024.

AGÊNCIA SENADO. *Transição energética: Senado aprova programa de incentivo a fontes renováveis*. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/12/10/transicao-energetica-senado-aprova-programa-de-incentivo-a-fontes-renovaveis#:~:text=O%20Senado%20aprovou%20nesta%20ter%C3%A7a,\(PL%20327%2F2021\)](https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/12/10/transicao-energetica-senado-aprova-programa-de-incentivo-a-fontes-renovaveis#:~:text=O%20Senado%20aprovou%20nesta%20ter%C3%A7a,(PL%20327%2F2021)). Acesso em: 23 mar. 2025.

BBC NEWS BRASIL. *Demanda por energia limpa ameaça uma das regiões mais ricas e férteis na Amazônia*. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-56359091>. Acesso em: 14 jul. 2024.

BECKER, Astrid. *La transición energética y la guerra por los recursos del Sur global*. *Nueva Sociedad*. 2021. Disponível em: <https://nuso.org/articulo/transicion-energetica-recursos-sur-global-litio/>. Acesso em: 26 out. 2024.

CLIMAINFO. *Brasil se destaca em levantamento sobre potencial de energia renovável na América Latina*. 2023. Disponível em: <https://climainfo.org.br/2023/03/16/brasil-se-destaca-em-levantamento-sobre-potencial-de-energia-renovavel-na-america-latina/>. Acesso em: 06 out. 2024.

COMISIÓN DE ALTO NIVEL DE CAMBIO CLIMÁTICO (Peru). Ministerio del Ambiente. *Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional del Perú*: reporte de actualización periodo 2021-2030.

2020. Disponível em: <https://unfccc.int/sites/default/files/NDC/2022-06/Reporte%20de%20Actualizacio%CC%81n%20de%20las%20NDC%20del%20Peru%CC%81.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2025.

EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA (Brasil). Ministério de Minas e Energia. *O Compromisso do Brasil no Combate às Mudanças Climáticas: produção e uso de energia*. 2016. Disponível em: <https://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-308/NT COP21 iNDC.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2025.

GUATTARI, Felix. *As três ecologias*. 20. ed. Tradução de Maria Cristina F. Bittencourt. Campinas: Papirus, 2009.

HARVEY, David. *O novo imperialismo*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

HARVEY, David. *Os limites do capital*. São Paulo: Boitempo, 2013.

HARVEY, David. Roepke lecture in economic geography – crisis, geographic disruptions and the uneven development of political responses. *Economic Geography*, v. 87, n. 1. p. 1-22, 2011. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1944-8287.2010.01105.x>. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1944-8287.2010.01105.x>. Acesso em: 08 out. 2024.

HOFSTAETTER, Moema. *Energia eólica: entre ventos, impactos e vulnerabilidades socioambientais no Rio Grande do Norte*. 2016. 160f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Estudos Urbanos e Regionais, Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016.

INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS DA AMAZÔNIA (Brasil). *Pau-de-balsa*. 2008. Disponível em: <https://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/item/173038/1/19-Pau-de-balsa.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2024.

MAIA, Fernando Joaquim Ferreira; BATISTA, Marcela Peixoto; SILVA, Tarcísio Augusto Alves da; RODRIGUEZ, Damian Copena (orgs.). *Energia eólica: contratos, renda da terra e regularização fundiária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

MAIA, Fernando Joaquim Ferreira; BATISTA, Marcela Peixoto; SILVA, Tarcísio Augusto Alves da; RODRIGUEZ, Damian Copena (orgs.). *Problemas jurídicos, econômicos e socioambientais da energia eólica no Nordeste brasileiro*. Recife: EDUFRPE, 2023.

MALCOM, Ferdinand. *Uma ecologia decolonial: pensar a partir do mundo caribenho*. Mei, Letícia. Davis, Angela. Fagundes, Guilherme Moura. São Paulo: Ubu Editora, 2022.

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013. v. 1.

MCCARTHY, James. A socioecological fix to capitalist crisis and climate change? The possibilities and limits of renewable energy. *Environment and Planning*, v. 47, n. 12, p. 2485–2502, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1177/0308518X15602491>. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0308518X15602491>. Acesso em: 08 out. 2024.

MENDES, Heloísa Joaquim; MAIA, Fernando Joaquim Ferreira; BASSO, Ana Paula. Contratos de arrendamento eólico em Santa Luzia-PB: o desapossamento de direitos sobre a terra dos arrendadores. *Revista do Curso de Direito do UNIFOR*, v. 14, n. 2, p. 121–144, 2023. Disponível em: <https://revistas.uniformg.edu.br/cursodireitouniformg/article/view/1740>. Acesso em: 01 jul. 2024.

MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA (Brasil). *Boletim Mensal de Monitoramento do Sistema Elétrico*. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/secretarias/secretaria-nacional-energia-eletrica/publicacoes/boletim-de-monitoramento-do-sistema-eletrico>. Acesso em: 22 mar. 2025.

MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA (Brasil). *Brasil é líder em investimento na América Latina em transição energética, mostra relatório*. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/noticias/brasil-e-lider-em-investimento-na-america-latina-em-transicao-energetica-mostra-relatorio>. Acesso em: 22 mar. 2025.

OPENDEMOCRACY. *Paradoxo verde: febre eólica e desmatamento na Amazônia*. 2021. Disponível em: <https://www.opendemocracy.net/pt/paradoxo-verde-febre-eolica-desmatamento-amazonia-equador/>. Acesso em: 24 jul. 2024.

PAGÈS, Max; BONETTI, Michel; GAULEJAC, Vincent; DESCENDRE, Daniel. *O poder das organizações: a dominação das multinacionais sobre os indivíduos*. São Paulo: Atlas, 1987.

PERU. *Decreto Legislativo de promoción de la inversión para la generación de electricidad con el uso de energías renovables*. Disponível em: http://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/energias-renovables/MarcoNormativo/DL_No_1002.pdf. Acesso em: 23 mar. 2025.

PERU. *Decreto Legislativo que promove o investimento na atividade de geração de energia elétrica com recursos hídricos e outros recursos renováveis*. Disponível em: <https://www.gob.pe/institucion/minem/normas-legales/4718251-1058>. Acesso em: 23 mar. 2025.

PERU. Ministerio de Energía y Minas (MINEM). *Acuerdo para el Suministro de Electricidad al Perú y Exportación de Excedentes al Brasil*. 2010. Disponível em: <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Electricidad/Acuerdo%20Peru-Brazil%203%20may%202010.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2025.

PERU. Órgão de Supervisão do Investimento em Energia e Mineração. *Energias renováveis: experiência e perspectivas sobre o caminho do peru rumo à transição energética*. 2019. Disponível em: <https://www.gob.pe/institucion/osinergmin/informes-publicaciones/1201115-energias-renovables-experiencia-y-perspectivas-en-la-ruta-del-peru-hacia-la-transicion-energetica>. Acesso em: 14 jul. 2024.

PROGRAMA INTERNACIONAL DE COOPERAÇÃO URBANA. *Energia limpa*. 2018. Disponível em: https://iuc.eu/fileadmin/user_upload/Regions/iuc_lac/user_upload/EL_5_Sector_2_-_Energ%C3%ADa_Limpia.pdf. Acesso em: 07 jul. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos ambientais procedimentais: acesso à informação, à participação pública na tomada de decisão e acesso à justiça em matéria ambiental*. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 23, n. 2, p. 417-465, set. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.14210/nej.v23n2.p417-465>. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/viewFile/13377/7604>. Acesso em: 12 jan. 2025.

SILVA, Sinara Raquel Sabino Pereira da; BATISTA, Marcela Peixoto; SILVA, Tarcísio Augusto Alves da. A descomunização do vento: como as eólicas ameaçam a instituição do comum Dardot-Lavaliano. In: MAIA, Fernando Joaquim Ferreira *et al.* (org.). *Energia eólica: contratos, renda da terra e regularização fundiária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 219-242.

SILVA, Tarcísio Augusto Alves da. Impactos dos ventos a partir da ambientalização e estrangeirização da terra. *Revista Brasileira de História & Ciências Sociais*, v. 13, n. 27, p. 249-267, 2022. DOI: 10.14295/rbhcs.v13i27.12968. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/rbhcs/article/view/12968>. Acesso em: 8 out. 2024.

SOUZA-LIMA, José Edmilson de. Economia ambiental, ecológica e marxista versus recursos naturais. *Revista da FAE*, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 119-127, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://revistafae.fae.edu/revistafae/article/view/438>. Acesso em: 24 out. 2024.

SOVACOOOL, Benjamin K.; DWORKIN, Michael H. Energy justice: Conceptual insights and practical applications. *Applied Energy*, n. 142, p. 435-444, 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.1016/j.apenergy.2015.01.002>. Disponível em: https://efl-stichting.nl/app/uploads/2022/08/Sovacool_Dworkin-AE-Justice20190902-14416-15urg3-with-cover-page-v2-1.pdf. Acesso em: 24 out. 2024.

TRALDI, Mariana. *Acumulação por despossessão: a privatização dos ventos para a produção de energia eólica no semiárido brasileiro*. 2019. 378 f. Tese (Doutorado) - Curso de Geografia, Instituto de Geociências, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2019.

UNMÜBIG, Bárbara; FUHR, Lili; FATHEUER, Thomas. *Crítica à economia verde*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2016.

WORLD RAINFOREST MOVEMENT. *Paradoxos verdes de um país amazônico*. 2021. Disponível em: <https://www.wrm.org.uy/pt/artigos-do-boletim/paradoxos-verdes-de-um-pais-amazonico>. Acesso em: 20 jul. 2024.



CHACREAMENTOS IRREGULARES E EXPANSÃO URBANA: ESTUDO DE CASO SOBRE A FRAGMENTAÇÃO DE PROPRIEDADES RURAIS EM UMUARAMA/PR

IRREGULAR LAND SUBDIVISION AND URBAN EXPANSION: A CASE STUDY ON THE FRAGMENTATION OF RURAL PROPERTIES IN UMUARAMA/PR

GUILHERME FRASSON* | PATRÍCIA PEREIRA GOMES** | NORMA BARBADO ***

RESUMO

Esse estudo aborda a prática dos chacreamentos em áreas rurais, caracterizada pela subdivisão de grandes lotes em frações menores, frequentemente abaixo de 20.000 m², em desacordo com a legislação vigente. O problema central envolve expansão urbana desordenada, sem planejamento adequado, estudo de impactos ambientais ou fiscalização pública, além da questionável validade jurídica desses empreendimentos. O objetivo principal foi realizar um levantamento dos casos de chacreamentos no Município de Umuarama/PR, identificando as razões para a aquisição dos lotes de forma irregular, a existência ou não de infraestrutura básica e os objetivos de uso da terra a curto, médio e longo prazo. A metodologia adotada incluiu entrevistas semiestruturadas com oito proprietários de lotes rurais de até 20.000 m², a fim de entender os motivos da aquisição, a infraestrutura disponível e a adequação dos empreendimentos. Os resultados indicam que os entrevistados adquiriram os lotes para moradia, lazer e investimento. Além disso, a pesquisa revelou a ausência de fiscalização pública e a falta de infraestrutura adequada para os fins pretendidos, o que contribuiu para a inadequação dos chacreamentos à realidade urbana e ambiental local.

Palavras-chave: Fração Mínima de Parcelamento (FMP); Especulação Imobiliária; Função Social da Propriedade; Cobertura e Uso da Terra; Legislação Ambiental.

ABSTRACT

This study addresses the practice of subdividing large plots of land in rural areas, characterized by the subdivision of these plots into smaller fractions, often smaller than 20,000 m², in violation of current legislation. The central problem involves disorderly urban expansion, without adequate planning, environmental impact studies or public inspection, in addition to the questionable legal validity of these projects. The main objective was to conduct a survey of cases of inadequate subdivision of rural land in the municipality of Umuarama/PR, identifying the reasons for the irregular acquisition of land, the existence or lack thereof of basic infrastructure and the objectives of land use in the short, medium and long term. The methodology adopted included semi-structured interviews with eight owners of rural land of up to 20,000 m², in order to understand the reasons for the acquisition, the available infrastructure and the suitability of the projects. The results indicate that the interviewees acquired the land for housing, leisure and investment. Furthermore, the research revealed the absence of public supervision and the lack of infrastructure suitable for the intended purposes, which contributes to the inadequacy of small properties to the local urban and environmental reality.

Keywords: Minimum Instalment Fraction (MIF); Real Estate Speculation; Social function of property; Land Cover and Use; Environmental Legislation

* Mestre em Sustentabilidade pelo Programa de Pós-Graduação em Sustentabilidade (PSU - UEM/IFPR).
Advogado.
gui_fra91@hotmail.com

** Doutora e Mestre em Ecologia pela Universidade de Brasília (UnB).
Professora do Instituto Federal de Minas Gerais (IFMG), campus São João Evangelista.
patricia.pereira@ifmg.edu.br

*** Doutora em Agronomia pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná.
Professora do IFPR, campus Umuarama, e do Programa de Mestrado em Sustentabilidade (PSU - IFPR/UEM).
norma.barbado@ifpr.edu.br

Recebido em 27-10-2024 | Aprovado em 31-3-2025



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 2 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS; 3 RESULTADOS E DISCUSSÃO; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

O Município de Umuarama/PR foi fundado em 26 de junho de 1955, mas os dados históricos demonstram que as raízes de sua fundação são frutos de um plano ousado e ambicioso de exploração e desbravamento idealizado pelo técnico em agricultura e reflorestamento Lord Lovat, por volta do ano de 1924¹. Nesta época, o londrino chegou ao Norte do Paraná e, em razão da ausência de infraestrutura ferroviária, não foi possível explorar o território paranaense. Assim, almejando expandir o território, ele passou a adquirir significativa quantidade de terras para o plantio de algodão, criando diversas empresas para administrar o empreendimento. Tais empresas posteriormente se tornaram a Companhia Melhoramento Norte do Paraná (CMNP)².

Por volta de 1949, a empresa de Lord Lovat, ao lado do diretor gerencial Arthur Thomas, adquiriu 515 mil alqueires de florestas no Norte do Paraná. Assim, passou a dedicar-se ao povoamento e à construção de infraestrutura, chegando na região denominada “Cruzeiro”, de onde surgiu o distrito de Umuarama/PR, vindo a se tornar município em 25/07/1960, por meio da Lei Estadual Nº 4245/1960³.

Nesse cenário, os primeiros habitantes do Município de Umuarama/PR (entre 1948 e 1958) eram principalmente gaúchos, mineiros, paulistas e nordestinos, além dos imigrantes estrangeiros, como japoneses, italianos, portugueses e sírio-libaneses⁴, p. 164-174. Além disso, há relatos de que os primeiros habitantes da região de Umuarama foram os indígenas da tribo Xetá, que viviam na área conhecida como Serra dos Dourados⁵. Com o processo de ocupação conduzido pela CMNP, esses indígenas foram expulsos e hoje não há vestígios da tribo em seu local de origem⁶. Nesse contexto, percebe-se um descaso com a história indígena local, apesar de os indígenas da tribo Xetá serem considerados os verdadeiros povos autóctones da região³.

Atualmente, Umuarama/PR possui como limites Xambrê, Cafezal do Sul, Perobal, Mariluz, Cruzeiro do Oeste, Maria Helena, Douradina, Ivaté, Icaraíma e Alto Paraíso, com limites

¹ UMUARAMA. *Prefeitura Municipal*. Disponível em: <https://www.umuarama.pr.gov.br/umuarama#undefined>. Acesso em: 22 out. 2024.

² UMUARAMA. *Prefeitura Municipal*. Disponível em: <https://www.umuarama.pr.gov.br/umuarama#undefined>. Acesso em: 22 out. 2024.

³ UMUARAMA. *Prefeitura Municipal*. Disponível em: <https://www.umuarama.pr.gov.br/umuarama#undefined>. Acesso em: 22 out. 2024.

⁴ FRANÇA, Junior Pedro. A ocupação do Noroeste do Paraná e a cidade de Umuarama: uma retrospectiva do processo de ocupação. *Akrópolis*, v. 19, n. 3, 2011.

⁵ FRANÇA, Junior Pedro. A ocupação do Noroeste do Paraná e a cidade de Umuarama: uma retrospectiva do processo de ocupação. *Akrópolis*, v. 19, n. 3, 2011.

⁶ FRANÇA, Junior Pedro. A ocupação do Noroeste do Paraná e a cidade de Umuarama: uma retrospectiva do processo de ocupação. *Akrópolis*, v. 19, n. 3, 2011.

administrativos Lovat, Roberto Silveira, Santa Eliza, Serra dos Dourados e Vila Nova União, além da Vila Nova Jerusalém, um povoado rural⁷. Em 2022, a área do município de Umuarama/PR era de 1.234,537 km², o que o coloca na posição 32 dentre os 399 municípios do estado e 1195 dentre os 5570 municípios brasileiros⁸. No mesmo ano, a população era de 117.095 habitantes, com densidade demográfica de 94,85 habitantes por quilômetro quadrado⁹.

Ao lado da evolução geográfica e populacional do ente municipal, foi possível verificar o surgimento de um empreendimento que tem por objetivo a formação de pequenas chácaras, denominado chacreamentos. A ideia do negócio é simples: escolhe-se um lote rural com extensão, em regra, maior do que 20.000 m², fraciona-se o lote em muitos outros menores – de 1.000 a 5.000 m², em regra – e posteriormente tais propriedades são comercializadas por valores atrativos e com possibilidade de pagamento a longo prazo.

A lógica seria obter uma alta lucratividade sobre o fracionamento do lote rural de maior extensão, circunstância esta que não seria verificada se o lote fosse vendido isoladamente. No entanto, essa prática encontra alguns empecilhos de ordem legal, pois conforme o Estatuto da Terra (Lei Federal 4504/1964), a divisão de imóveis rurais em áreas menores que o Módulo Rural (MR) é proibida. O MR é a unidade mínima de terra que pode ser plenamente utilizada pelo agricultor e sua família, permitindo o emprego total da mão de obra familiar, garantindo sua subsistência e promovendo melhorias sociais e econômicas.

De acordo com a legislação, a área máxima de um MR é estabelecida para cada região e tipo de atividade, sendo permitida, em alguns casos, a contratação de terceirizados e a Fração Mínima de Parcelamento (FMP) corresponde à menor porção de terra em que um imóvel rural pode ser subdividido em determinado município.

O Módulo Fiscal (MF) é uma medida usada para definir a área mínima de uma unidade produtiva que seja economicamente viável, além de servir como base para o cálculo da alíquota do Imposto Territorial Rural (ITR). De acordo com o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), um imóvel que possua entre um e quatro MFs é classificado como pequena propriedade rural e, em Umuarama/PR, cada módulo fiscal possui 20 hectares (200.000 m² ou 8,26 alqueires). Outra instrução do INCRA determina que todos os municípios do estado do Paraná possuam a FMP rural de 2,00 hectares (20.000 m²), ou seja, salvo algumas exceções para fins de moradia e regularização fundiária, o fracionamento abaixo da FMP é inadequado do ponto de vista legal e ambiental.

Ademais, muitos dos lotes que são comercializados estão sendo utilizados como área urbana e não são fiscalizados pelo poder público e sequer possuem infraestrutura básica para que os moradores tenham qualidade de vida. Esse processo vai de encontro ao estabelecido pela Constituição Federal de 1988 (no que se refere à função social da propriedade) e seus instrumentos complementares, como a Lei Federal Nº 6766/1979 (que determina critérios e diretrizes para o parcelamento do solo urbano, com ordenamentos correspondentes à urbanização e criminalização de atos ilegais) e o Estatuto da Cidade, Lei Federal Nº 10257/2001 (o

⁷ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Panorama de Umuarama, PR*. 2024. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pr/umuarama/panorama>. Acesso em: 22 out. 2024

⁸ FRANÇA, Junior Pedro. A ocupação do Noroeste do Paraná e a cidade de Umuarama: uma retrospectiva do processo de ocupação. *Akrópolis*, v. 19, n. 3, 2011.

⁹ FRANÇA, Junior Pedro. A ocupação do Noroeste do Paraná e a cidade de Umuarama: uma retrospectiva do processo de ocupação. *Akrópolis*, v. 19, n. 3, 2011.

que exige que o empreendimento faça parte do Plano Diretor, promovendo um pacto em torno de propostas que representem os anseios da sociedade).

Diante do exposto, levanta-se a seguinte situação problema: a prática dos chacreamentos em áreas rurais, caracterizada pela subdivisão de grandes lotes em frações menores, frequentemente inferiores a 20.000 m², vem ocorrendo de forma irregular, contrariando a legislação vigente. Essa expansão urbana desordenada, sem planejamento adequado e sem fiscalização, levanta preocupações quanto aos impactos ambientais e à validade jurídica desses empreendimentos, além da falta de infraestrutura adequada para os objetivos pretendidos pelos proprietários. Nesse contexto, o objetivo principal desse estudo foi realizar um levantamento sobre os casos de chacreamentos no Município de Umuarama/PR, identificando as razões para a aquisição de lotes rurais fracionados de forma irregular, a existência ou não de infraestrutura básica e os objetivos de uso da terra a curto, médio e longo prazo.

2 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Para alcançar os objetivos propostos, foi realizada uma pesquisa qualitativa com a aplicação de entrevistas semiestruturadas a oito proprietários de lotes rurais com extensão inferior a 20.000 m² em Umuarama/PR. A análise das respostas permitiu compreender os motivos da aquisição dos lotes, a percepção sobre a infraestrutura disponível e a adequação dos empreendimentos aos fins para os quais foram adquiridos. A pesquisa também investigou a ausência de fiscalização pública e os possíveis impactos dessa prática no planejamento urbano local.

Inicialmente, buscou-se identificar quais propriedades da região de Umuarama/PR contêm extensão abaixo da FMP (20.000 m²). Para tanto, foram realizadas cerca de 30 visitas às propriedades rurais na extensão do Município de Umuarama/PR, além da pesquisa em sites de vendas de imóveis, principalmente no site Imobiliário Paraná¹⁰. Levantou-se, ainda, informações da Prefeitura Municipal de Umuarama/PR acerca da modalidade de parcelamento do solo estudada.

Para a identificação do fenômeno dos chacreamentos no Município de Umuarama/PR, foi aplicada uma entrevista guiada, baseada em 18 perguntas (Quadro 1), formando-se um estudo qualitativo, uma vez que as informações coletadas procuraram mensurar o tema e descrevê-lo por meio de impressões de pontos de vistas e opiniões dos participantes. Após a aceitação da participação no estudo, realizou-se conversa informal *in loco* com uma amostra de responsáveis em oito propriedades rurais que estão em desacordo com a legislação vigente (abaixo de 20.000 m²). Vale ressaltar que esse estudo foi autorizado pelo Comitê e Ética na Pesquisa (CEP), CAAE 51348021300008156, parecer Nº 4983497, 2021. Assim, os participantes assinaram o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE), e não foram identificados. Destaca-se, ainda, que o projeto inicial previa a aplicação da entrevista a 30 proprietários. No entanto, tendo em vista a facultatividade na participação aliada a uma injustificada e não esclarecida desconfiança de alguns entrevistados, apenas oito proprietários aceitaram participar do estudo. A localização das propriedades rurais com extensão abaixo da FMP foi uma tarefa árdua, considerando a escassez de informações no mapa do zoneamento do ente municipal.

¹⁰ IMOBILIÁRIO PARANÁ. Disponível em: <https://abrir.link/hDxAc> Acesso em: 10 abr. 2022.

Quadro 1

Roteiro da entrevista guiada aplicada a proprietários das chácaras menores que 20.000 m², Umuarama/PR.

Nº	Pergunta	Opções de resposta
1	Qual a sua profissão?	() autônomo; () empresário; () agricultor ou agrônomo; () professor; () pecuarista; () trabalhador rural/boia-fria; () outros: -----
2	Qual o seu grau de instrução?	() não alfabetizado; () Ensino Fundamental incompleto ; () Ensino Fundamental completo; () Ensino Médio incompleto () Ensino Médio completo; () Ensino Superior incompleto; () Ensino Superior Completo; () Pós-graduação (especialização, mestrado e/ou doutorado); () outros: -----
3	O que motivou sua aquisição e/ou arrendamento da propriedade rural?	() lazer; () moradia; () trabalho/subsistência; () investimento; () produção agrícola; () pecuária/pastagens; () outros: -----
4	O que pretende fazer com a propriedade a curto, médio e longo prazo?	() mantê-la como área de lazer; () mantê-la como opção de moradia; () mantê-la como instrumento de trabalho/subsistência; () mantê-la como opção de investimento; () mantê-la como área de produção agrícola; () mantê-la como área para pecuária/pastagens; () outros:-----
5	Qual o tamanho dessa propriedade rural?	() menos de 1.000 m ² ; () de 1.000 m ² a 2.000 m ² ; () de 2.001 m ² a 3.000 m ² ; () de 3.001 m ² a 4.000 m ² ; () de 4.001 m ² a 5.000 m ² ; () de 5.000 m ² a 10.000 m ² ; () de 10.001 m ² a 15.000 m ² ; () de 15.001 m ² a 20.000 m ² .
6	Essa propriedade tem escritura individual?	() sim; () não; () outros: -----
7	Existe alguma benfeitoria na propriedade?	() não; () sim, quais? ----- () pretende construir, citar: ----- () outros -----
8	Existe sistema de eletricidade na propriedade?	() não; () sim, qual? -----
9	Existe sistema de fornecimento de água na propriedade?	() não; () sim, qual? -----
10	Existe coleta de resíduos (lixo) na estrada de acesso à essa propriedade rural?	() não; () sim, com que frequência? -----
11	Em relação ao esgotamento sanitário, nessa propriedade há:	() esgoto a céu aberto; () fossa rudimentar (negra); () fossa séptica; () fossa verde (tratamento por zona de raízes); () rede de coleta de esgoto (SANEPAR); () outros -----
12	Há algum tipo de degradação ambiental nessa propriedade rural?	() não; () sim; () não sei informar.

13	No caso da existência de degradação ambiental na propriedade, pretende empregar esforços para recuperar a área degradada?	() não há degradação ambiental; () não; () sim. Quais as medidas? -----
14	Qual(is) dessa(s) ação(ões) você já praticou nessa propriedade rural?	() plantio de árvores nativas; () plantio de árvores frutíferas; () economia no consumo de água; () economia no consumo de energia; () reutilização, reciclagem e/ou reaproveitamento dos resíduos; () separação e destinação dos resíduos (lixo) para a coleta seletiva; () produção orgânica; () integração floresta, lavoura e pecuária (IFLP); () manejo de solo para agricultura e/ou pastagem; () rotação de culturas; () curvas de nível; () ateamento de fogo; () desmatamento; () uso de agroquímicos (agrotóxicos); () outros: -----
15	Na sua visão, existe algum interesse do Poder Público ou da população (inclusive vizinhos da propriedade) sobre a preservação do meio ambiente?	() não; () sim; () outros.
16	Você consegue identificar algum ato, postura ou projeto (proposta) no sentido de proteger o meio ambiente na região em que se localiza essa propriedade?	() não; () sim, qual(is)? -----
17	Tem conhecimento se houve a supressão de área nativa por ocasião da demarcação e da realização do chacreamento na área dessa propriedade rural?	() não; () sim.
18	Sabe se houve desmatamento nas áreas vizinhas dessa propriedade rural?	() não; () sim, citar o motivo, se souber -----

A entrevista guiada (Quadro 1) foi organizada em três vertentes fundamentais: 1) Identificação da extensão da propriedade rural, na intenção de verificar se está abaixo da FMP; 2) Existência, ou não, de infraestrutura mínima dos referidos lotes, visando verificar a existência, ou não, de fiscalização dos órgãos públicos e possíveis desgastes ambientais futuros; 3) Intenção dos proprietários na destinação dos lotes no futuro, identificando principalmente o emprego de ações voltadas à preservação do meio ambiente e ao desenvolvimento da cidade e do campo.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Durante o estudo, houve uma certa dificuldade na localização e mapeamento das chácaras, já que não estão catalogadas nos registros dos órgãos públicos, seja no sistema do Pla-

nejamento Urbano do Município ou nos Registros de Imóveis. Isto porque, as áreas rurais estão identificadas pelo seu georreferenciamento originário, ou seja, pelo tamanho correto e adequado à FMP e ao módulo rural.

Como parte dos levantamentos, verificou-se que a Secretaria de Planejamento Urbano do Município de Umuarama/PR emitiu dois comunicados alertando sobre a irregularidade da aquisição de lotes abaixo da FMP. Em 10 de abril de 2021, a Prefeitura Municipal de Umuarama/PR, por intermédio de sua página oficial, emitiu uma espécie de alerta para a questão de parcelamento do solo com área inferior a 20.000 m². A notícia foi assim redigida:

A Prefeitura de Umuarama deve notificar proprietários de terrenos com área inferior a 20.000 m² dentro da área do município. O parcelamento de solos com extensão abaixo dessa metragem é uma prática irregular, que não conta com autorização ou anuência do município. [...] As áreas rurais “fatiadas” abaixo dessas dimensões podem ser consideradas loteamentos, que são proibidos pela lei de parcelamento de solo. Os compradores de lotes de 5.000 m² ou qualquer tamanho abaixo da unidade mínima definida pelo Incra (que é de 20.000 m²) não são proprietários legais perante o município, e não conseguirão documentar esses terrenos. Os ‘contratos de gaveta’ realizados nessas transações não têm valor legal [...]. A lei deixa claro que não será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos na zona rural do município, o que pode ocorrer exclusivamente para a exploração agropastoril e agroindústria, e ainda assim respeitando as dimensões definidas pelo Incra, com área mínima de 20.000 m². Com o parcelamento em área inferior, o lote perde as condições de imóvel rural com suas atividades rurais, portanto deixa de ser legal e constitui crime ambiental [...]. A Secretaria Municipal de Obras, Planejamento Urbano, Projetos Técnicos e Habitação da Prefeitura de Umuarama reforça aos adquirentes de lotes provenientes de parcelamento do solo, que não adquiram terras com área inferior a um módulo do Incra. Para regularização, esses lotes deverão obedecer à Lei de Parcelamento do Solo e conter a aprovação na forma de loteamento junto à Prefeitura de Umuarama, bem como o seu respectivo registro [...] ¹¹.

A segunda notícia veiculada pelo ente municipal foi em 04 de fevereiro de 2022, reforçando sobre a irregularidade dos lotes abaixo de 20.000 m². Eis o teor da notícia:

A Prefeitura de Umuarama alerta aos proprietários de terrenos com área inferior a 20.000 m², geralmente destinados a construção de chácaras de lazer, que não é possível regularizar a documentação destas áreas junto ao município. O parcelamento de solos com extensão abaixo dessa metragem é totalmente irregular, não conta com autorização ou anuência do município e por isso não pode receber aprovação. Segundo o diretor de Planejamento Urbano da Prefeitura, [...], áreas rurais “fatiadas” nessas dimensões seriam consideradas loteamentos, porém são proibidos pela lei de parcelamento de solo. Por isso, a Prefeitura poderá notificar os ‘proprietários’ na zona rural com área inferior a 20.000 m² no território do município. O diretor reforça que compradores de lotes rurais de 5.000 m² – muito comuns, apesar da ilegalidade – ou qualquer tamanho abaixo da unidade mínima definida pelo Incra (20.000 m²) não são proprietários de fato, perante o município. Perante a lei, eles não conseguirão documentar esses terrenos. Os ‘contratos de gaveta’ realizados nessas transações não têm valor legal [...]. A legislação é clara ao definir que “não será admitido

¹¹ UMUARAMA. *Prefeitura Municipal*. Disponível em: <https://www.umuarama.pr.gov.br/noticias/obras-planejamento-urbano-e-projetos-tecnicos/parcelamento-de-solo-com-area-inferior-a-20-mil-m-nao-pode-ser-regularizado>. Acesso em: 08 out. 2024.

parcelamento do solo para fins urbanos na zona rural do município”, o que pode ocorrer exclusivamente para a exploração agropastoril e agroindústria, e ainda assim respeitando as dimensões definidas pelo Incra, com área mínima. Com o parcelamento em área inferior o lote perde as condições de imóvel rural, com suas atividades silvo pastoris, portanto, deixa de ser legal e sua ocupação constitui crime ambiental [...]. A Secretaria Municipal de Obras, Planejamento Urbano e Projetos Técnicos reforça aos interessados em lotes provenientes de parcelamento do solo, que não adquiram terras com área inferior a um módulo do Incra. Para regularização esses lotes deverão obedecer à Lei de Parcelamento do Solo e conter a aprovação na forma de loteamento, junto à Prefeitura de Umuarama, bem como o seu respectivo registro, concedido apenas em operações realizadas dentro da lei [...]¹².

O Município de Umuarama/PR possui duas Leis Complementares (LC) que tratam sobre o uso, a ocupação e o parcelamento do solo urbano, estabelecendo diretrizes sobre a harmonização e compatibilização sobre as estruturas ambientais urbanas e naturais (LC's 434 de 19 de junho de 2017 e 441 de 19 de dezembro de 2017). A LC Nº 441/2017 trata especificamente sobre o zoneamento urbano, fornecendo todas as diretrizes necessárias ao correto desenvolvimento urbanístico da cidade de Umuarama/PR. A LC Nº 434/2017 dispõe sobre o parcelamento e o remembramento do solo para fins urbanos. O Art. 7º, inciso XII, da referida Lei, dispõe sobre a proibição de parcelamento do solo para fins urbanos, na forma da Lei Federal Nº 6766/1979, especialmente sobre parcelamento na zona rural, salvo se os parcelamentos atenderem as exigências do INCRA. Ainda na mesma LC, o Art. 13 dispõe que só poderá ocorrer o parcelamento na zona rural para fins de exploração agropastoril, agroindústria, comercial, industrial e áreas de lazer, conforme estabelecido na Lei de Uso e Ocupação do Solo do Município. Por sua vez, o Art. 14 determina que deverá ser observado o módulo mínimo estabelecido pelo INCRA para o Município. Em complemento, o Art. 16 aduz que não é permitida a ocupação de lotes rurais com características urbanas fora da área de expansão urbana ou urbanização específica, salvo a exceção do Art. 14 (respeitado o módulo pelo INCRA) e, na ocorrência da destinação da indústria ou área de lazer na área rural ou dos distritos, será ainda necessário o parecer da secretaria municipal de obras, planejamento urbano, projetos técnicos e habitação e secretaria do meio ambiente. Ainda, o Art. 15 da LC Nº 434/2017, em redação dada pela Lei Complementar Nº 498/2022, estabelece que o parcelamento do solo rural deverá atender os seguintes requisitos:

I - será registrada uma reserva florestal legal bem como as áreas de Preservação Permanente dentro do próprio imóvel, conforme preconiza o Código Florestal Brasileiro; II - havendo parcelamento do solo, haverá necessidade de aberturas de estradas de acesso aos novos lotes, estas deverão ser projetadas e construídas pelo proprietário do desmembramento do imóvel, com largura mínima de 12 (doze) metros, podendo esta ser averbada na matrícula do imóvel e afetada ao patrimônio do município, ou na forma de servidão de passagem, caso em que a responsabilidade pela manutenção e conservação serão de exclusividade dos proprietários dos imóveis. Art. 15. Os lotes em áreas rurais que possuem edificações para fins de entretenimento e lazer, ou quaisquer outras que não sejam voltadas para atividades estritamente rural, devem ser dotados de sistema de tratamento de esgoto, com exceção apenas se devi-

¹² UMUARAMA. *Prefeitura Municipal*. Disponível em: <https://www.umuarama.pr.gov.br/noticias/obras-planejamento-urbano-e-projetos-tecnicos/parcelamento-de-solo-com-area-inferior-a-20-mil-m-nao-pode-ser-regularizado>. Acesso em: 08 out. 2024.

damente comprovada pela concessionária, sistema de abastecimento de água potável, destinação adequada de resíduos sólidos, dentre outros, devidamente comprovados através de anuência expedida pelo órgão ambiental responsável, ou concessionárias.

Na forma dos artigos 21, inciso XX, 22, inciso I e 24, inciso I, § 1º, da Constituição Federal de 1988, é da competência de União instituir diretrizes gerais sobre desenvolvimento urbano e legislar privativamente sobre direito agrário. Desse modo, a legislação federal visa estabelecer normas gerais para o tratamento igualitário entre todos os demais entes federativos e limitar a própria atividade legiferante, de modo que não haja regras diferentes e divergentes para cada ente município e estado.

Assim, via de exemplo, a Lei Federal Nº 6766/1979 que trata sobre o parcelamento do solo urbano e o Estatuto da Terra, só permite o parcelamento do solo rural desde que respeitada a fração mínima de parcelamento, sendo o INCRA a autarquia responsável por definir a FMP para cada região da federação. Além disso, o município só pode legislar sobre parcelamento do solo urbano em áreas urbanizáveis ou de urbanização específica, não possuindo a competência para legislar sobre parcelamento do solo rural.

A LC 434/2017 não pode autorizar, via de exemplo, a instituição de chácaras de lazer ou de recreio se tais propriedades não estiverem na zona de expansão urbana ou propriamente no perímetro urbano (visto que compete à União o estabelecimento das diretrizes gerais sobre parcelamento rural) sob pena de inconstitucionalidade. Quando os espaços rural-urbanos se entrelaçam, sendo difícil delimitar onde começa um e termina o outro, o rural passa a praticar atividades tipicamente urbanas, surgindo vários desafios¹³. Com o surgimento dos chacreamentos rurais ocorrem implicações espaciais, econômicas e ambientais e o espaço urbano também passa por modificações, incorporando características típicas do meio rural¹⁴.

Atualmente, de acordo com o Sistema Nacional de Cadastro Rural (SNCR), criado pela Lei Federal Nº 5.868/1972, a área mínima a ser observada para fins de parcelamento do solo rural está prevista no Certificado de Imóvel Rural, na esteira das disposições das Instruções Normativas Nº 5/1973 e Nº 50/1997 do INCRA, isto é, nenhuma área rural pode ser parcelada ou desmembrada se sua extensão ficar aquém da extensão de 20.000 m², logo, não é possível atualmente a regularização dessas chácaras com áreas inferiores a FMP.

Por outro lado, é entendimento contrário ao espírito da Lei a chancela e regularização dos chacreamentos mediante a instituição do condomínio de lotes rurais. O Estatuto da Terra, embora tenha previsto a instituição de condomínio ou consórcio de lotes rurais, visa o desenvolvimento extrativo agrícola, pecuário ou agroindustrial, além da promoção do bem-estar coletivo, desde que respeitada a FMP. O Decreto Federal Nº 59.428/1966, especialmente no Art. 96, prevê a possibilidade da instituição de loteamentos rurais, mas desde que sejam voltados à urbanização, industrialização e formação de sítios de recreio, devendo ter a aprovação pelo ente municipal e pelo INCRA, além dos seguintes requisitos cumulativos:

¹³ MOTA, Rosângela Ferreira Souza. *Chacreamentos e condomínios rurais em Montes Claros: uma análise do continuum rural-urbano*. 2024. 164 f. Dissertação (Mestrado em Geografia) – Universidade Estadual de Montes Claros, Montes Claros, 2024.

¹⁴ MOTA, Rosângela Ferreira Souza. *Chacreamentos e condomínios rurais em Montes Claros: uma análise do continuum rural-urbano*. 2024. 164 f. Dissertação (Mestrado em Geografia) – Universidade Estadual de Montes Claros, Montes Claros, 2024.

Art. 96. Os projetos de loteamentos rurais, com vistas à urbanização, industrialização e formação de sítios de recreio, para serem aprovados, deverão ser executados em área que: I - Por suas características e pelo desenvolvimento da sede municipal já seja considerada urbana ou esteja incluída em planos de urbanização; II - Seja oficialmente declarada zona de turismo ou caracterizada como de estância hidromineral ou balneária. III - Comprovadamente tenha perdido suas características produtivas, tornando antieconômico o seu aproveitamento. Parágrafo único. A comprovação será feita pelo proprietário ou pela municipalidade em circunstanciado laudo assinado por técnico habilitado, cabendo ao IBRA ou ao INDA, conforme o caso, a constatação de sua veracidade.

Vê-se que os loteamentos rurais e/ou instituição de condomínios não podem burlar a FMP, sob pena da lei ser ineficaz. Embora o condomínio seja uma ficção jurídica ou um ente despersonalizado, como decidiu a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em 2017 (já que as unidades, no caso os lotes rurais, fazem parte de um todo e são consideradas apenas um ente), o fato é que a propriedade será explorada por vários proprietários, sendo inclusive necessário à administração da propriedade comum.

Além das observações noticiadas, ao consultar o site Imobiliário Paraná¹⁵, foi possível verificar uma elevada oferta no tocante às áreas rurais na circunscrição geográfica do Município de Umuarama/PR. Com exceção daquelas que estão de acordo com a FMP, foi possível constatar ao menos 20 lotes rurais que estão sendo comercializados com áreas inferiores a 20.000 m².

Vale ressaltar que o chacreamento ilegal não ocorre apenas em Umuarama/PR, sendo um fenômeno presente em diversas cidades brasileiras, principalmente nas regiões metropolitanas e próximas a áreas urbanas. Estudos revelam que a expansão desordenada e clandestina das áreas de chacreamento contribui para a geração de conflitos decorrentes da sobreposição da regulação jurídica que incide sobre a produção de espaço e territorialidades^{16,17,18}.

Além disso, dados do IBGE demonstram que a falta de acesso a serviços básicos, como saúde e educação, é mais acentuada em áreas resultantes do chacreamento ilegal, aprofundando a exclusão socioespacial¹⁹. A falta de acesso à moradia digna e a especulação imobiliária são fatores que impulsionam essa prática. Além disso, a ineficiência na regularização fundiária e a ausência de políticas públicas adequadas contribuem para a expansão do chacreamento ilegal no país.

¹⁵ IMOBILIÁRIO PARANÁ. Disponível em: <https://abrir.link/hDxAc> Acesso em: 10 abr. 2022.

¹⁶ COELHO, Luana Xavier Pinto. O fenômeno urbano e os campos cegos da regulação territorial: para além da dicotomia cidade-campo. *Revista Brasileira de Direito Urbanístico* (RBDU), ano 7, n. 12, p. 105-127, 2021.

¹⁷ SANTOS, José Luis Ferreira dos. *Astigmatismo institucional: invisibilidade social nas áreas de parcelamento Irregular do solo urbano e rural no Sul de Minas Gerais*. 2024. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre/MG, 2024.

¹⁸ STEPHAN, Ítalo Itamar Caixeiro. Desafios do controle da produção do espaço urbano em Viçosa (MG). *Revista de Ciências Humanas*, v. 1, n. 24, p. 78-105, 2024.

¹⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Todas as Pesquisas e Estudos*. 2024. Rio de Janeiro: IBGE, 2024. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/todos-os-produtos-estatisticas.html> Acesso em: 25 out. 2024.

Na Estrada Jaborandi, com início na Rodovia PR 482 (Rodovia Moacyr Loures Pacheco), com percurso e acesso à Rodovia PR 487 (Estrada Boiadeira), foi possível identificar a existência de oferta de chácara com extensão de 5.000 m² (Figura 1).

Figura 1

Propaganda de chácara à venda na Estrada Jaborandi, Umuarama-PR²⁰.



A propósito, a estrada Jaborandi, com extensão de aproximadamente 8,8 km, foi pavimentada pelo Município de Umuarama/PR. Seu percurso dá acesso ao Rio Piava, único manancial de abastecimento público da cidade. Logo, caso aumente o número de chácaras com extensão inferiores à FMP, é indicativo que o município cresça em direção à Área de Preservação Ambiental (APA), propiciando diversos impactos socioeconômicos e ambientais.

Nesse contexto, a APA do Rio Piava possui um Plano de Manejo²¹ (revisado em 2023) e a Lei Complementar Nº 556, de 23 de novembro de 2023, que regulamentam a implantação de novos empreendimentos ou atividades que compreendam a utilização dos recursos naturais, bem como as obras de engenharia ou infraestrutura e, até mesmo, sugere que seja estipulado prazo (a ser definido pelo órgão competente) para a adequação dos empreendimentos que estiverem em desacordo com as normas vigentes, após análise em procedimento administrativo próprio que respeite o contraditório e a ampla defesa.

Então, qualquer propriedade irregular situada na APA do Rio Piava acarretará dificuldades legais para construção de edificações ou qualquer atividade que não seja permitida no Plano de Manejo. Além disso, qualquer atividade a ser desenvolvida na referida APA ou alteração de zoneamento, precisa de anuência do Conselho Municipal de Meio Ambiente (Art. 17º do Decreto Federal Nº 4340/2002) e, neste último caso, sendo recomendável audiência pública.

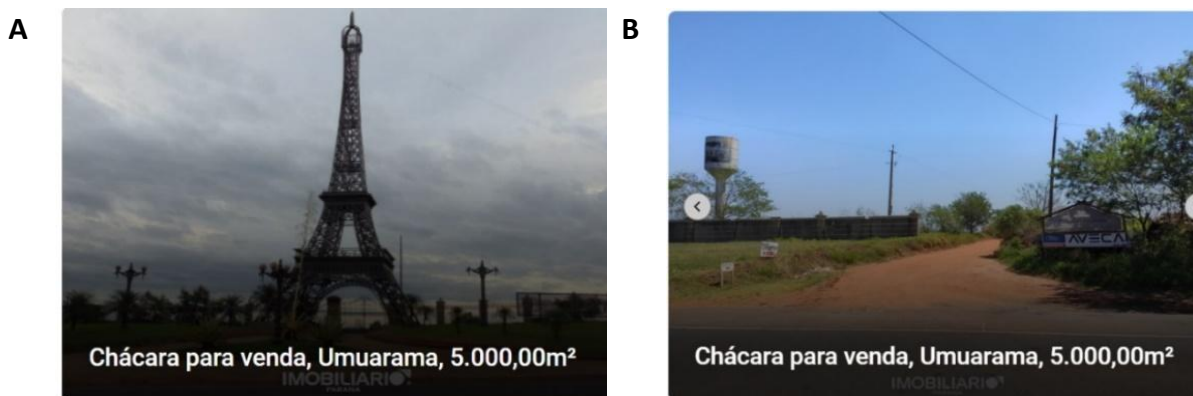
²⁰ IMOBILIÁRIO PARANÁ. Disponível em: <https://abrir.link/hDxAc> Acesso em: 10 abr. 2022.

²¹ UMUARAMA. Plano de Manejo Área de Proteção Ambiental do Rio Piava. Disponível em: https://umuarama.pr.gov.br/files/ArquivoDiversos/arquivo/plano_manejo_2023.pdf. Acesso em: 24 out. 2024.

Durante a busca, verificou-se que na Rodovia PR 323, sentido Umuarama - Perobal/PR, também havia oferta de duas chácaras de 5.000 m², localizadas próximas à Estância Paris, como demonstrado na Figura 2 (A e B).

Figura 2

Propaganda de chácaras à venda na PR 323, sentido Umuarama a Perobal/PR, distantes 11,9 km do centro de Umuarama/PR²².



Ainda na Rodovia PR 323, sentido Umuarama - Cruzeiro do Oeste/PR, também havia chácaras com menos de 5.000 m² sendo comercializadas, como ilustrado na Figura 3 (A, B, C). Na estrada Moema, em continuação da estrada Timbó e Dias, também foi possível verificar a comercialização de chácaras de 2.000 m² (Figura 3 D).

Figura 3

Propaganda de chácaras de até 5.000 m², na região de Umuarama/PR, sendo Estrada Guarani (A); Estrada Juvenal (B, C); Estrada Moema (D)²³.



Distância do centro de Umuarama: 17 km

Distância do Shopping de Umuarama: 5,6 km

²² IMOBILIÁRIO PARANÁ. Disponível em: <https://abrir.link/hDxAc> Acesso em: 10 abr. 2022.

²³ IMOBILIÁRIO PARANÁ. Disponível em: <https://abrir.link/hDxAc> Acesso em: 10 abr. 2022.

C



Distância do Shopping de Umuarama: 5,6 km

D



Distância do centro de Umuarama: 7,7 km

É importante observar, ainda, que a curta distância entre essas propriedades rurais do centro da cidade de Umuarama/PR indica a tendência do sentido do crescimento urbano, caso ocorra a regularização das chácaras que estão à venda.

No caso das propriedades rurais da Estrada Juvenal, verificou-se que houve uma ampla proliferação de chácaras nesta região, especialmente pela construção do único Shopping da cidade nas proximidades. Esse novo empreendimento propiciou um forte investimento no mercado imobiliário. Existe uma complexidade na divisão jurídica entre os campos regulatórios urbanístico e agrário, uma vez que a distinção entre campo e cidade se torna cada vez mais confusa²⁴. A criação de jurisdições separadas para cada área gera uma divisão que, apesar de teórica, não corresponde à continuidade do território, causando conflitos que o direito, com seus limites normativos rígidos, não consegue solucionar²⁵. Quando as dinâmicas de ocupação entre campo e cidade se sobrepõem, surgem áreas de difícil regulação jurídica, revelando uma "cegueira" do sistema para tais interações²⁶.

Considerando a sensibilidade e a peculiaridade do tema, especificamente a discussão quanto à (i)legalidade dos chacreamentos, aliado à manifestação prévia da Prefeitura Municipal de Umuarama/PR no sentido de não aceitar a regularização dos lotes fora da área urbana do município, bem como a falta de intenção de expor as pessoas que tenham adquirido os referidos lotes, não foi publicado nenhum registro fotográfico dos entrevistados. Assim, foi atribuída a denominação de "entrevistado" para cada participante da pesquisa.

Em relação à profissão dos oito entrevistados, cinco são aposentados, um zelador desempregado, um construtor e um vendedor. Quanto ao nível de escolaridade cinco possuem Ensino Médio completo, um possui curso técnico, dois possuem Ensino Fundamental completo.

Nesse aspecto, o nível de escolaridade deveria exercer um papel crucial na preservação do meio ambiente, pois está associado ao aumento da conscientização e ao desenvolvimento

²⁴ COELHO, Luana Xavier Pinto. O fenômeno urbano e os campos cegos da regulação territorial: para além da dicotomia cidade-campo. *Revista Brasileira de Direito Urbanístico* (RBDU), ano 7, n. 12, p. 105-127, 2021.

²⁵ COELHO, Luana Xavier Pinto. O fenômeno urbano e os campos cegos da regulação territorial: para além da dicotomia cidade-campo. *Revista Brasileira de Direito Urbanístico* (RBDU), ano 7, n. 12, p. 105-127, 2021.

²⁶ COELHO, Luana Xavier Pinto. O fenômeno urbano e os campos cegos da regulação territorial: para além da dicotomia cidade-campo. *Revista Brasileira de Direito Urbanístico* (RBDU), ano 7, n. 12, p. 105-127, 2021.

de práticas sustentáveis. No entanto isso não é regra, muitas vezes, pessoas com muitos diplomas não se apresentam interessadas em conservar o meio ambiente, com atitudes individualistas e muito distantes do que se pretende para alcançar a sustentabilidade. Entende-se que indivíduos com maior acesso à educação deveriam possuir uma compreensão mais profunda sobre os problemas ambientais, como desmatamento, poluição, e mudança climática, o que os tornaria mais propensos a adotar hábitos de consumo responsáveis e a participar de ações voltadas à sustentabilidade.

Essa reflexão aponta para uma falha na educação, especialmente nos processos de educação ambiental, frequentemente ausentes dos currículos escolares. Estudos apontam que a educação ambiental, principalmente em níveis escolares e acadêmicos, pode contribuir para a formação de cidadãos informados e engajados em práticas de preservação, como a redução de resíduos, o uso racional de recursos naturais e a busca por energias renováveis^{27,28}. Porém, é preciso que essa educação seja permanente, continuada e efetivada em todas as instituições de ensino.

Ainda em relação à entrevista guiada, obteve-se mais alguns resultados (Quadro 2).

Quadro 2

Resultados da entrevista guiada aplicada a oito proprietários de chácaras com áreas inferiores a 20.000 m², em Umuarama/PR, onde E = entrevistados; EP = extensão da propriedade.

E	EP (m ²)	Localização	Motivos da aquisição	Matrícula	Pretensões futuras
1	2.000	Estrada Velha para Lovat (próximo ao Pesqueiro Império dos Peixes)	Moradia futura	Não há matrícula individual, apenas contrato de gaveta	Plantio de árvores frutíferas e nativas (longo prazo)
2	2.000	Estrada Velha para Lovat (próximo ao Pesqueiro Império dos Peixes)	Moradia futura	Não há matrícula individual, apenas contrato de gaveta	Plantio de árvores frutíferas e nativas (longo prazo)
3	2.500	Rodovia PR 580 sentido Umuarama para Serra dos Dourados	Moradia e lazer	Há matrícula imobiliária	Plantio de árvores frutíferas e nativas (longo prazo)
4	5.000	Estrada Jaborandi, Umuarama/PR	Moradia futura (ainda não há edificação)	Não há matrícula individual, apenas contrato particular de compra e venda	Construção de fossa séptica para esgotamento sanitário
5	5.000	Rodovia PR 489, Km 10, Umuarama/PR	Moradia	Não há matrícula individual	Edificação, plantio e cultivo de árvores frutíferas e nativas

²⁷ DIÓGENES, Ana Flávia Monteiro. *Política Nacional de Educação Ambiental: a educação ambiental como meio de estratégia para construção de um futuro sustentável*. 2024. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental) – Universidade do Estado do Amazonas (UEA), Manaus/AM, 2024.

²⁸ SILVA, Raquel Torres de Brito. *Educação e justiça ambientais no caminho da sustentabilidade e de uma cidadania ambiental*. 2023. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento e Meio Ambiente) – Universidade Federal de Sergipe (PRODEMA/UFS), São Cristóvão/SE, 2023.

6	2.000	Próximo à Rodovia PR 580 sentido Umuarama para Serra dos Dourados	Lazer	Não há matrícula individual, apenas contrato particular de compra e venda	Edificação de alvenaria; melhoria da infraestrutura
7	5.000	Núcleo Cruzeiro, sentido Umuarama a Xambrê	Lazer	Não há matrícula individual, apenas contrato particular de compra e venda	Edificação de alvenaria
8	3.200	Próximo à Rodovia PR 489, sentido Umuarama a Xambrê	Moradia e lazer	Não há matrícula individual, apenas contrato particular de compra e venda	Edificação, plantio e cultivo de árvores frutíferas e nativas

Observa-se, no Quadro 2, que 50% dos entrevistados possuem o objetivo de lazer em suas propriedades. Essa opção, geralmente, ocorre na busca de uma fuga da rotina diária de trabalho e do estresse urbano²⁹. Nesse caso, impulsiona-se a exploração do mercado de moradias secundárias e de imóveis alugados para eventos, incorporando algumas características do espaço urbano no meio rural³⁰. Dessa forma, mais uma vez surge o campo cego da regulação sobre o território, com discrepâncias existentes na atuação regulação binária – urbanístico/agrário, despertando a necessidade de uma reflexão sistematizada que supere a dicotomia campo-cidade³¹.

Durante a entrevista (Quadro 2), verificou-se que há uma exploração mercantil acentuada sobre a comercialização dos lotes rurais, especialmente pela facilidade no pagamento. No entanto, revelou-se que os proprietários dos lotes rurais enfrentam dificuldades no tocante à regularização junto ao Registro de Imóveis, já que a lei impede a formação de matrícula individualizada para propriedades com área inferior a 20.000 m², salvo em regime de condomínio. Todos os adquirentes destacaram que não houve nenhuma espécie de intermediação para a aquisição dos lotes (corretor, por exemplo) e que por ocasião da realização do negócio jurídico nada foi discutido e/ou esclarecido sobre uma possível irregularidade. Esse binarismo (campo-cidade) na regulação jurídica acaba por apresentar entraves múltiplos que, certamente, não possuem uma solução facilmente disponível, necessitando ampliar a discussão na busca por uma resolução da problemática³².

Apesar da discussão quanto à viabilidade, ou não, da exploração dos chacreamentos, inclusive com o alerta do próprio Município no sentido da impossibilidade de regularização, observou-se uma certa despreocupação dos adquirentes dos lotes, visto que nenhum dos en-

²⁹ MOTA, Rosângela Ferreira Souza. *Chacreamentos e condomínios rurais em Montes Claros: uma análise do continuum rural-urbano*. 2024. 164 f. Dissertação (Mestrado em Geografia) – Universidade Estadual de Montes Claros, Montes Claros, 2024.

³⁰ MOTA, Rosângela Ferreira Souza. *Chacreamentos e condomínios rurais em Montes Claros: uma análise do continuum rural-urbano*. 2024. 164 f. Dissertação (Mestrado em Geografia) – Universidade Estadual de Montes Claros, Montes Claros, 2024.

³¹ COELHO, Luana Xavier Pinto. O fenômeno urbano e os campos cegos da regulação territorial: para além da dicotomia cidade-campo. *Revista Brasileira de Direito Urbanístico* (RBDU), ano 7, n. 12, p. 105-127, 2021.

³² MOTA, Rosângela Ferreira Souza. *Chacreamentos e condomínios rurais em Montes Claros: uma análise do continuum rural-urbano*. 2024. 164 f. Dissertação (Mestrado em Geografia) – Universidade Estadual de Montes Claros, Montes Claros, 2024.

trevistados possui matrícula individual da propriedade. Segundo eles, o município não iria permitir a comercialização das áreas se não existisse um interesse futuro na regularização. Ressalta-se que, segundo os relatos dos proprietários, foi possível identificar que não existe fiscalização dos órgãos públicos quanto à comercialização dos lotes a respeito da cobertura e uso da terra, formas de exploração da propriedade, uso da água, bem como sobre a destinação dos resíduos e efluentes gerados. Assim, confirma-se uma necessidade real e séria de estabelecimento de novas políticas públicas e tomadas de decisão em relação aos chacreamentos, diante da evidente impossibilidade de fracionamento dos lotes rurais abaixo da FMP.

Os entrevistados, de forma geral, possuem um mínimo de conhecimento e consciência quanto à proteção do meio ambiente e a necessidade de preservá-lo. Alguns informaram que pretendem plantar árvores nativas e frutíferas. Porém, quando questionados a respeito da necessidade da separação dos resíduos, importância da reciclagem e redução do consumo de energia e água como forma de aliviar a pressão sobre o meio ambiente e o planeta, apresentaram um certo espanto, sendo que tais atitudes passam, muitas vezes, despercebidas. Segundo dados do Ministério do Meio Ambiente, o Brasil produz cerca de 214 mil toneladas de lixo por dia, sendo que apenas 3% desse resíduo é reciclado. Além disso, o relatório da Organização das Nações Unidas (ONU) alerta que a demanda por água potável e energia continuará a aumentar, tornando essencial a implementação de práticas sustentáveis para preservar o equilíbrio do planeta e das futuras gerações³³.

Ainda, foi possível constatar que a maioria das propriedades não possuem infraestrutura mínima para garantir sua legalização frente aos órgãos públicos, como ilustrado no Quadro 3. A ocupação irregular de áreas urbanas e rurais pode ocasionar diversos impactos sociais, como a ausência de infraestrutura essencial, a aglomeração de pessoas em locais sem condições apropriadas de habitação e a precariedade nas condições de moradia³⁴. Esses fatores podem comprometer a saúde, a segurança e a qualidade de vida das populações que residem nessas regiões³⁵.

Quadro 3

Dados sobre infraestrutura de oito chácaras com áreas inferiores a 20.000 m², em Umarama/PR. Os quadros coloridos representam a presença da infraestrutura citada.

Infraestrutura	1	2	3	4	5	6	7	8
Edificação(ões)								
Serviço público de distribuição de Energia Elétrica pela Companhia Paranaense de Energia Elétrica (COPEL)								

³³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Agências da ONU lançam Relatório Mundial sobre o Desenvolvimento dos Recursos Hídricos*. 2021. Disponível em: <https://encurtador.com.br/CqPlx>. Acesso em: 25 out. 2024.

³⁴ SANTOS, José Luis Ferreira dos. *Astigmatismo institucional: invisibilidade social nas áreas de parcelamento Irregular do solo urbano e rural no Sul de Minas Gerais*. 2024. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre/MG, 2024.

³⁵ SANTOS, José Luis Ferreira dos. *Astigmatismo institucional: invisibilidade social nas áreas de parcelamento Irregular do solo urbano e rural no Sul de Minas Gerais*. 2024. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre/MG, 2024.

Serviço público de distribuição de água tratada e saneamento básico pela Companhia de Saneamento do Paraná (SANEPAR)								
Poço artesiano compartilhado								
Serviço público de coleta de resíduos (lixo) pela prefeitura municipal				*				
Asfalto								
Estrada pavimentada (asfalto)								
Fossa séptica								

*Não há serviço de coleta de resíduos (lixo) na propriedade, porém, há na estrada próxima uma vez por semana.

Nesse contexto, verifica-se que há carência dos serviços de distribuição de água tratada e saneamento básico nas propriedades estudadas (Quadro 3). A falta de acesso a serviços adequados aumenta as doenças transmitidas por água e vetores, enquanto o investimento em saneamento reduz a morbidade e alivia a pressão nos sistemas de saúde³⁶. A relação entre saneamento e saúde pública reforça a prevenção de doenças e a promoção de ambientes saudáveis, destacando a importância da água limpa, do tratamento de esgoto e da gestão de resíduos na prevenção de doenças infecciosas, especialmente em comunidades vulneráveis³⁷.

Como observado no Quadro 3, a maioria das propriedades rurais avaliadas utilizam a água de poços artesianos³⁸, com exceção da propriedade 6, que, até o momento da entrevista não possuía nenhuma espécie de infraestrutura. O aumento da quantidade de poços artesianos corrobora para o aumento de impactos ambientais, como a contaminação de lençóis freáticos, a compactação do solo e o desmatamento ao redor para a construção do poço³⁹. A propósito, é preciso ponderar que a água é um recurso natural finito e vulnerável, essencial para todas as formas de vida e para o meio ambiente⁴⁰. A ausência de fiscalização e/ou o pagamento da contraprestação por seu uso pode fomentar o desperdício e sua má utilização, podendo provocar contaminação e poluição⁴¹. Portanto, é imprescindível que haja um monitoramento adequado sobre os poços artesianos e, além disso, que sejam implementadas normas efetivas, com estímulo à população sobre a importância de seguir tais diretrizes estabelecidas para a captação da água⁴².

³⁶ SOUSA, Esdras Wagner de; FASSHEBER, Daniela Monteiro. Propostas educacionais e planos efetivos no controle do uso da água em prol do saneamento básico, meio ambiente e saúde coletiva. *Revista Souza EAD*, v. 75, n. 6, p. 07-22, 2024.

³⁷ SOUSA, Esdras Wagner de; FASSHEBER, Daniela Monteiro. Propostas educacionais e planos efetivos no controle do uso da água em prol do saneamento básico, meio ambiente e saúde coletiva. *Revista Souza EAD*, v. 75, n. 6, p. 07-22, 2024.

³⁸ Um poço artesiano é um tipo de poço perfurado no solo para acessar um aquífero confinado, onde a água sob pressão pode fluir naturalmente até a superfície, sem a necessidade de bombeamento.

³⁹ LIMA, Geilza Lourenço de et al. Análise dos principais impactos ambientais na Serra Gravatá, Município de Jardim, Ceará. *Research, Society and Development*, v. 11, n. 9, e41111930511, 2022.

⁴⁰ NAÇÕES UNIDAS. *Declaração de Dublin sobre Água e Desenvolvimento Humano*. 1992, Dublin. Disponível em: <http://www.un-documents.net/h2odub.htm> Acesso em: 12 out. 2024.

⁴¹ ANDRADE, Murilo Oliveira de; CENCI, Daniel Rubens. A Água nos Documentos Internacionais. VI Seminário Internacional de Direitos Humanos e Democracia. VI Mostra de Trabalhos Científicos. *Anais*, 2018. Unijuí - Universidade Regional, 2018.

⁴² MAGALHAES, André Ferreira; MAGALHAES, Lucas Ferreira. *Outorga do uso das águas para exploração de poços subterrâneos: licenciamento e possíveis penalidades no Brasil*. 2023. 33 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade Evangélica de Goianésia (FACEG), Goianésia/GO, 2023.

Nesse sentido, o processo de perfuração de poços artesianos e a outorga do uso da água guarda regramentos legais, com etapas diferentes e que demandam o apoio de uma equipe especializada, para que todo o processo esteja de acordo com a legislação vigente. Inicialmente, é necessária a anuência prévia da perfuração pelo órgão regulamentar estadual, no caso do estado do Paraná, o Instituto Água e Terra (IAT). Após a anuência e realizada a perfuração do poço, é necessária a solicitação da outorga do uso da água para que assim o proprietário possa realizar o uso da água de forma legal⁴³.

Segundo o chefe do escritório do IAT de Toledo/PR, no processo de perfuração do poço é necessário um estudo geológico do ambiente, além do encapsulamento, isolamento e vazão adequados para o controle regular da qualidade da água, já que o uso inadequado do equipamento poderá ensejar o embargo e o comprometimento do próprio fornecimento da água para o consumo e produção⁴⁴.

Sabe-se que no processo de urbanização sem planejamento crítico e participativo resulta em expansão de empreendimentos irregulares, muitas vezes desprovidos de serviços básicos, como água potável, saneamento e energia elétrica⁴⁵. Essas condições são básicas para que se tenha salubridade humana e ambiental. Nesse sentido, com base em dados de 2016, na área urbana, Umuarama/PR foi considerada uma cidade salubre para se viver, apesar de necessitar de maior atenção em relação às áreas verdes⁴⁶. No entanto, ainda não há estudos sobre as condições de salubridade da área rural do município, com muitos pontos sensíveis a serem estudados, especialmente quando se trata de regularização fundiária. Esse instrumento jurídico visa legalizar a posse da terra e à melhoria da qualidade de vida da população, como também determina a função social da propriedade, que precisa ser efetivamente cumprida⁴⁷.

Especificamente em relação ao esgoto, inúmeras doenças – principalmente as feco-orais – são ocasionadas pela inexistência de tratamento dos dejetos humanos e dos resíduos⁴⁸. Assim, a propriedade rural que não possui tratamento regular de esgoto, fazendo uso das fossas rudimentares e sépticas, em nada contribuem para o desenvolvimento sustentável no campo⁴⁹. Além disso, sabe-se que as fossas rudimentares não têm a capacidade de evitar a contaminação das águas, enquanto as fossas sépticas não promovem a reciclagem dos dejetos humanos, embora possam evitar a contaminação da água⁵⁰. Então, sugere-se para o campo a

⁴³ IAT. *Outorga de Recursos Hídricos*. Instituto Água e Terra. Disponível em: <https://www.iat.pr.gov.br/Pagina/Outorga-de-Recursos-Hidricos> Acesso em 27 set. 2024.

⁴⁴ COPAGRIL. *Poços artesianos precisam de documentação específica para perfuração e uso da água*. Paraná, 2019. Disponível em: <https://abrir.link/QGohm> Acesso em: 27 fev. 2023.

⁴⁵ MOTA, Rosângela Ferreira Souza. *Chacreamentos e condomínios rurais em Montes Claros: uma análise do continuum rural-urbano*. 2024. 164 f. Dissertação (Mestrado em Geografia) – Universidade Estadual de Montes Claros, Montes Claros, 2024.

⁴⁶ LUPEPSA, Vanda Zago; HOFFMANN, César Augusto; SANTANA JÚNIOR, Jorgelino Pedro de; BARBADO, Norma. Índice de salubridade ambiental do município de Umuarama/PR com base nos dados do ano de 2016. *Revista Mundi, Engenharia, Tecnologia e Gestão*, v. 3, n. 4, p. 118-1/118-3, 2018.

⁴⁷ IMPARATO, Ellade; SAULE JÚNIOR, Nelson. Regularização Fundiária em Terras da União. In: ROLNIK, Raquel (Ed.). *Regularização fundiária sustentável – conceitos e diretrizes*. Brasília: Ministério das Cidades, 2007. p. 124.

⁴⁸ COSTA, Cinthia Cabral da; GUILHOTO, Joaquim. J. M. *Saneamento Rural no Brasil: impacto da fossa séptica biodigestora*. Disponível em: <https://abrir.link/nvlXL> Acesso em: 27 set. 2022.

⁴⁹ COSTA, Cinthia Cabral da; GUILHOTO, Joaquim. J. M. *Saneamento Rural no Brasil: impacto da fossa séptica biodigestora*. Disponível em: <https://abrir.link/nvlXL> Acesso em: 27 set. 2022.

⁵⁰ COSTA, Cinthia Cabral da; GUILHOTO, Joaquim. J. M. *Saneamento Rural no Brasil: impacto da fossa séptica biodigestora*. Disponível em: <https://abrir.link/nvlXL> Acesso em: 27 set. 2022.

instalação de fossa séptica biodigestora, uma proposta tecnológica com a alta capacidade de redução dos resíduos que pode, ainda, promover a geração de empregos⁵¹. Esse tipo de fossa, desenvolvida no ano 2000, substitui o esgoto a céu aberto e as fossas convencionais, com os benefícios da reciclagem dos dejetos e da sua vedação hermética que impede a proliferação de doenças⁵².

Outra opção recomendada para o esgotamento sanitário da zona rural é o sistema de tratamento por zona de raízes (fossa verde ou *Wetlands* construídos) que, além de sustentável, tem eficácia comprovada e baixo custo de implantação⁵³. Para se obter um bom desempenho da fossa verde, é necessária a seleção de plantas com potencialidade para uma boa absorção e evapotranspiração. Assim, geralmente utilizam-se espécies como a bananeira (*Musa spp.*) devido ao tamanho de suas folhas⁵⁴ ou plantas macrófitas⁵⁵, como a Taioba (*Xanthosoma sagittifolium*) e a Taboa (*Typha sp.*)⁵⁶. Assim, as plantas em ambiente muito saturado (efluente), interagem com as comunidades microbiológicas nas raízes, utilizam os nutrientes em seu metabolismo e promovem um embelezamento paisagístico⁵⁷.

Outra preocupação nas propriedades pesquisadas é sobre o armazenamento e destinação dos resíduos sólidos, e como observado no Quadro 3, a grande maioria não possui acesso a esse tipo de serviço público. Essa condição desfavorável, aliada aos problemas já citados sobre utilização da água e tratamento do esgoto, propiciam diversos problemas ambientais e sociais, como a proliferação de doenças⁵⁸.

Ainda sobre infraestrutura, observa-se (Quadro 3) que algumas propriedades não são atendidas pelo serviço de distribuição de energia elétrica. Essa preocupação também ocorre em outras localidades, como em Montes Claros/MG, sendo um quesito de reivindicações em muitos chacreamentos, principalmente nos irregulares, muitas vezes obtendo energia de forma clandestina⁵⁹.

⁵¹ COSTA, Cinthia Cabral da; GUILHOTO, Joaquim. J. M. *Saneamento Rural no Brasil: impacto da fossa séptica biodigestora*. Disponível em: <https://abrir.link/nvIXL> Acesso em: 27 set. 2022.

⁵² NOVAES, Antonio Pereira de; SIMÕES, Marcelo Luiz; INAMASU, Ricardo Yassushi; JESUS, Elomir Antonio Perussi de; MARTIN-NETO, Ladislau; SANTIAGO, Gilberto; DA SILVA, Wilson Tadeu Lopes. *Saneamento básico na área rural*. In: SPADOTTO, Claudio A.; RIBEIRO, Wagner C. (Org.). *Gestão de resíduos na agricultura e na agroindústria*. Botucatu: Fundação de Estudos e Pesquisas Agrícolas e Florestais, p. 262-275, 2006.

⁵³ LIMA, Débora Tainá da Silva de; BARBADO, Norma; MORITZ, Jaqueline. Educação Ambiental a partir do conhecimento dos estudantes sobre Estação de Tratamento de Esgoto por Zona de Raízes. *Research, Society and Development*, v. 10, n.7, p. 1-14, 2021.

⁵⁴ ALGERI, Alessandra. *Implantação de uma estação de tratamento de esgoto por zona de raízes em uma propriedade rural*. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Engenharia Ambiental). Universidade Tecnológica Federal do Paraná. Medianeira, Paraná, 2015.

⁵⁵ O termo macrófitas é o mais utilizado para identificar plantas aquáticas, compostas por estruturas fotossintetizantes que permanecem total ou parcialmente submersas ou flutuantes em água doce ou salobra, capazes de se adaptar a diversos ambientes.

⁵⁶ DEMIREZEN, Dilek; AKSOY, Ahmet. Accumulation of heavy metals in *Typha angustifolia* (L.) and *Potamogeton pectinatus* (L.) living in Sultan Marsh (Kayseri, Turkey). *Chemosphere*, v. 56, p. 685-696, 2004.

⁵⁷ LIMA, Débora Tainá da Silva de; BARBADO, Norma; MORITZ, Jaqueline. Educação Ambiental a partir do conhecimento dos estudantes sobre Estação de Tratamento de Esgoto por Zona de Raízes. *Research, Society and Development*, v. 10, n.7, p. 1-14, 2021.

⁵⁸ LEITE, Luan Marcelo Gonçalves et al. Prevalência de enteroparasitas em crianças provenientes da área rural de Cáceres-MT. *Research, Society and Development*, v. 10, n. 16, e96101623551, 2021.

⁵⁹ MOTA, Rosângela Ferreira Souza. *Chacreamentos e condomínios rurais em Montes Claros: uma análise do continuum rural-urbano*. 2024. 164 f. Dissertação (Mestrado em Geografia) – Universidade Estadual de Montes Claros, Montes Claros, 2024.

Diante do exposto, reforça-se a preocupação, não somente com a ilegalidade dos chacreamentos, mas sobretudo com o futuro do Município de Umuarama/PR no viés da sustentabilidade (aspectos sociais, econômicos e ambientais). Do ponto de vista social, essa prática pode provocar a ocupação desordenada de áreas rurais, criando novos assentamentos que, em muitos casos, não possuem a infraestrutura necessária, como já citado. A falta de planejamento dessas áreas leva à marginalização dos moradores, que enfrentam dificuldades para acessar serviços essenciais e integrar-se às atividades econômicas locais.

No aspecto econômico, os chacreamentos podem resultar em uma exploração subótima da terra. Ao dividir grandes lotes em áreas pequenas, muitas vezes abaixo da FMP, essas propriedades tendem a não ser economicamente viáveis para atividades agrícolas de grande escala, impactando negativamente a produtividade rural. Além disso, o mercado imobiliário tende a valorizar essas pequenas áreas para fins de lazer ou moradia, o que pode gerar um aumento artificial dos preços da terra, afastando pequenos produtores rurais e desestimulando atividades agrícolas tradicionais.

Os impactos ambientais dos chacreamentos também são significativos. A subdivisão de grandes áreas em pequenos lotes pode levar à degradação do solo, desmatamento e perda de biodiversidade, principalmente quando não há um estudo de impacto ambiental adequado. A expansão urbana desordenada em áreas rurais também pode sobrecarregar recursos naturais, como água e solo, além de provocar a fragmentação de ecossistemas. A falta de planejamento e fiscalização agrava esses problemas, gerando impactos que afetam tanto o meio ambiente quanto a qualidade de vida da população local.

Por fim, surge uma preocupação com o Projeto de Lei (PL) N° 6088/2023, que está tramitando na Câmara dos Deputados, com parecer pela Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural (CAPADR). No referido PL, propõe-se a alteração do artigo 8º, § 1º da Lei N° 5.868, de 12 de dezembro de 1972, para estabelecer em cinco mil metros quadrados a FMP do imóvel rural.

Sob a ótica do autor do Projeto de Lei (PL), a modificação da Fração Mínima de Parcelamento (FMP) constitui uma demanda antiga, que ainda enfrenta intensos debates e restrições no âmbito jurídico⁶⁰. Nas justificativas apresentadas para a alteração do PL, argumenta-se que as transformações no espaço rural, impulsionadas pelos avanços tecnológicos, possibilitam o aumento da produtividade e da eficiência, bem como a manutenção do sustento em propriedades menores, cenário distinto daquele vigente à época da promulgação da Lei N° 5.868/1972.

Entretanto, observa-se que a justificativa exposta no PL carece de embasamento técnico e metodológico, uma vez que não se apoia em dados oriundos de pesquisas de campo e tampouco reflete a complexa realidade agrária brasileira, caracterizada por sua ampla extensão territorial e diversidade socioeconômica. Ademais, a fundamentação utilizada para a proposta legislativa baseia-se exclusivamente em uma reportagem sobre a produção de morangos, o que se revela insuficiente para embasar uma mudança normativa de tal magnitude.

⁶⁰ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Tramitação do Projeto de Lei nº 6088/2023*. Brasília, 2023. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2414905#tramitacoes>. Acesso em: 28 mar. 2025.

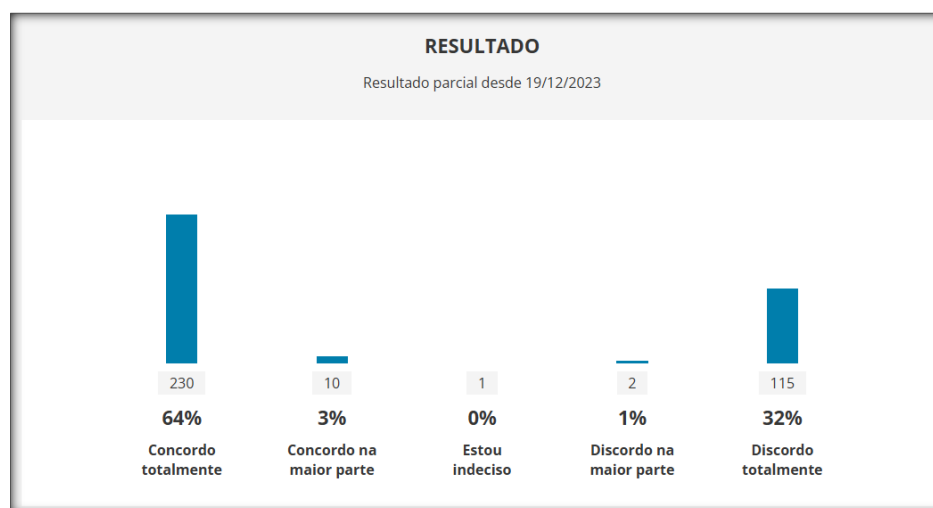
A eventual aprovação dessa alteração legislativa acarretaria impactos socioeconômicos e ambientais significativos, tornando-se uma medida contraproducente no contexto da sustentabilidade. A implementação imediata desse projeto poderia resultar na fragmentação excessiva de terras rurais, levando à proliferação de lotes sem viabilidade produtiva e sem função social adequada.

Como exemplo ilustrativo, pode-se mencionar a conclusão extraída da aplicação de questionários aos entrevistados no presente estudo. Os dados coletados indicam que nenhum dos respondentes tem como objetivo principal a subsistência por meio da terra, mas sim o uso dos lotes para fins residenciais, recreativos ou especulativos.

Dada a relevância do tema para a sociedade, torna-se imprescindível um amplo debate que envolva não apenas a sociedade civil, mas também os órgãos públicos responsáveis pela fiscalização ambiental, os entes federativos – com ênfase nos municípios – e o setor produtivo rural.

Ainda que o site da Câmara dos Deputados disponibilize uma enquete acerca da tramitação do PL 6088/2023, permitindo a participação popular, o número de manifestações registradas até o momento (358 cidadãos)⁶¹, conforme a Figura 4, revela-se estatisticamente irrelevante frente à população brasileira atual, estimada em 212,6 milhões de habitantes⁶².

Figura 4
Enquete do Projeto de Lei Nº 6088/2023⁶³



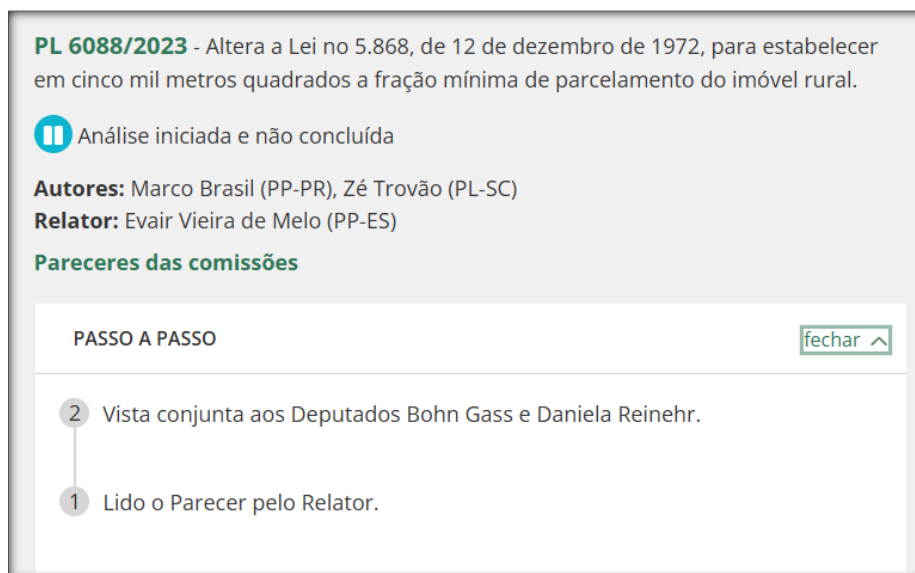
⁶¹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Resultados da enquete sobre o Projeto de Lei nº 6088/2023*. Brasília, 2023. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/enquetes/2414905/resultados>. Acesso em: 28 mar. 2025.

⁶² INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *População do Brasil chega a 212,6 milhões de habitantes, aponta IBGE*. Brasília, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/secom/pt-br/assuntos/noticias/2024/08/populacao-do-brasil-chega-a-212-6-milhoes-de-habitantes-aponta-ibge>. Acesso em: 28 mar. 2025.

⁶³ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Resultados da enquete sobre o Projeto de Lei nº 6088/2023*. Brasília, 2023. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/enquetes/2414905/resultados>. Acesso em: 28 mar. 2025.

A tramitação mais recente do referido Projeto de Lei (atualizada em 2 de abril de 2024) registra a emissão de parecer favorável pelo relator, recomendando sua aprovação. Posteriormente, em 4 de dezembro de 2024, o parecer foi formalmente apresentado pelo relator. Na sequência, foi concedida vista conjunta da proposição aos deputados, mantendo-se o projeto com o status de "não concluído" (Figura 5).

Figura 5. Tramitação do Projeto de Lei 6088/2023⁶⁴.



Destaca-se que o parecer aprovado e lavrado em 2 de dezembro de 2024 não apresenta qualquer embasamento técnico, estudo detalhado ou consulta à sociedade civil que possam fundamentar e justificar a aprovação de um projeto de tal magnitude.

Uma alternativa viável seria a adoção, por parte do município, de estratégias para desestimular a aquisição de lotes rurais, por meio de campanhas informativas voltadas à conscientização da população, até que a questão dos chacreamentos seja devidamente regulamentada de forma eficaz.

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo destaca a urgente necessidade de um ajuste ambiental e estrutural em propriedades rurais do município de Umuarama/PR, para que haja a correta observância sobre sua função socioambiental. Nesse contexto, sugere-se que os órgãos públicos, ambientais, concessionárias de serviços públicos, câmara de vereadores, em parceria com a sociedade civil organizada, realizem um estudo sério e urgente para tratar especificamente sobre a situação dos lotes rurais e o futuro desse empreendimento.

⁶⁴ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Tramitação do evento legislativo nº 75068*. Brasília, 2024. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/evento-legislativo/75068>. Acesso em: 28 mar. 2025.

A falta de fiscalização dos chacreamentos fortalece a despreocupação dos proprietários sobre a conservação do meio ambiente por meio de práticas sustentáveis. Assim, é necessário o estabelecimento de novas políticas públicas que exijam a implantação de ações como: instalação de fossa verde ou biodigestora; sistema de energia fotovoltaica; plano de gerenciamento de resíduos; instalação de relógios de água nos poços artesianos para aferir a quantidade de água consumida mensalmente (caso ultrapassado determinado limite, que fosse lançada uma multa pelo desperdício); obrigatoriedade de reflorestamento e preservação ambiental da área adquirida.

Espera-se que esse estudo possa sensibilizar as pessoas sobre a necessidade do cumprimento da legislação vigente, bem como despertar no poder público o olhar mais atento sobre a importância das questões socioambientais e econômicas que são geradas pelos chacreamentos.

REFERÊNCIAS

ALGERI, Alessandra. *Implantação de uma estação de tratamento de esgoto por zona de raízes em uma propriedade rural*. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Engenharia Ambiental). Universidade Tecnológica Federal do Paraná. Medianeira, Paraná, 2015.

ANDRADE, Murilo Oliveira de; CENCI, Daniel Rubens. A Água nos Documentos Internacionais. VI Seminário Internacional de Direitos Humanos e Democracia. VI Mostra de Trabalhos Científicos: Anais, 2018. Unijuí - Universidade Regional, 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Resultados da enquete sobre o Projeto de Lei nº 6088/2023*. Brasília, 2023. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/enquetes/2414905/resultados>. Acesso em: 28 mar. 2025.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Tramitação do Projeto de Lei nº 6088/2023*. Brasília, 2023. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2414905#tramitacoes>. Acesso em: 28 mar. 2025.

COELHO, Luana Xavier Pinto. O fenômeno urbano e os campos cegos da regulação territorial: para além da dicotomia cidade-campo. *Revista Brasileira de Direito Urbanístico (RBDU)*, ano 7, n. 12, p. 105-127, 2021.

COPAGRIL. *Poços artesianos precisam de documentação específica para perfuração e uso da água*. Paraná, 2019. Disponível em: <https://abrir.link/QGohm> Acesso em: 27 fev. 2023.

COSTA, Cinthia Cabral da; GUILHOTO, Joaquim. J. M. *Saneamento Rural no Brasil: impacto da fossa séptica biodigestora*. Disponível em: <https://abrir.link/nvIXL> Acesso em: 27 set. 2022.

DEMIREZEN, Dilek; AKSOY, Ahmet. Accumulation of heavy metals in *Typha angustifolia* (L.) and *Potamogeton pectinatus* (L.) living in Sultan Marsh (Kayseri, Turkey). *Chemosphere*, v. 56, p. 685-696, 2004.

DIÓGENES, Ana Flávia Monteiro. *Política Nacional de Educação Ambiental: a educação ambiental como meio de estratégia para construção de um futuro sustentável*. 2024. Dissertação

(Mestrado em Direito Ambiental) – Universidade do Estado do Amazonas (UEA), Manaus/AM, 2024.

EMBRAPA. *Área de Reserva Legal*. Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária, 2012. Disponível em: <https://encurtador.com.br/bx1pZ>. Acesso em: 21 out. 2024

FRANÇA, Junior Pedro. A ocupação do Noroeste do Paraná e a cidade de Umuarama: uma retrospectiva do processo de ocupação. *Akrópolis*, v. 19, n. 3, p. 164-174, 2011.

IAT. *Outorga de Recursos Hídricos*. Instituto Água e Terra. Disponível em: <https://www.iat.pr.gov.br/Pagina/Outorga-de-Recursos-Hidricos> Acesso em 27 set. 2024.

IMOBILIÁRIO PARANÁ. Disponível em: <https://abrir.link/hDxAc> Acesso em: 10 abr. 2022.

IMPARATO, Ellade; SAULE JÚNIOR, Nelson. Regularização Fundiária em Terras da União. In: ROLNIK, Raquel (Ed.). *Regularização fundiária sustentável – conceitos e diretrizes*. Brasília: Ministério das Cidades, 2007.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *População do Brasil chega a 212,6 milhões de habitantes, aponta IBGE*. Brasília, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/secom/pt-br/assuntos/noticias/2024/08/populacao-do-brasil-chega-a-212-6-milhoes-de-habitantes-aponta-ibge> Acesso em: 28 mar. 2025.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Panorama de Umuarama*, PR. 2024. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pr/umuarama/panorama>. Acesso em: 22 out. 2024.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Todas as Pesquisas e Estudos*, 2024. Rio de Janeiro: IBGE, 2024. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/todos-os-produtos-estatisticas.html> Acesso em: 25 out. 2024.

LEITE, Luan Marcelo Gonçalves et al. Prevalência de enteroparasitas em crianças provenientes da área rural de Cáceres-MT. *Research, Society and Development*, v. 10, n. 16, e96101623551, 2021.

LIMA, Débora Tainá da Silva de; BARBADO, Norma; MORITZ, Jaqueline. Educação Ambiental a partir do conhecimento dos estudantes sobre Estação de Tratamento de Esgoto por Zona de Raízes. *Research, Society and Development*, v. 10, n.7, p. 1-14, 2021.

LIMA, Geilza Lourenço de et al. Análise dos principais impactos ambientais na Serra Gravatá, Município de Jardim, Ceará. *Research, Society and Development*, v. 11, n. 9, e41111930511, 2022.

LUPEPSA, Vanda Zago; HOFFMANN, César Augusto; SANTANA JÚNIOR, Jorgelino Pedro de; BARBADO, Norma. Índice de salubridade ambiental do município de Umuarama/PR com base nos dados do ano de 2016. *Revista Mundi, Engenharia, Tecnologia e Gestão*, v. 3, n. 4, p. 118-1/118-3, 2018.

MAGALHAES, André Ferreira; MAGALHAES, Lucas Ferreira. *Outorga do uso das águas para exploração de poços subterrâneos: licenciamento e possíveis penalidades no Brasil*. 2023. 33 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade Evangélica de Goianésia (FACEG), Goianésia/GO, 2023.

MOTA, Rosangela Ferreira Souza. *Chacreamentos e condomínios rurais em Montes Claros: uma análise do continuum rural-urbano*. 2024. 164 f. Dissertação (Mestrado em Geografia) – Universidade Estadual de Montes Claros, Montes Claros, 2024.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração de Dublin sobre Água e Desenvolvimento Humano*. 1992, Dublin. Disponível em: <http://www.un-documents.net/h2odub.htm> Acesso em: 12 out. 2024.

NOVAES, Antonio Pereira de; SIMÕES, Marcelo Luiz; INAMASU, Ricardo Yassushi; JESUS, Elomir Antonio Perussi de; MARTIN-NETO, Ladislau; SANTIAGO, Gilberto; DA SILVA, Wilson Tadeu Lopes. Saneamento Básico na Área Rural. In: SPADOTTO, Cláudio A.; Ribeiro, Wagner C. (Org.). *Gestão de resíduos na agricultura e na agroindústria*. Botucatu: Fundação de Estudos e Pesquisas Agrícolas e Florestais, p. 262-275, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Agências da ONU lançam Relatório Mundial sobre o Desenvolvimento dos Recursos Hídricos*. 2021. Disponível em: <https://encurtador.com.br/CqPlx> Acesso em: 25 out. 2024.

SANTOS, José Luis Ferreira dos. *Astigmatismo institucional: invisibilidade social nas áreas de parcelamento Irregular do solo urbano e rural no Sul de Minas Gerais*. 2024. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre/MG, 2024.

SILVA, Raquel Torres de Brito. *Educação e justiça ambientais no caminho da sustentabilidade e de uma cidadania ambiental*. 2023. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento e Meio Ambiente) – Universidade Federal de Sergipe (PRODEMA/UFS), São Cristóvão/SE, 2023.

SOUSA, Esdras Wagner de; FASSHEBER, Daniela Monteiro. Propostas educacionais e planos efetivos no controle do uso da água em prol do saneamento básico, meio ambiente e saúde coletiva. *Revista Souza EAD*, v. 75, n. 6, p. 07-22, 2024.

STEPHAN, Ítalo Itamar Caixeiro. Desafios do controle da produção do espaço urbano em Viçosa (MG). *Revista de Ciências Humanas*, v. 1, n. 24, p. 78-105, 2024.

UMUARAMA. *Plano de Manejo Área de Proteção Ambiental do Rio Piava*. Disponível em: https://umuarama.pr.gov.br/files/ArquivoDiversos/arquivo/plano_manejo_2023.pdf Acesso em: 24 out. 2024.

UMUARAMA. *Prefeitura Municipal*. Disponível em: <https://www.umuarama.pr.gov.br/umuarama#undefined>. Acesso em: 22 out. 2024.

UMUARAMA. *Prefeitura Municipal*. Disponível em: <https://www.umuarama.pr.gov.br/noticias/obras-planejamento-urbano-e-projetos-tecnicos/parcelamento-de-solo-com-area-inferior-a-20-mil-m-nao-pode-ser-regularizado>. Acesso em: 08 out. 2024.



DEVERES DE LEALDADE DO CONTROLADOR

CONTROLLER'S DUTIES OF LOYALTY

FABRÍCIO DE SOUZA OLIVEIRA*

RESUMO

O texto assume os três gêneros de problemas de agência presentes na estrutura societária: a) os decorrentes de conflitos entre administradores e acionistas; b) os decorrentes de conflitos entre acionistas controladores e minoritários; c) os existentes entre credores e sociedade (e seus acionistas). Reconhece que há na Lei 6.404/1976 uma função-dever imposta ao acionista controlador que, além de dominar a assembleia de sócios e de eleger a maioria dos administradores, deve fazer com que a companhia cumpra com sua função social e realize o seu objeto social, verificar a própria atividade, assim como a dos administradores a fim de prevenir, ou corrigir, os defeitos do exercício de suas funções, aferido por sua legalidade ou conveniência administrativa. A partir disso, esse poder-dever de conduzir direta ou indiretamente a companhia é conformado pelos deveres impostos ao acionista controlador, com especial destaque para os deveres de lealdade. A responsabilidade civil do controlador é mobilizada como uma das sanções possíveis no caso do incumprimento de seus deveres de lealdade.

Palavras-chave: Controlador; Deveres de lealdade; Responsabilidade civil.

ABSTRACT

The text recognises the three types of agency problems present in the corporate structure: a) those arising from conflicts between directors and shareholders; b) those arising from conflicts between controlling and minority shareholders; c) those existing between creditors and the company (and its shareholders). It recognises that in Law 6.404/1976 there is a duty imposed on the controlling shareholder who, in addition to dominating the shareholders' meeting and electing the majority of the directors, must ensure that the company fulfils its social function and achieves its corporate purpose, verifying its own activity, as well as that of the directors, in order to prevent or correct defects in the exercise of their functions, measured by their legality or administrative convenience. This power and duty to lead the company directly or indirectly is shaped by the duties imposed on the controlling shareholder, with special emphasis on the duty of loyalty. The controlling shareholder's civil liability is mobilised as one of the possible sanctions in the event of non-compliance with their duties of loyalty.

Keywords: Controller; Duties of loyalty; Civil liability.

* Pós-doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (Largo São Francisco). Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Foi *Visiting researcher* na Berkeley University (EUA).
Professor associado de Direito Empresarial na UFJF.
fabriococataguases@gmail.com

Recebido em 22-8-2024 | Aprovado em 27-11-2024



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 O PAPEL ESSENCIAL DO DIREITO SOCIETÁRIO: A PARTIÇÃO DE ATIVOS; 2 MORFOLOGIA (AS FORMAS) DO PODER DE CONTROLE NO DIREITO DAS COMPANHIAS; 2.1 CONTROLE MAJORITÁRIO; 2.2 CONTROLE POR MECANISMOS LEGAIS; 2.3 CONTROLE MINORITÁRIO; 2.4 CONTROLE ADMINISTRATIVO; 2.5 CONTROLE EXTERNO; 3 O PROTAGONISMO DO CONTROLADOR NO DIREITO SOCIETÁRIO BRASILEIRO: A GESTÃO DEPENDENTE DO CONTROLE; 3.1 A AUSÊNCIA DE RESERVA DE MATÉRIA PARA A GESTÃO; 3.2 A VINCULAÇÃO DOS ADMINISTRADORES ELEITOS EM FUNÇÃO DE ACORDO DE ACIONISTAS; 4 OS DEVERES DE LEALDADE DO ACIONISTA CONTROLADOR, SEUS DESTINATÁRIOS E SEUS ESTÁGIOS; 5 A RESPONSABILIDADE CIVIL E SUAS FUNÇÕES COMO MECANISMO DE CONFORMAÇÃO DO CONTROLE SOCIETÁRIO; 5.1 AS HIPÓTESES DE RESPONSABILIZAÇÃO DO CONTROLADOR PREVISTAS NO ART. 117 DA LEI 6.404/76; 5.2 AS AÇÕES DE RESPONSABILIZAÇÃO DO CONTROLADOR: APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 159 DA 6.404/76?; CONCLUSÃO.

■ INTRODUÇÃO

Qual a consequência jurídica do incumprimento dos deveres de lealdade pelo controlador?¹ Qual a função desses deveres incidentes sobre o controle, seja ele exercido por uma pessoa natural, por uma pessoa jurídica (que atua por intermédio de seus agentes) ou por um grupo de pessoas que compartilham o controle por meio de acordo de acionista expresso ou tácito?

Esclarecemos que trataremos neste texto da sociedade anônima, logo dos deveres de lealdade incidentes sobre o(s) seu(s) controlador(es). Também, esclarecemos que delimitamos nosso trabalho no tratamento dos deveres de lealdade incidentes sobre o comportamento do acionista controlador e da responsabilidade civil correlata (não tratamos das demais sanções aplicáveis, como a responsabilidade administrativa – CVM – ou das invalidações das decisões tomadas em assembleia).

O problema do incumprimento dos deveres de lealdade pelo controlador ganha contornos críticos na atualidade ante os casos de desastres antropogênicos envolvendo sociedades controladas, em cuja operação ocorrem desastres afetando, negativamente, pessoas e comunidades. Nesses casos, a responsabilidade do controlador pode ser arguida, como ilustram as decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, acórdão em agravo de instrumento n. 1.0521.17.006160-5/002, e do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, acórdão em agravo de instrumento n. 0002453-41.2016.4.01.0000/MG.

O incumprimento dos deveres de lealdade pelo controlador evidencia a tensão entre os ganhos de eficiência (advindos da redução dos custos de transação) decorrentes da chamada partição de ativos (consequência da autonomia patrimonial e da limitação da responsabilidade dos sócios) e a efetividade das decisões judiciais condenatórias.

¹ Previstos no parágrafo único do art. 116 da Lei n. 6.404/1976.

Essa tensão pode ser ilustrada da seguinte forma:

A partição afirmativa de ativos pode reduzir o custo do crédito. Imagine uma sociedade que esteja envolvida em dois segmentos distintos de negócio: propriedade e gerenciamento de uma cadeia de hotéis e propriedade e gerenciamento de campos de petróleo e refinarias. Em seguida, considere duas maneiras distintas: a) como uma única sociedade com duas divisões operacionais, uma para o setor hoteleiro e outra para o setor petrolífero; b) como duas sociedades distintas, uma para o negócio de hotelaria e outra para o negócio de petróleo, ambas controladas por uma única sociedade controladora que só possui como ativos próprios ações das subsidiárias, mas simplesmente detém todas as ações das duas subsidiárias.² Ações são ativos.

Em termos de autoridade decisória, as duas estruturas são essencialmente idênticas: em cada uma delas, nas gestões uma diretoria que tem controle total sobre o negócio de petróleo e o negócio de hotelaria³.

Da mesma forma, os ativos agregados da sociedade são os mesmos em ambos os casos. No entanto, a escolha entre essas duas estruturas pode ter um grande efeito sobre os custos gerais e a segregação de riscos.

Particularmente, a estrutura na qual as duas divisões operacionais são estruturadas por sociedades distintas pode ter um custo de crédito substancialmente menor. O motivo é que as duas linhas de negócios provavelmente dependerão, em um grau significativo, de duas classes distintas de credores⁴.

Um locador de imóveis ou um fornecedor de roupas de cama para o setor hoteleiro poderá estar em uma posição relativamente boa para avaliar a viabilidade financeira da operação do hotel. Para começar, o fornecedor também pode lidar com outras redes de hotéis e, portanto, estar sempre bem-informado sobre as perspectivas gerais do setor hoteleiro. Além disso, por meio de suas repetidas negociações com a rede hoteleira em questão, é provável que o fornecedor saiba muito sobre a sua solidez financeira. Contudo, esse fornecedor do setor hoteleiro, provavelmente, não saberá muito sobre o setor de petróleo, seja em geral ou no que diz respeito à forma como é administrado pela sociedade específica, que também é proprietária e opera a rede de hotéis⁵.

Se o negócio de hotelaria for operado como uma subsidiária constituída separadamente, o fornecedor do hotel não precisará se preocupar muito com as perspectivas do negócio de petróleo. Mesmo que a operação petrolífera se torne inviável economicamente, haverá pouco efeito sobre a capacidade da subsidiária hoteleira de cumprir suas obrigações. O mesmo, por outro lado, vale para os fornecedores da operação de petróleo: eles não precisam se preocupar com a triagem e o monitoramento da sorte da operação do hotel. Assim, ambos os grupos de fornecedores provavelmente concederão crédito em termos mais favoráveis se as operações hoteleiras e petrolíferas forem exploradas por sociedades diferentes, mas sob o mesmo

² HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. The Essential Role of Organizational Law. *The Yale Law Journal*, Yale, v. 110, p. 387-440, 2000.

³ *Ibid.*

⁴ HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. The Essential Role of Organizational Law. *The Yale Law Journal*, Yale, v. 110, p. 387-440, 2000.

⁵ *Ibid.*

controle, para que sejam poupados dos custos de monitorar atividades comerciais com as quais não estão familiarizados⁶.

Como se observa, há um ganho de eficiência gerado pela partição de ativos: a redução de custos de transação, a depender do referencial teórico adotado, ou a redução dos custos de agência. Esse último evidenciado pela diminuição dos custos de monitoramento suportado pelos credores em relação ao comportamento do agente (a sociedade e os seus sócios).

Por outro lado, a princípio, somente o patrimônio da sociedade controlada que for responsável pela operação causadora do dano responde frente às vítimas, o que pode comprometer a efetividade das decisões judiciais condenatórias. São dois lados da mesma moeda: a partição de ativos por meio de soluções societárias.

Assim, entendemos que a solução para esse problema pode ser encontrada perquirindo a responsabilidade do controlador pela falha no cumprimento de seus deveres de lealdade para com os sócios, trabalhadores e comunidade em que a atividade é exercida. Nessas situações, o controlador atrai para si a responsabilidade pela sua própria conduta ilícita, comissiva ou omissiva, ou pela atividade de risco que controla, tanto quando atua organicamente quanto quando atua extraorganicamente participando efetivamente da operação da controlada.

Note-se, por fim, que não estamos tratando da responsabilidade indireta do controlador pela qual ele passa a ser responsável pelas obrigações da sociedade de que é sócio – como é o caso da responsabilidade advinda da desconsideração da personalidade jurídica⁷-, mas da sua responsabilidade direta, por ato ilícito ou pelo controle da atividade de risco.

1 O PAPEL ESSENCIAL DO DIREITO SOCIETÁRIO: A PARTIÇÃO DE ATIVOS

Assumimos que a empresa é um mecanismo de coordenação da produção ou circulação de bens e serviços, que envolve um conjunto de relações jurídicas mantidas com empresário, sócios, trabalhadores, comunidade, notadamente no que diz respeito a meio ambiente, clientes e credores⁸.

Há várias maneiras de coordenar a atividade econômica de duas ou mais pessoas. Uma abordagem comum é fazer com que cada uma dessas pessoas assine um contrato com um terceiro que se encarregue da coordenação por meio da elaboração de contratos separados e, o mais importante, por meio do exercício do poder discricionário concedido ao terceiro por esses contratos. Um terceiro que desempenha essa função de coordenação é o que comumente chamamos de empresa. A empresa, portanto, serve - não apenas metaforicamente,

⁶ *Ibid.*

⁷ Cabível no caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, em que os administradores ou os sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso podem ser responsabilizados por obrigações da sociedade.

⁸ A afirmação possui raízes em Coase (1995): COASE, Ronald Harry. The Nature of the Firm. In: ESTRIN, Saul; MARIN, Alan (orgs.). *Essential Readings in Economics*. Londres: Palgrave Macmillan, 1995. Cap. 2, p. 37-54. v. 4. Já afirmamos isso em outro texto de nossa autoria: OLIVEIRA, Fabrício de Souza. Uma proposta metodológica para a análise dos problemas de governança corporativa: o método trifásico. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, p. 83-102, 12 abr. 2021. DOI: <https://doi.org/10.37963/iberc.v4i1.156>. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/156>. Acesso em: 18 ago. 2024.

mas literalmente - como o “nexos de contratos”⁹ necessário para as pessoas cuja atividade deve ser coordenada: ela é a parte comum com a qual cada uma dessas pessoas tem um contrato individual¹⁰.

A sociedade, por sua vez, é um sistema de governança dos variados interesses presentes na empresa, que pode ser personificada ou não. Esses interesses serão internalizados pela forma jurídica com maior ou menor intensidade, a depender da abordagem escolhida (“*shareholderismo*” versus “*stakeholderismo*”). É um sistema de governança da empresa porque, ao fim e ao cabo, sistematiza a coordenação hierárquica por meio de órgãos com atribuições definidas e que se relacionam entre si no processo de formação da “vontade social”, imersos em um ambiente regulatório que promove o controle e a fiscalização dos tomadores de decisão (membros internos dos órgãos), os quais podem ser responsabilizados juridicamente por suas decisões¹¹.

O afirmado traz como pano de fundo aspecto da dogmática do Direito Privado que pode ser elucidado por intermédio da Teoria Orgânica (ou organicismo), que fornece um quadro jurídico mais apropriado para explicar e normatizar as relações jurídicas existentes entre os membros dos órgãos sociais, o ente coletivo e terceiros^{12, p. 20}.

Os entes coletivos atuam por meio de órgãos¹³. Ou, de outra forma, atuam por intermédio de centros institucionalizados de poderes funcionais com o objetivo de formar e/ou exprimir vontade juridicamente a eles imputável^{14, p. 72}.

A distinção dos órgãos sociais pode se dar segundo a competência que lhes seja atribuída. Tratando especificamente das sociedades, os órgãos de formação de vontade ou deliberativos-internos (tomam decisões expressando a vontade social, mas quase nunca a manifestam para o exterior – não tratam com terceiros: a assembleia de sócios é um exemplo), órgãos

⁹ JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. In: TRICKER, R. I. *Corporate Governance*. Londres: Gower, 2019. p. 77-132.

¹⁰ HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. The Essential Role of Organizational Law. *The Yale Law Journal*, Yale, v. 110, p. 387-440, 2000.

¹¹ OLIVEIRA, Fabrício de Souza. Uma proposta metodológica para a análise dos problemas de governança corporativa: o método trifásico. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, p. 83-102, 12 abr. 2021. DOI: <https://doi.org/10.37963/iberc.v4i1.156>. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/156>. Acesso em: 18 ago. 2024.

¹² ROCHA, Glauco da. *A teoria do órgão de fato e sua aplicação ao Direito brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2023. O trecho foi extraído de um artigo de minha autoria previamente publicado. Ver em: OLIVEIRA, Fabrício de Souza. O organicismo mitigado na sistematização da reforma do Código Civil. Migalhas. 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/406454/o-organicismo-mitigado-na-sistematizacao-da-reforma-do-codigo-civil>. Acesso em: 13 abr. 2025.

¹³ Conforme Rocha (2023, p. 20): “Os entes coletivos se valem de órgãos para superar sua incapacidade psíquico-biológica de formar, manifestar, administrar ou fiscalizar sua própria vontade”. Ver: ROCHA, Glauco da. *A teoria do órgão de fato e sua aplicação ao Direito brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2023. O trecho foi extraído de um artigo de minha autoria previamente publicado. Ver em: OLIVEIRA, Fabrício de Souza. O organicismo mitigado na sistematização da reforma do Código Civil. Migalhas. 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/406454/o-organicismo-mitigado-na-sistematizacao-da-reforma-do-codigo-civil>. Acesso em: 13 abr. 2025.

¹⁴ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de Direito Comercial*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2024. v. 2. O trecho foi extraído de um artigo de minha autoria previamente publicado. Ver em: OLIVEIRA, Fabrício de Souza. O organicismo mitigado na sistematização da reforma do Código Civil. Migalhas. 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/406454/o-organicismo-mitigado-na-sistematizacao-da-reforma-do-codigo-civil>. Acesso em: 13 abr. 2025.

de administração e representação (gerem as atividades sociais e apresentam as sociedades perante terceiros, a quem fazem e de quem recebem declarações de vontade (a Diretoria, nas companhias, o Administrador, nas limitadas, são órgãos de representação social. A gestão interna cabe a eles e, quando houver, ao Conselho de Administração) e órgãos de fiscalização ou controle (fiscalizam sobretudo a atuação dos membros do órgão de administração – o Conselho Fiscal)¹⁵.

Partindo-se da compreensão da pessoa jurídica como realidade jurídica, compreende-se que a administração é exercida pelos órgãos competentes. Esses órgãos não representariam a sociedade, mas a presentariam. Nas palavras de Pontes de Miranda, a pessoa jurídica tem capacidade de direito. Pois que não precisa de representação (...). Há nessas passagens uma contraposição à teoria da representação legal e voluntária da pessoa jurídica (mais apropriadas às teorias da ficção): quem pratica os atos são os órgãos componentes da estrutura da pessoa jurídica. Órgão é órgão, não é representante voluntário, nem legal¹⁶. Esse pensamento do positivismo jurídico fundamenta a posição majoritária existente na doutrina brasileira que adota o organicismo¹⁷.

Para além dessas funções, o direito societário estabelece cinco atributos essenciais para as sociedades em que há limitação da responsabilidade de seus sócios pelas obrigações da sociedade (PJ):

a) a separação patrimonial, que protege o patrimônio da sociedade contra os credores dos sócios; b) a não exigibilidade do capital investido, que protege o patrimônio social contra as investidas dos sócios, dada a natureza do capital social ser a de passivo não exigível (*capital lock-in*); c) a responsabilidade limitada, que protege os sócios contra os credores da sociedade; d) a capacidade processual; e e) a discricionariedade dos gestores, no sentido de poderem escolher qual o interesse que deve ser atendido: o interesse presente dos sócios, o interesse futuro dos sócios ou o interesse de outros sujeitos para além dos sócios¹⁸.

Atendendo ao problema delimitado na introdução deste texto, abordaremos a sociedade anônima, já que sobre os seus controladores incide a norma que prevê os deveres de lealdade para com sócios, particularmente os minoritários e preferencialistas, trabalhadores e comunidade e/ou entes comunitários. A sociedade limitada será abordada neste capítulo lateralmente para fins de comparação.

Assim, questionamos: o que torna as sociedades anônimas tão eficientes como estruturas aptas à organização empresarial?

Há dois principais atributos – que destacamos - geradores dessa eficiência.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. v. 62.

¹⁷ Tive a oportunidade de tratar do tema em: OLIVEIRA, Fabrício de Souza. O organicismo mitigado na sistematização da reforma do Código Civil. Migalhas. 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/406454/o-organicismo-mitigado-na-sistematizacao-da-reforma-do-codigo-civil>. Acesso em: 13 abr. 2025.

¹⁸ Menezes Cordeiro (2011, p. 691), comentando o direito societário português, questiona: “deve o administrador tender em cada momento às indicações dos sócios ou, pelo contrário, caber-lhe-á decidir com vista ao médio e ao longo prazo, de tal modo que o interesse objetivo da sociedade e dos sócios, definido na base do lucro, do crescimento ou do êxito empresariais, prevaleça sobre quaisquer outras bitolas?”. CORDEIRO, António Menezes. *Manual de direito das sociedades I: Parte geral*. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2011.

a) O primeiro é a autoridade decisória bem definida. Mais especificamente, deve haver uma ou mais pessoas que tenham autoridade final para comprometer a empresa celebrando contratos em que é parte¹⁹.

b) O segundo atributo que uma empresa deve ter, se quiser atuar efetivamente como um *locus* de contratos, é a capacidade de vincular seus contratos de forma confiável, ou seja, oferecer garantia de que cumprirá suas obrigações contratuais. A vinculação geralmente requer a existência de um conjunto de ativos que os administradores possam oferecer como garantia para a satisfação das obrigações sociais. Esse conjunto de ativos é denominado por Hansmann e Kraakman como ativos de vinculação da empresa²⁰.

Esse segundo atributo é identificado com a autonomia patrimonial prevista no art. 49-A do Código Civil, assim como com a regra que estabelece a responsabilidade limitada de seus sócios.

Há dois componentes desse segundo atributo:

a) O primeiro é a designação de um conjunto separado de ativos que estão associados à empresa e são titularizados pela sociedade. São distintos dos ativos pessoais dos sócios e administradores sociais²¹.

Para normatizar esse atributo, há a positivação do princípio da autonomia patrimonial (art. 49-A do Código Civil): de acordo com o qual os direitos e obrigações da pessoa jurídica são distintos e não se comunicam imediata ou necessariamente com os direitos e obrigações pessoais de seus sócios, administradores e representantes²².

O princípio da autonomia patrimonial é, em certo sentido, não mais do que um pressuposto da própria existência da pessoa jurídica. Se com a pessoa jurídica surge um novo sujeito de direito, é pressuposto que o ordenamento jurídico reconheça sua capacidade de ter um patrimônio independente do de seus membros, isto é, de ser titular em nome próprio do conjunto de relações jurídicas passivas e ativas avaliáveis em moeda. No caso das sociedades empresariais, os sócios são figuras importantes para a formação desse patrimônio mediante aporte de recursos para a integralização do capital social. Por outro lado, são peças essenciais na estrutura organizacional, juntamente com os administradores, para a tomada de decisão, principalmente no processo de formação da “vontade social”, e atuação perante terceiros. Juridicamente, todavia, pessoa jurídica e seus membros internos não se confundem, e tudo isso é corolário do princípio da autonomia patrimonial²³.

O Código Civil de 1916 reconhecia a autonomia patrimonial no seu art. 20, dispondo que “as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”. O Código Civil vigente, contudo, não trouxe em sua redação original norma correspondente a essa. Até a vigência da

¹⁹ HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. The Essential Role of Organizational Law. *The Yale Law Journal*, Yale, v. 110, p. 387-440, 2000.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.* Ascarelli (1969) já afirmava que “(...) dever-se-ia falar, portanto, se for esse o caso, de separação de patrimônios, e ver um ato de natureza especial na constituição da sociedade, quando tenha como consequência uma separação entre o patrimônio da sociedade e aquele de cada sócio, ou a rigorosa separação patrimonial peculiar às sociedades anônimas e às por quotas de responsabilidade limitada.” ASCARELLI, Tullio. O contrato plurilateral. In: ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 255-312.

²² SALAMA, Bruno Meyerhof; PRADO, Viviane Muller. A Flexibilização da Responsabilidade Societária nos Direitos Privado, Trabalhista e Tributário: uma panorâmica histórica. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, Brasília, v. 6, n. 2, p. 137-170, 2012.

²³ *Ibid.*

Lei de Liberdade Econômica, que introduziu o art. 49-A em seu texto, a autonomia patrimonial era defendida a partir de inferências do próprio conceito jurídico de pessoa jurídica, das regras que impõem a responsabilização de seus integrantes por suas obrigações e da medida excepcional que impõe a responsabilidade indireta de sócios e administradores sociais por obrigações da pessoa jurídica em decorrência da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica²⁴.

Na tentativa de conferir maior segurança ao tráfego jurídico e eficiência nas relações sociais, veiculou-se a Medida Provisória (MP) 881/2019, parcialmente convertida na Lei Federal 13.874/2019 – a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (DDLE), que entre outras disposições, introduziu o art. 49-A no texto do Código Civil. O seu *caput* deixa claro que, no âmbito mercantil, quotistas, acionistas, instituidores ou administradores têm personalidade jurídica diversa da sociedade à qual se vinculam²⁵.

b) O segundo componente da divisão de ativos é a atribuição aos credores de prioridades nos conjuntos distintos de ativos que resultam da formação de uma sociedade. Essa atribuição de prioridades assume duas formas distintas: a primeira atribui aos credores sociais o direito de pretensão sobre os ativos ligados às operações da sociedade que é anterior ao direito de pretensão dos credores pessoais dos sócios (particionamento afirmativo de ativos, que estabelece o conjunto distinto de ativos sociais como ativos de garantia para todos os contratos da empresa); a segunda forma de divisão de ativos é exatamente o oposto, concedendo aos credores pessoais dos sócios o direito de pretensão sobre os ativos pessoais dos sócios, que antecede pretensões dos credores sociais. É a partição defensiva de ativos, para refletir a percepção comum de que ela serve para proteger os ativos dos sócios contra os credores da sociedade. A divisão defensiva de ativos, por sua vez, é encontrada na regra de limitação da responsabilidade dos sócios que proíbe os credores sociais de responsabilizarem os sócios pelas obrigações da sociedade²⁶.

O tipo de partição afirmativa de ativos, previsto para a generalidade das sociedades pelo direito brasileiro, é um tipo atenuado, que conceituamos como “prioridade sem proteção de liquidação” para a generalidade das sociedades e como “prioridade com proteção de liquidação” para a sociedade anônima de capital aberto. É o que se encontra previsto no art. 1.026 do Código Civil: “[o] credor particular de sócio pode, na insuficiência de outros bens do devedor, fazer recair a execução sobre o que a este couber nos lucros da sociedade, ou na parte que lhe tocar em liquidação.” Depois, no parágrafo único desse dispositivo legal, encontra-se o texto “[s]e a sociedade não estiver dissolvida, pode o credor requerer a liquidação da quota do devedor, cujo valor, apurado na forma do art. 1.031, será depositado em dinheiro, no juízo da execução, até noventa dias após aquela liquidação.”

No caso específico da sociedade limitada, merece nota o fato de o entendimento atual ser no sentido da possibilidade da penhora das cotas sociais. Para as anônimas, é possível a penhora das ações de titularidade de sócios devedores (a doutrina sempre se respaldou na natureza capitalista desse tipo societário).

Em ambos os casos, a sociedade pode evitar a liquidação das cotas ou ações pelo mecanismo previsto no §1º art. 861 do CPC/15, segundo o qual “[p]ara evitar a liquidação das quotas ou das ações, a sociedade poderá adquiri-las sem redução do capital social e com utilização

²⁴ LEITE, Marcelo Lauar. *Autonomia patrimonial após a Lei de Liberdade Econômica*. Revista Semestral de Direito Empresarial, Rio de Janeiro, n. 27, p. 23-41, 2020.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. The Essential Role of Organizational Law. *The Yale Law Journal*, Yale, v. 110, p. 387-440, 2000.

de reservas, para manutenção em tesouraria." Se não houver interesse dos sócios em adquirir as ações/cotas, haverá a "(...) liquidação das quotas ou das ações, depositando em juízo o valor apurado, em dinheiro.", conforme o art. 861, III do CPC/15.²⁷

No que diz respeito à sociedade anônima de capital aberto, há regra específica: o § 2 do art. 861 do Código de Processo Civil estabelece que "[o] disposto no caput e no § 1º não se aplica à sociedade anônima de capital aberto, cujas ações serão adjudicadas ao exequente ou alienadas em bolsa de valores, conforme o caso." Portanto, não haverá a liquidação das ações nesse caso visto que a venda em bolsa de valores leva a "converter" o ativo em moeda.

No que concerne à partição defensiva de ativos, há vários graus no direito societário brasileiro. Em regra, esses vários graus oscilam segundo o tipo societário em questão: tipos de sociedade com responsabilidade ilimitada; tipos de sociedades com responsabilidade mista; e tipos societários com responsabilidade limitada. Com relação às sociedades que limitam a responsabilidade de todos os seus sócios, ainda observamos variações: há solidariedade entre os sócios da limitada pelo capital social a integralizar (art. 1.052 do Código Civil), enquanto nas anônimas não se observa tal solidariedade (art. 1º da Lei n. 6.404/76).

Assim, comparando as regras permissivas da liquidação das cotas sociais ou das ações para a generalidade das sociedades com a regra que impede a liquidação das ações para a sociedade anônima de capital aberto, percebe-se que, no primeiro caso, os credores do sócio insolvente poderiam agir diretamente contra os ativos da sociedade, forçando a liquidação de alguns ou de todos esses ativos e, no processo, comprometendo a sua sustentabilidade. O que não se verifica no segundo caso.

O fundamento dessa opção do direito brasileiro pode ser explicado por intermédio do que a literatura agencialista considera como o terceiro gênero de problemas de agência: aquele que envolve o conflito entre a própria sociedade - incluindo, em particular, os seus sócios - e outras partes com quem a sociedade estabelece relações, tais como os credores, fornecedores, empregados e clientes. Aqui a dificuldade reside em assegurar que a sociedade (e os seus sócios), como agente, não se comporte de forma oportunista em relação a esses vários outros interesses – como, por exemplo, expropriando credores, explorando trabalhadores, ou induzindo em erro os consumidores.²⁸ Logo, o primeiro conjunto de regras – as que permitem a liquidação das quotas ou ações – favorece os credores particulares dos sócios porque, nesses casos, suas quotas ou ações não possuem liquidez (não são negociadas no mercado). No segundo caso, em relação à regra que impede a liquidação das ações, considera-se que os interesses dos credores dos sócios não são fortemente sacrificados pela presença de maior liquidez desses títulos, justificando a solução legal dada pela Lei: a adjudicação ou o leilão em bolsa de valores.

²⁷ "Destaque-se que antes da vigência do atual CPC, o pedido de liquidação de participação societária apenas poderia incidir sobre quotas, por força do parágrafo único do art. 1.02621 do Código Civil – isto é, não era extensível às sociedades por ações. Todavia, hodiernamente há previsão de liquidação de ações, por força dos art. 599, que autoriza o pedido de dissolução parcial contra S.A fechada – lembrando que este autor entende a dissolução como uma modalidade de liquidação –, e do art. 861, caput, que autoriza a liquidação de ações. Em ambos os exemplos foi possível demonstrar que a noção de separação patrimonial precisa ser compreendida *cum grano salis* e que a "autonomia da pessoa jurídica" não se trata de uma restrição legal (v.g impenhorabilidade) ao direito do credor expropriar as participações societárias do sócio devedor, mesmo que a tutela do crédito deste credor particular tenha o poder de comprometer a continuidade das atividades da sociedade empresária", conforme RAMALHO, Matheus S. Execução contra o sócio: um estudo multidisciplinar de direito societário e processual brasileiro. *Revista Semestral de Direito Empresarial*, n. 27, p. 79-106, 2020.

²⁸ ARMOUR, John; HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. Agency problems, legal strategies, and enforcement. *Harvard Law and Economics Research*, Massachusetts, n. 644, 20 jul. 2009.

Em relação à partição dos ativos da sociedade e de seus administradores, percebe-se que há uma homogeneidade tanto no direito brasileiro quanto no direito comparado: os ativos da sociedade não estão disponíveis para satisfazer as obrigações pessoais dos administradores, e os ativos pessoais dos administradores não estão disponíveis para satisfazer as obrigações da sociedade²⁹. Exceção à essa regra é a hipótese prevista no art. 50 do Código Civil, que prevê a possibilidade de os administradores responderem indiretamente por obrigações da pessoa jurídica caso tenham se beneficiado direta ou indiretamente pelo abuso da personalidade jurídica.

2 MORFOLOGIA (AS FORMAS) DO PODER DE CONTROLE NO DIREITO DAS COMPANHIAS

No direito societário brasileiro percebe-se a tendência, verificada em outros países, de se conferir ao tipo societário (o que está a ser tratado é a companhia) a estruturação da hierarquia empresarial (conteúdo da empresa). O fragmento que transcreveremos ilustra bem o que é corrente na literatura jurídica do país:

(...) se cada um desses órgãos é dotado de poder próprio (a referência é a estrutura orgânica da sociedade) eles não se colocam no mesmo nível, mas organizam-se hierarquicamente. No modelo legal, é, incontestavelmente, a assembleia-geral o órgão primário, ou imediato, que investe os demais, elegendo os seus membros e podendo demiti-los³⁰, p. 36.

Pensando no direito societário como uma especialidade do direito das organizações, podemos afirmar com certo conforto que, por aqui, ainda se vive a soberania da assembleia de sócios, e o poder a ela correlato, o do acionista controlador (em capítulo posterior, explicaremos a dependência dos gestores em relação ao controlador)³¹.

Trajano de Miranda Valverde, ao examinar o papel histórico exercido pela assembleia geral nas sociedades anônimas, afirmou que esta:

resulta da transformação do caráter jurídico da instituição, que se foi lentamente desprendendo dos laços que a uniam à organização administrativa do Estado, para

²⁹ *Ibid.*

³⁰ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidade das deliberações de assembleia das S/A: e outros escritos sobre o tema da invalidade das deliberações sociais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. A afirmação é feita parafraseando Fábio Konder Comparato.

³¹ A crítica de Comparato e Calixto Salomão Filho acerca da displicência da manifestação de poder na estrutura societária, por intermédio da assembleia geral, sintetiza o que agora colocamos: “É generalizada, porém, a ignorância do poder no direito acionário. Até há pouco, o modelo legal, ao qual aderiam doutrina e jurisprudência, concebia as companhias como destituídas de mando ou controle predeterminado, admitindo que os negócios sociais fossem decididos, em assembleia, por uma maioria formada ad hoc, após amplos debates e momentânea deliberação. Daí decorria a disciplina da assembleia-geral e do exercício do voto como um verdadeiro direito eleitoral, quando a realidade quotidiana não cessava de desmentir essa concepção parlamentarista.” Entretanto, por motivos que já expomos no campo metodológico, discordamos dos autores quando afirmam que “não há sociedade sem controle, assim como não há empresa sem empresário”. Para nós, a sociedade é em si uma das possíveis formas de governo da empresa. É uma solução de governação. (COMPARATO, Fábio Konder *et al.* *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005).

se fixar no campo onde se desenvolve a iniciativa dos particulares e atuam as normas de direito privado³².

O autor discorre sobre a evolução não somente da função exercida pela assembleia geral de sócios, mas também sobre a sua composição. Neste último plano de análise, demonstra que houve, no curso da história, maior oportunidade de participação de acionistas, deixando o órgão de ser composto apenas por grandes acionistas para admitir a participação geral. Tal movimento teve o seu apogeu quando o direito de participar nas assembleias gerais foi compreendido como direito essencial dos acionistas (não necessariamente incluindo o direito de voto).

Quanto à função da assembleia geral, verifica-se no art. 87 do hoje revogado Decreto-Lei n. 2.627/1940 que essa detinha poderes para ingerir em “todos os negócios relativos ao objeto de exploração da sociedade”. Ou seja, o avanço que se pretendeu na época era o de ampliar as possibilidades de participação no órgão, que era soberano. Ressaltamos, entretanto, que por soberano, não quer significar único. A composição orgânica da companhia na época da vigência desse Decreto-Lei previa a Diretoria e o Conselho Fiscal.

Não houve a preocupação legal de se definir legalmente o controle, entretanto³³. Entendemos que nesta época os avanços pretendidos bastavam com a ampliação das possibilidades de participação na assembleia geral. Em realidade, essa característica explica a regra segundo a qual a maioria dos sócios, e não a sua unanimidade, decide³⁴. Muito embora, Trajano de Miranda Valverde já se manifestasse no sentido de que “o direito havia de procurar uma fórmula que solucionasse as divergências e garantisse a continuidade da pessoa jurídica”³⁵, p. 441. Em outra passagem, afirma o autor: “a assembleia geral dos acionistas, como órgão da pessoa jurídica, recebe a energia volitiva dos membros que a compõem, mas só filtra a corrente mais forte, manifestada pela voz da maioria (...)”³⁶.

Já a lei acionária vigente define legalmente o controle em seu art. 116 e parágrafo 2º. do art. 243 (esse último dispositivo legal regulando a relação entre sociedade controladora e controlada nos grupos de fato), pelo que passamos à sua análise:

O controle é um derivado do poder: “desde o princípio, a sensação humana do poder tem sido associada ao controle da conduta de outras pessoas. Por isso toda discussão relativa

³² VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por ações*: (comentários ao Decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940). Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 3.

³³ “A única alusão ao controle que a lei [Decreto-Lei 2.627/1940] de 1940 trazia constava do art. 135, parágrafo 2, no qual se determinava que, havendo participação acionária de uma ou mais companhias, os diretores, no seu relatório, deveriam dar informações sobre a situação das sociedades controladas ou coligadas”, conforme CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

³⁴ COMPARATO, Fábio Konder et al. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Trajano de Miranda Valverde (1959, p. 441), em relação à lei anterior, já advertia que “vige, nas assembleias gerais das sociedades por ações, o princípio majoritário, princípio que domina nas organizações colegiais ou nas reuniões deliberativas, porque seria impraticável a exigência da unanimidade, da concordância, enfim de todos os membros, para que em uma corporação se pudesse tomar deliberação de interesse geral”, conforme VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por ações*: (comentários ao Decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940). Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 3.

³⁵ VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por ações*: (comentários ao Decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940). Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 3.

³⁶ *Ibid.*

ao poder se associa a um debate sobre seu controle; e à força determinante do comportamento e das atitudes humanas ele denomina 'controle social'”³⁷.

Controle, de referência a toda relação ou ação de poder próprio ou de outrem, e até mesmo em termos de ordem puramente mecânica: controle de tráfego, controle de horário, controle de tempo, como também o de uma epidemia ou de uma situação social, assim como de um controle de nervos e, até, de instrumentos ou aparelhos dotados de autocontrole, ou de "controle remoto"³⁸.

No direito administrativo, afirma-se que a perspectiva é a escolha de dados que possibilitem o controle de seus "*multiples futures possibles*". Na linguagem jurídica, ainda aí, há dualidade de sentido: o conceito é tomado ora como processo de verificação da atividade própria, ou alheia, para prevenir, ou corrigir, os defeitos de seu exercício, aferido este por sua legalidade ou sua conveniência administrativa, ora no sentido de restringir esse processo à só atividade interna da administração, seus órgãos em relação uns com os outros ou com as entidades dela descentralizadas, excluídas, portanto, as manifestações da administração nas suas relações com particulares; ora, não como *contrerôle*, mas como *control*, poder de dirigir e ordenar, no sentido inglês de coparticipação e interferência em atividade alheia mediante poder diretivo, de domínio e autoridade, como quando se diz de "controle acionário", ou "sociedade controlada" por exemplo, a que alude a Lei n. 6.404, de 1976. Enquanto em inglês o significado comum da palavra *control* é poder, força, dominação, autoridade, nos idiomas europeus *control* significa vigilância, verificação, inspeção, a atividade de controlar apenas)³⁹.

Essa segunda acepção do controle é a mais corrente na doutrina societaristas brasileiras, que o identifica com a força e a dominação com que se manifestam: no domínio da assembleia geral, no poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; no poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Ilustram esse entendimento Alfredo Lamy Filho e Bulhões Pedreira para os quais é acionista controlador aquele que detém a capacidade de determinar as deliberações da assembleia geral, de modo permanente, exercendo o poder político sobre as atividades desenvolvidas pela sociedade⁴⁰, p. 235. Também é percebido na afirmação de José Edwaldo Tavares Borba, segundo a qual “[c]ontrola uma sociedade quem detém o poder de comandá-la, escolhendo os seus administradores e definindo as linhas básicas de sua atuação”⁴¹, p. 345. Modesto Carvalhosa afirma que “[o] poder sobre a companhia torna-se personalizado. Dá-se a esse grupo uma série de prerrogativas de mando que são auto-homologadas pela assembleia geral, que, em última instância, é constituída pelos próprios controladores”⁴², p. 477. Nelson Eizirik, ao comentar sobre o conceito de acionista controlador assevera que:

³⁷ PONDÉ, Lafayette. Considerações sobre o controle administrativo. *Revista De Direito Administrativo*, v. 163, p. 1-15, 1986.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ PONDÉ, Lafayette. Considerações sobre o controle administrativo. *Revista De Direito Administrativo*, v. 163, p. 1-15, 1986.

⁴⁰ LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, Jose Luiz Bulhões. *A Lei das S.A.* Rio de Janeiro: Renovar, 1996. v. 2.

⁴¹ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁴² CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

[a] Lei das S.A. considera como acionista controlador aquele que, de fato, comanda os negócios sociais, fazendo prevalecer, de modo permanente, sua vontade nas deliberações assembleares, elegendo a maioria dos administradores da companhia e utilizando o seu poder para determinar, efetivamente, os rumos da sociedade⁴³, p. 225-226.

José Waldecy Lucena, após elucidar que a palavra controle admite como significados a vigilância e verificação administrativa, a fiscalização financeira, o ato ou o poder de dominar, regular, guiar ou restringir, afirmando a seguir que foi com essa significação de dominação, de regulação e de fiscalização que a palavra passou a ser utilizada em nossa legislação. Porém, afirma que:

na Lei n. 6.404/1976 o vocábulo tem nitidamente o sentido de dominação, dada a gama de poderes outorgados ao acionista controlador pelo dispositivo em comento [referente à norma previsto no art. 116 dessa lei], e que lhe asseguram um efetivo domínio sobre a companhia, seja via controle interno, seja via controle externo⁴⁴, p. 1077.

Entretanto, entendemos que o poder de controle previsto no art. 116 da Lei 6.404/1976 permite, também, a acepção de processo de verificação da atividade própria (nesse caso dos próprios controladores), ou alheia (aqui referimos, em especial, às atividades dos administradores), para prevenir, ou corrigir, os defeitos de seu exercício, aferindo a licitude e a oportunidade negocial.

Esse entendimento é suportado pela necessária funcionalização do exercício do poder de controle que deve “fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender” (parágrafo único do art. 116 da Lei 6.404/1976).

Assim, se ao controlador cabe a efetividade na condução dos negócios sociais e, consequentemente, no funcionamento dos órgãos sociais, incidindo sobre ele deveres jurídicos específicos visando a refrear o seu comportamento oportunístico no sentido de conduzir a companhia de maneira a instrumentalizá-la para a satisfação de seus próprios interesses, a esse acionista controlador cabem os misteres de prevenção e correção de sua própria atuação e o de fiscalização dos gestores socais.⁴⁵

⁴³ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*: Artigos 80 ao 137. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

⁴⁴ LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Anônimas*: Comentários à lei. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. v. 1.

⁴⁵ Em recente julgado, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu que ao controlador cabe, não somente o domínio da companhia – o poder de a influenciar, mas, também, o seu monitoramento. “Porém, além do poder de eleger a maioria dos administradores, o acionista controlador tem que se comprometer com os objetivos da companhia. Ou seja, para ser considerado acionista controlador é necessário o preenchimento dos requisitos objetivo e subjetivo, quais sejam, respectivamente (1) ser majoritário na assembleia geral, conferindo-lhe direito de escolha da maioria dos administradores; e (2) usar seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. Depreende-se que o acionista controlador é uma circunstância fática, principalmente pela incumbência daquele que influencia e exerce o monitoramento da companhia e, independentemente da quantidade de ações que titulariza, pois esse fator depende do número de presentes na assembleia geral. Ver: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp: 1837538 SP 2019/0042867-1. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data de Julgamento: 18/06/2024, Data de Publicação: 25/06/2024.

Em sentido próximo, evoca-se a análise institucionalista feita por Rachel Sztajn e Milton Barossi Filho,

(n)o campo do direito privado, comercialistas recorrem à ideia de governança para modelar as relações entre administração das sociedades e stakeholders, tal como o legislador de 1976, com a reforma da lei do anonimato, descreveu os deveres do acionista controlador para com a comunidade em que atua (relação externa), ampliando seu alcance de sorte a incluir os administradores da sociedade⁴⁶, p. 180.

Fabio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho entendem que o poder deve ser compreendido pelos juristas para que possa ser assimilado pelo Direito⁴⁷, p. 189.

Essa afirmação, ainda que por outros fundamentos, possui o efeito prático que pretendemos alcançar em nosso trabalho: se o poder de controle deve ser funcionalizado em prol de alguns resultados especificados pela lei (isso será explicado mais adiante), os deveres jurídicos devem parametrizá-lo, sob pena de o controlador incorrer sanções jurídicas, já que ao Direito cabe assimilar este poder e disciplinar o seu exercício⁴⁸.

A questão que fica em aberto no contexto institucional brasileiro é se este poder manifestado por intermédio da estrutura orgânica da sociedade é estável e, se assim for, por meio de que mecanismos se mantém nessa condição, ou se é instável, e neste caso, como identificá-lo e discipliná-lo.

A estabilidade (quando a transferência do controle acionário depende necessariamente da vontade do acionista controlador) ou a instabilidade (quando a transferência do controle acionário não depende necessariamente da vontade do acionista controlador) desse poder de controle deve ser analisada a partir das formas de controle previstas no artigo 116 e 243 da Lei das S/A, visto que sobre elas incidem os deveres de lealdade previstos no parágrafo único ao artigo 116 dessa lei.

Antes de tratarmos de cada uma das formas de controle, antecipamos que o controle majoritário e o controle por outras estruturas legais são considerados formas de controle estáveis, vez que a sua transferência é ato volitivo do controlador. Por outro lado, o controle

⁴⁶ SZTAJN, Rachel; Filho, Milton Barossi. Environment, Social and Corporate Governance: Qualidade de vida e Mercados. In: PINHEIRO, Caroline da Rosa et al. (coord.). *Compliance entre a Teoria e a Prática: Reflexões contemporâneas e análise dos programas de Integridade das companhias listadas no Novo Mercado*. Indaiatuba: FOCO, 2022, p. 173-186.

⁴⁷ COMPARATO, Fábio Konder et al. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

⁴⁸ O sentido que empregamos neste texto sobre a regulação do poder de controle é coerente com o pensamento liberal, conforme exposição de Edmund Fawcett (2018, p. 12): essa busca liberal, tanto naquela época quanto agora, foi guiada por quatro ideias fundamentais: aceitação de que o conflito moral e material na sociedade não pode ser eliminado, mas apenas contido e, talvez, de maneira proveitosa, domesticado; hostilidade ao poder sem controle, seja ele político, econômico ou social; fé de que os males sociais podem ser curados e de que a vida humana pode ser melhorada; e respeito do Estado e da sociedade, respaldado pela lei, pela vida e pelos projetos das pessoas, independentemente de suas crenças e de quem sejam, conforme FAWCETT, Edmund. *Liberalism: The Life of an Idea*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2018.

minoritário e o administrativo ilustram formas de controle instáveis, já que podem ser alvos de ofertas hostis⁴⁹.

Cuidaremos agora de cada uma dessas formas de controle.

2.1 CONTROLE MAJORITÁRIO

Como identificado por Berle e Means, o controle majoritário é o primeiro estágio no processo de separação entre controle e propriedade^{50, p. 81}, lembrando que essa separação, décadas mais tarde, foi considerada a raiz dos problemas de agência apresentados pela estrutura societária⁵¹. Essa forma de estruturar o poder nas companhias implica na “transferência” do poder de controle da minoria para a maioria, manifestando problemas que são assimilados pelo Direito por intermédio de normas de responsabilização, invalidação de decisões e de normas estruturais (tais como o voto múltiplo e o voto em separado).⁵² Entendemos haver nessa situação uma relação de agência entre os controladores, e as minorias e preferencialistas porque, mesmo não tendo os controladores poder de disposição dos bens sociais, eles reservam para si o poder de conduzir os negócios sociais, haja vista a amplitude de matérias que podem ser objeto de deliberação da assembleia de acionistas (art. 121 da Lei 6.404/76)⁵³, o que será tratado mais à frente. Todavia, não são objeto deste estudo as causas de invalidação de deliberações, como também de mecanismos estruturais que conferem direitos políticos aos sócios não integrantes do grupo de controle. A delimitação deste trabalho está no estudo dos deveres de lealdade impostos ao controlador, cuidando, por fim, do seu incumprimento causador de responsabilização.

Além disso, um cuidado deve ser tomado ao analisar o direito brasileiro das anônimas: para fins do art. 116 da Lei n. 6.404/1976, os conceitos de controlador e de acionista (ou grupo de acionistas) majoritário não se confundem na medida em que a lei não exige, para fins de caracterização do controle, a titularização por um acionista isoladamente ou, mesmo, um

⁴⁹ MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Transferência de controle nas companhias sem controlador majoritário*. Poder de controle e outros temas de direito societário e mercado de capitais. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

⁵⁰ BERLE, Adolf Augustus; MEANS, Gardiner C. *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

⁵¹ JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. In: TRICKER, R. I. *Corporate Governance*. Londres: Gower, 2019. p. 77-132.

⁵² Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer e Robert W. Vishnya (1998) afirmam que a qualidade da proteção legal dos acionistas ajuda a determinar a propriedade nos países da *civil-law*. Os resultados corroboram a ideia de que a propriedade altamente concentrada resulta da fraca proteção dos investidores em um sistema de governança corporativa e, talvez, a substitua. As evidências indicam que leis fracas realmente fazem diferença e podem ter custos. Um dos custos da propriedade altamente concentrada em grandes empresas é que seus principais investidores não são diversificados. O outro custo é que essas empresas provavelmente enfrentam dificuldades para obter financiamento, uma vez que os investidores minoritários temem a expropriação pelos administradores e acionistas concentrados. Ver: PORTA, Rafael la et al. Law and Finance. *Journal of Political Economy*, Chicago, v. 106, n. 6, p. 1113-1155, 1998.

⁵³ Conforme Carvalhosa (2008, p. 490): “Em relação aos demais acionistas, o controle apresenta-se como o poder de decidir por outrem, produzindo efeitos na esfera patrimonial destes, decorrentes dos resultados da gestão societária. No aspecto patrimonial, portanto, o exercício do controle produz, quanto aos não-controladores, efeitos indiretos, incidindo sobre o patrimônio acionário deles. Produz, obviamente, efeitos diretos sobre o patrimônio da própria companhia”. Ver: CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

grupo de acionistas de mais de 50% do capital votante⁵⁴. Arnold Wald, ao cuidar do conceito de sociedade controladora previsto no parágrafo 2 do art. 243 da Lei das S/A, corrobora esse entendimento já que, para os fins aqui pretendidos, as normas (art. 116 e parágrafo 2 do art. 243) são muito parecidas. Afirma o autor:

Por tal razão é que a Lei das S.A., no art. 243, § 2º, acima citado, não conceitua acionista controlador como aquele que detém maioria acionária, mas como aquele que 'é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores'⁵⁵.

Essa diferença conceitual entre controlador e acionista majoritário ficará evidenciada, logo a seguir, ao tratarmos do controle por mecanismos legais, em especial, o controle exercido por meio de estrutura dupla de ações: ações ordinárias simples e ações ordinárias com o voto majorado (plural); e ações ordinárias e ações preferenciais. Como, também, quando cuidarmos do problema do controle minoritário no direito brasileiro.

2.2 CONTROLE POR MECANISMOS LEGAIS

Nos grandes empreendimentos em que a estrutura de companhias é utilizada para receber financiamentos, com certa frequência ocorre que os sócios (empreendedores) se utilizam de mecanismos legais visando à manutenção do controle, sem a necessidade de deterem a maioria das ações votantes.

A primeira forma legal de estruturação dessa forma de controle é o denominado por Berle e Means como controle piramidal, envolvendo a titularização da maioria das ações de uma sociedade que, por sua vez, detém a maioria das ações de outra, em um processo que pode ser repetido muitas vezes⁵⁶, p. 87.

Os acionistas podem se organizar por meio de mecanismos societários ou contratuais quando pretendem concertar ou concentrar o voto visando o controle de uma sociedade: no primeiro caso, há a constituição de uma *holding* (a sociedade controladora), no segundo, são

⁵⁴ Em sentido próximo, ver: LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Anônimas: Comentários à lei*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. v. 1.

⁵⁵ WALD, Arnoldo. Regime jurídico aplicável à sociedade anônima cujo comando é compartilhado entre uma empresa pública e uma empresa privada: Sujeição às normas de direito comum e inaplicabilidade do regime de direito público. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 2, p. 96-108, 2014.

⁵⁶ BERLE, Adolf Augustus; MEANS, Gardiner C. *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

celebrados acordos de voto⁵⁷ (ver art. 118 da Lei n. 6.404/1976)⁵⁸. Além disso, a primeira solução organizativa leva ao controle piramidal ou controle em cascata.

Essa forma de controle está prevista expressamente no parágrafo 2º. do art. 243 da Lei das S/A: “[c]onsidera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores”.

Outra possibilidade de controle por meio de mecanismos legais se dá com a adoção de estrutura dual de ações verificadas quando a companhia adota ações com voto plural ou ações preferenciais sem direito de voto.

O voto plural foi introduzido no Brasil a partir da entrada em vigor da Lei n. 14.195, de 26 de agosto de 2021, que inseriu o inciso IV no art. 16 da Lei n. 6.404/76 e o art. 110-A nesse mesmo documento normativo. Esse conjunto de normas jurídicas constitui o mecanismo legal que confere poder de controle ao seu ou aos seus titulares⁵⁹.

Esse mecanismo legal, no entanto, apresenta controvérsias em sua utilização, seja histórica, seja atualmente. No Brasil, trata-se de inovação no direito das companhias. Constitui um dos principais problemas de governança corporativa, segundo afirmou John C. Coffee, Jr., no blog *The CLS Blue Sky Blog*, mantido pela Columbia Law School, em novembro do ano de 2018: “*The most important issue in corporate governance today is dual class capitalization*”⁶⁰. Uma síntese da controvérsia existente no campo da governança corporativa sobre o tema revela que pode haver um benefício gerado pela adoção da estrutura de ações de voto plural porque, nesse caso, os fundadores e os *insiders* teriam mais liberdade para se concentrar em metas e decisões corporativas de longo prazo. Contudo, esse suposto benefício superaria qualquer complacência e os efeitos de más decisões tomadas pelos fundadores e *insiders*, distantes dos

⁵⁷ Em recente decisão, o STJ decidiu que mudança na titularidade de ações que integram o bloco de controle sem, contudo, se verificar a transferência da totalidade das ações integrantes do bloco, caracteriza a transferência de controle para fins do art. 254-A da Lei n. 6.404/1976: “Com a aquisição das ações da Votorantim/Camargo Correia e da Caixa de Empregados da USIMINAS pelo GRUPO TERNIUM, até então estranho à Companhia, ele passou integrar, inclusive, o Bloco de Controle junto com a NIPPON, com poder de eleger a maioria dos administradores, além a ter efetiva influência na tomada de decisões sensíveis para o atingir os objetivos da USIMINAS. Desta forma, houve, de fato, a alienação do controle da USIMINAS, circunstância que já ensejava a realização da Oferta Pública de Aquisição (OPA), prevista no art. 254-A da Lei da S.A.” Ver: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp: 1837538 SP 2019/0042867-1. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data de Julgamento: 18/06/2024, Data de Publicação: 25/06/2024.

⁵⁸ Segundo Patella (2015, p. 98): “Para os doutrinadores brasileiros, fica claro que “a expressão ‘acordo de acionistas’ representa gênero de contratos pelos quais acionistas criam direitos e obrigações relativos ao exercício de direitos conferidos por ações, e o acordo sobre exercício do poder de controle é modalidade de acordo sobre exercício do direito de voto, que é fundamento do poder de controle” (PATELLA, Laura Amaral. *Controle conjunto nas companhias brasileiras: disciplina normativa e pressupostos teóricos*. 2015. 327 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito Comercial, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015). Todavia, após a reforma promovida pela Lei n. 10.202/2001, o artigo 118 da Lei n. 6.404/76 passou a prever expressamente o acordo de controle.

⁵⁹ Trecho extraído de artigo de minha coautoria. Ver: OLIVEIRA, Fabício de Souza; GONTIJO, Vinícius José Marques. O Voto Plural: Problemas em Governança Corporativa. *Direito das Sociedades em Revista*, São Paulo, v. 28, p. 44-49, 2022.

⁶⁰ COFFEE JR., John C. Dual Class Stock: The Shades of Sunset. *The CLS Blue Sky Blog*. 2018. Disponível em: <https://clsbluesky.law.columbia.edu/2018/11/19/dual-class-stock-the-shades-of-sunset/> Acesso em: 05 abr. 2022.

desafios representados pelos investidores externos?⁶¹ Esse dilema vem sendo reproduzido na literatura da seguinte forma: se o voto plural foi implementado para permitir que um fundador construa estratégias de longo prazo que gere grandes lucros no longo prazo e, portanto, retornos, durante um período em que o mercado não é capaz de observar os potenciais benefícios de longo prazo da estratégia da sociedade, a estrutura poderia beneficiar todos os acionistas. Por outro lado, se o objetivo principal da estrutura é permitir que o acionista/administrador persiga interesses pessoais em detrimento dos interesses sociais, ou para proteger uma gestão de má qualidade que provavelmente não gerará retornos de curto ou longo prazo, o voto plural provavelmente será prejudicial para os acionistas. Estudos empíricos vêm sendo realizados objetivando avaliar e comparar companhias que adotam estruturas de voto plural com outras que não as adotam. São inconclusivos até o momento presente⁶².

Quanto à possibilidade de emissão de ações preferenciais sem direito de voto, tem-se aqui mais uma possibilidade de o controle ser exercido por acionistas que não detenham a maioria do capital social, vez que, por norma jurídica, uma minoria de ações pode dominar o processo decisório nas assembleias da sociedade, levando-se em conta que a companhia pode emitir ações preferenciais sem direito a voto, ou sujeitas a restrição no exercício desse direito, até o limite de 50% (cinquenta por cento) do total das ações emitidas⁶³.

2.3 CONTROLE MINORITÁRIO

No ano de 2009, Érica Gorga publicou artigo em que analisou sociedades com dispersão acionária no Brasil e suas repercussões sobre o controle. À época, a autora afirmava que o

⁶¹ A tensão, própria do sistema de governança anglo-saxão - entre acionistas e administradores -, ilustra esse problema. Há grande controvérsia na literatura sobre o comportamento dos acionistas no sentido de buscarem por benefícios de curto prazo, enquanto os administradores estariam interessados em benefícios de longo prazo. Visto pelo agencialismo, o problema manifesta o comportamento dos administradores que buscam por projetos de longo prazo tensionados com os acionistas que buscam por projetos de curto prazo. A questão apresentada, no corpo do texto, não aprofunda no problema quando evidencia que os fundadores, detentores de interesses de longo prazo, atenderiam melhor aos interesses da coletividade (do funcionamento do mercado) porque desconsidera a literatura que demonstra os benefícios (as externalidades positivas) dos projetos de curto prazo. Sobre a controvérsia envolvendo o comportamento de acionistas e administradores em relação à época dos resultados pretendidos pelos projetos, citamos uma das conclusões do estudo desenvolvido por Richard Thakor (2016): “[...] it is the managers with career concerns who dislike short-term projects, even when the firm's owners prefer them. This is the opposite of the results in Narayanan (1985) and Stein (1989), that managers like short-term projects even though the firm's owners prefer long-term projects” (THAKOR, Richard T. A Theory of Efficient Short-termism. *SSRN Electronic Journal*, p. 1-63, 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2821162>. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2821162. Acesso em: 9 jun. 2016).

⁶² REDDY, Bobby V. More than Meets the Eye: Reassessing the Empirical Evidence on US Dual-class Stock. *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, Pennsylvania, v. 23, n. 4, p. 955-1017, 2020. Sobre o assunto, voto plural, já publicamos estudo em coautoria com Vinícius Gontijo que pode ser encontrado em: OLIVEIRA, Fabrício de Souza; GONTIJO, Vinícius José Marques. O Voto Plural: Problemas em Governança Corporativa. *Direito das Sociedades em Revista*, São Paulo, v. 28, p. 44-49, 2022. Também sobre o assunto, ver: CARVALHOSA, Modesto. Voto plural: evolução ou retrocesso?. In: MARTINS, Alexandre de Soveral et al. (orgs.). *Diálogos com Coutinho de Abreu: Estudos Oferecidos no Aniversário do Professor*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 701-13.

⁶³ Em sentido próximo, ver: Carvalhosa (2008, p. 482). CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

mercado de ações viu a primeira tentativa de uma aquisição hostil em trinta anos. As sociedades estavam vendendo o controle no mercado e as defesas contra aquisições estavam sendo incorporadas aos estatutos sociais.

Além desses desenvolvimentos relacionados às companhias, a Bovespa, atual B3, se fundiu com a Bolsa Brasileira de contratos futuros e *commodities* (“BM&F”) e se tornou a terceira maior bolsa de valores do mundo. Esse fenômeno recebeu atenção significativa da mídia. Diversos artigos apontaram que o mercado de capitais brasileiro está experimentando um impulso sem precedentes. Eles se concentraram especialmente na chamada tendência à propriedade dispersa. De acordo com esses comentaristas, o Brasil estava finalmente passando por uma transição nos padrões de propriedade acionária. Alguns levantaram a hipótese de que a difusão da propriedade poderia resultar em que o controle gerencial brasileiro se torne mais parecido com o seu equivalente estadunidense⁶⁴.

Essa dispersão acionária verificada nos últimos 18 anos no Brasil pode fazer emergir o controle minoritário ou o controle administrativo (a ser tratado no item a seguir).

Contudo, tão logo o fenômeno social se manifesta, vozes se levantam quanto à adequação da classificação proposta por Berle e Means⁶⁵ quanto às formas de controle para a compreensão do controle no direito societário brasileiro. Modesto Carvalhosa, em texto publicado no ano de 2011, afirma que o poder de controle somente se configura se ele for permanente, associando essa permanência à independência de outros acionistas, dizendo, ainda, dever ele ser autônomo. A conclusão prática desse entendimento é a de que sobre o controle minoritário não incidiriam os deveres exigidos em relação ao controlador.⁶⁶ Esse entendimento, é acompanhado por outros societaristas brasileiros, como ilustra a seguinte afirmação de Guerreiro:

O poder de controle, por sua vez, é aquele aferido segundo a definição do art. 116 da Lei 6.404/1976, valendo aqui destacar os requisitos da constância e permanência com que é exercido. Assim, o controle da sociedade não pode ser esporádico ou episódico: necessário esse caráter de permanência a que alude o texto legal⁶⁷.

No entanto, pensamos que algumas perguntas sobre a *mens legis* pode auxiliar na interpretação do texto legal previsto no art. 116 da lei das anônimas: a) falta ao controle minoritário o poder de verificação da própria conduta, assim como da alheia, no sentido de fazer com que companhia realize o seu objeto e cumpra a sua função social (é o sentido do poder-dever que deve mobilizar a norma em sua aplicação)?

⁶⁴ GORGA, Érica. Changing the Paradigm of Stock Ownership from Concentrated towards Dispersed Ownership: Evidence from Brazil and Consequences for Emerging Countries. *Northwestern Journal of International Law & Business*, Chicago, v. 29, p. 439-554, 2009.

⁶⁵ BERLE, Adolf Augustus; MEANS, Gardiner C. *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

⁶⁶ CARVALHOSA, Modesto. O desaparecimento do Controlador nas Companhias com Ações Dispersas. In: ADAMEK, Marcelo Vieira von (coord.). *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 516-521.

⁶⁷ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Sociedade anônima: reorganização societária: alienação de ações: alienação de controle direta e indireta: inocorrência: inaplicabilidade do art. 254-A da Lei das sociedades anônimas. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 12, n. 45, p. 207-223, jul./set. 2009.

Retornando ao texto de Berle e Means, observa-se que os autores associam o controle minoritário ao controle operacional da sociedade, dizendo ser ele manifesto quando “nenhum outro volume de ações é suficientemente grande para funcionar como um núcleo em torno do qual seja possível reunir a maioria dos votos”⁶⁸, p. 92.

Cabe indagar, assim, sobre a possibilidade, no direito brasileiro, de uma minoria controlar operacionalmente uma determinada sociedade.

Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho argumentam que a Lei das S/A admite implicitamente o controle minoritário, observando, para tanto, as normas jurídicas que se impõem sobre a instalação e o funcionamento da assembleia-geral. Afirmam, em conclusão, que “teoricamente, portanto, um só acionista, detentor de uma única ação, pode constituir a assembleia”⁶⁹. A exceção fica por conta das matérias previstas nos incisos do art. 136 da Lei n. 6.404/1976, em que se exige a aprovação de acionistas que representem metade, no mínimo, do total de votos, se maior *quórum* não for exigido pelo estatuto da companhia cujas ações não estejam admitidas à negociação em bolsa ou no mercado de balcão⁷⁰.

A explicação para a afirmação acima resulta de que, nas assembleias gerais o *quórum* não é determinado por ‘cabeça’ e sim pelo número de ações de cada titular.

A nosso ver, levando-se em consideração a dinâmica das assembleias, a afirmação de Berle e Means no sentido da operacionalidade do controle minoritário é aplicável na interpretação do direito societário brasileiro: não propriamente da operação relacionada aos pedidos de procurações, como compreendido pelos autores, mas no sentido de influenciar o funcionamento da companhia por meio das deliberações sociais.

Questão diferente é a relacionada à aplicação da norma prevista no art. 254-A da Lei n. 6.404/1976, em casos de transferência do controle minoritário: a norma pretende uma distribuição justa do valor organizacional entre os controladores e os minoritários, prevendo um patamar mínimo de precificação para as minorias. Nesse aspecto, o requisito ‘permanência’ previsto no art. 116 deve ser compreendido no sentido de exigir a maioria do capital votante para a caracterização do controlador.

2.4 CONTROLE ADMINISTRATIVO

O controle administrativo é aquele em que a titularidade das ações de emissão da companhia atinge um nível de dispersão, que nenhum indivíduo ou pequeno grupo reúne condições para, isoladamente, dominar os negócios sociais. Quando o maior interesse isolado representa apenas uma fração de 1%, nenhum acionista está em condições de fazer pressões importantes sobre a administração ou de usar sua posição como um núcleo considerável para a acumulação da maioria dos votos necessários ao controle⁷¹, p. 94.

⁶⁸ BERLE, Adolf Augustus; MEANS, Gardiner C. *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

⁶⁹ COMPARATO, Fábio Konder et al. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ BERLE, Adolf Augustus; MEANS, Gardiner C. *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

É o estágio mais intenso da separação entre controle e propriedade⁷² evidenciada por Berle e Means e que, depois, foi considerada na raiz dos problemas de agência evidenciados por Jensen e Meckling a partir da década de 1970⁷³.

A literatura especializada confere muita atenção aos custos da separação entre a propriedade e o controle, assim como nas políticas que reduzem ou podem reduzir esses custos. Adam Smith considerou a separação entre propriedade e controle como problemática, pois os administradores de tais companhias não teriam incentivos para conduzir os negócios sociais da mesma forma que os administradores-proprietários e, portanto, operariam a sociedade de forma ineficiente⁷⁴.

Seguindo Adam Smith, Jensen e Meckling (1976) caracterizaram a separação entre propriedade e controle como um problema de agência⁷⁵. Na abordagem agencialista, os acionistas são considerados como principais e os administradores como agentes. Os agentes, nesse modelo, maximizam a utilidade pessoal. A questão é como criar incentivos ao agente para induzir um comportamento benéfico para os principais, os acionistas. A análise agencialista estuda os custos de fornecer tais incentivos e os custos resultantes dos desvios dos comportamentos dos agentes em relação aos interesses do principal, mesmo na presença de tais incentivos⁷⁶.

Os custos da separação da propriedade e do controle são, portanto, os custos usuais da relação principal-agente: os gastos com monitoramento por parte dos acionistas, os gastos com a vinculação dos administradores (remuneração performática, por exemplo) e a perda residual decorrente da divergência de comportamento (mesmo com monitoramento e vinculação) do ideal.

A análise agencialista foi o primeiro passo importante para o estudo da separação entre propriedade e controle.

No entanto, para além da relação acionista-administrador, devem ser considerados como outros atores, para além dos acionistas, podem monitorar e restringir efetivamente o comportamento da gestão social. Esses outros atores incluem outras partes interessadas

⁷² Sobre a origem da separação entre controle e propriedade, Coffee Jr. (2001) elucida que no último quarto do século XIX e culminando, no máximo, na década de 1930, as maiores empresas privadas nos Estados Unidos e no Reino Unido foram convertidas em companhias de capital aberto. Nesse processo, o controle geralmente passou das famílias para o mercado (COFFEE JR., John C. *The rise of dispersed ownership: The roles of law and the state in the separation of ownership and control*. *The Yale Law Journal*, v. 111, p. 1-78, 2001).

⁷³ JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*. In: TRICKER, R. I. *Corporate Governance*. Londres: Gower, 2019. p. 77-132.

⁷⁴ MARKS, Stephen G. *The separation of ownership and control*. *Encyclopedia of law and economics*, Boston, v. 3, 1999. “Os diretores de tais empresas sendo administradores mais do dinheiro de outras pessoas do que de seu próprio dinheiro, não é de se esperar que eles o vigiem com a mesma vigilância com que os sócios de uma sociedade frequentemente cuidam do seu próprio dinheiro. Como os administradores de um homem rico, eles tendem a considerar a atenção a pequenas questões como algo que não é para a honra de seu mestre e facilmente se dispensam de tê-la em consideração. A negligência e a profusão, portanto, devem sempre prevalecer, mais ou menos, na administração dos negócios de uma empresa desse tipo. É por esse motivo que as sociedades anônimas de comércio exterior raramente foram capazes de manter a concorrência contra aventureiros privados”, conforme SMITH, Adam. *The Wealth of Nations*. Toronto: Aegitas, 2016.

⁷⁵ JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*. In: TRICKER, R. I. *Corporate Governance*. Londres: Gower, 2019. p. 77-132.

⁷⁶ MARKS, Stephen G. *The separation of ownership and control*. *Encyclopedia of law and economics*, Boston, v. 3, 1999

(como titulares de debêntures), advogados, autoridades reguladoras (como a CVM) e participantes do mercado (como possíveis adquirentes dos valores mobiliários emitidos pela companhia)⁷⁷.

Com relação ao direito brasileiro, tem-se que uma vez que o artigo 116 da Lei das S/A qualifica o controlador a partir do *status* jurídico de acionista, o controle administrativo não está previsto entre nós. Assim, os problemas de agência que compreendem os conflitos entre acionistas e administradores é regulado, no que concerne às anônimas, especialmente, pela Seção IV da Lei n. 6.404/1976. Assinalamos o dever de lealdade a que se submetem os administradores previsto no art. 155 dessa lei⁷⁸.

2.5 CONTROLE EXTERNO

O controle externo, em regra, é aquele exercido por outros meios distintos do exercício do direito de voto. Há casos em que o controlador externo é, também, acionista da companhia, entretanto, tal poder não se configura pelo exercício do voto, valendo-se de outros fatores, sempre externos, como os de natureza contratual e decorrentes do endividamento da sociedade ou originados da intervenção do Estado no domínio econômico⁷⁹. Para Comparato e Salomão Filho, “[h]á, assim, em primeiro lugar, toda uma série de hipóteses em que o controle externo resulta de uma situação de endividamento da sociedade”⁸⁰.

No entanto, assim como no caso do controle administrativo, o conceito legal de controlador previsto no art. 116 da Lei n. 6.404/1976 não abriga a hipótese dessa forma de controle. Logo, não incide sobre ele a norma prevista no parágrafo único desse dispositivo legal, que faz recair sobre o acionista controlador deveres de lealdade. Sobre ele recaem as normas gerais sobre responsabilidade civil, notadamente, as que impõem o dever de indenizar aquele que, por ato ilícito comissivo ou omissivo (artigos 186 e 187 do Código Civil), ou por criar ou controlar atividade de risco (parágrafo único do art. 927 do Código Civil) causa dano a outrem.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Em sentido próximo, ver: LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Anônimas: Comentários à lei*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. v. 1.

⁷⁹ Carvalhosa (2008, p. 496) reconhece que, por vezes, o controle externo pode ser exercido por meio de voto: “[o]corre que, no caso, o voto não é exercido no interesse próprio do acionista proprietário (controle interno direto) nem do representante (art. 126) do acionista que seria um controlador interno direito. Trata-se, na espécie, de um controle externo que se utiliza de fato dos votos dos controladores internos, para exercer, através destes, o efetivo e permanente controle da companhia” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2). Comparato *et al.* (2005) ilustram essa situação com o seguinte exemplo: “[s]ão, por exemplo, frequentes os contratos de empréstimo a uma sociedade, com a atribuição ao mutuante, em garantia do seu crédito, da caução das ações do chamado bloco de controle. A lei brasileira, ao contrário da italiana (Código Civil italiano de 1942, art. 2.352), não suprime o direito de voto do acionista caucionante, mas admite que se possa estipular ‘no contrato, que o acionista não poderá, sem consentimento do credor caucionado ou pignoratício, votar em certas deliberações’ (Lei nº 6.404, art. 113)” (COMPARATO, Fábio Konder *et al.* *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005).

⁸⁰ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2

3 O PROTAGONISMO DO CONTROLADOR NO DIREITO SOCIETÁRIO BRASILEIRO: A GESTÃO DEPENDENTE DO CONTROLE

O controlador possui papel proeminente na dinâmica das companhias brasileiras, o que revela a sua influência sobre a condução dos negócios sociais.

Isso se deve a três características presentes no Direito brasileiro: a) a ausência de reserva de matéria para a gestão; b) a regra da livre destituição dos administradores; e c) a vinculação dos administradores eleitos em função de acordo de acionistas.

Todas essas três características, entendemos, estão ancoradas no pressuposto de que as sociedades são contratos celebrados entre os sócios e que foi dominante na literatura especializada do séc. XIX. *"Scholars in the nineteenth century viewed the company as a contract between the shareholders. Neither the directors nor any other participant in the company were part of the contract"*⁸¹, p. 6.

Esse pressuposto foi desafiado tanto pelas ideias contratualistas mais influentes na atualidade, que colocam os acionistas em posição preponderante (mas não exclusiva) nas sociedades, por expectarem pelo fluxo de caixa remanescente, como daquelas que, em outro sentido, consideram a companhia como uma entidade jurídica, defendendo a sua atuação autônoma.

Passamos a tratar de cada uma dessas três características que desafiam, em última análise, a independência da gestão em relação ao controle.

3.1 A AUSÊNCIA DE RESERVA DE MATÉRIA PARA A GESTÃO

É da tradição do direito societário brasileiro a permissão para que os acionistas, reunidos em assembleia geral, possam deliberar sobre a generalidade dos negócios sociais. Assim estava prescrito no art. 87 do revogado Decreto-Lei n. 2.627 de 26 de setembro de 1940, e assim está prescrito no art. 121 da Lei n. 6.404/76. Não há reserva de competência para a gestão da sociedade. Vemos nesse espaço forte influência teórica da teoria contratualista do mandato que influenciou o direito societário nos anos oitocentos.

A par dos três problemas genéricos de agência decorrentes da forma em que é estruturada a empresa societária - problemas que envolvem o conflito entre os sócios e os administradores, problemas que envolvem o conflito entre os sócios que detêm o controle societário e os sócios não controladores e problemas que envolvem o conflito entre a própria sociedade (incluindo, em particular, os seus sócios) e as outras partes com quem a sociedade estabelece relações, tais como os credores, empregados e clientes⁸², utilizamos como experiência comparativa o Direito português, em relação às sociedades anônimas que adotam o modelo germânico, onde os sócios não podem imiscuir-se nos negócios sociais.

⁸¹ MICHELER, Eva. *Company Law: A Real Entity Theory*. Oxford University Press, Oxford, 2022.

⁸² ARMOUR, John; HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. Agency problems, legal strategies, and enforcement. *Harvard Law and Economics Research*, Massachusetts, n. 644, 20 jul. 2009.

Consideramos que, no plano societário, variam, nos dois modelos legais – o brasileiro e o português – problemas do primeiro, segundo e terceiro gênero. Em se tratando de problemas do primeiro gênero, a regra que confere poderes aos acionistas para decidirem todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomarem as resoluções que julgarem convenientes à sua defesa e desenvolvimento, reduz custos de agência por possibilitar, neste espaço, a vinculação dos administradores (agentes) aos acionistas (principais). Por outro lado, a regra (ou conjunto de regras) que atenua a força do controlador sobre a gestão social, como a do Direito português, permite que outros interesses, para além daqueles dos sócios, influenciem os gestores da companhia.

Já no que toca aos problemas do segundo e do terceiro gênero, constata-se que a solução do Direito brasileiro, tendo em conta o domínio da assembleia pelos acionistas controladores, não equaciona os conflitos existentes entre acionistas controladores e os minoritários e preferencialistas sem direito de voto, pois permite aos primeiros a condução, ao fim e ao cabo, dos negócios sociais. Da mesma forma, em se tratando dos problemas do terceiro gênero, a regra restringe a gestão na escolha entre os interesses atendidos em suas decisões (se dos sócios ou de credores sociais).

Para possibilitar a comparação entre o Direito brasileiro e o português no que se refere à existência ou não de matéria reservada à gestão social, abordaremos sinteticamente as discussões doutrinárias havidas em Portugal sobre a regra prevista no n. 3 do art. 373 do Código das Sociedades Comerciais, que prescreve: “[s]obre matérias de gestão da sociedade, os accionistas só podem deliberar a pedido do órgão de administração”.

Um ponto a ser observado é a tendência da maior interferência do Direito por meio de normas mandamentais (cogentes) em assuntos de governo societário após a crise financeira global de 2008⁸³. Um dos argumentos utilizados para defender a natureza mandamental do art. 373 do Código das Sociedades Comerciais para todos os tipos de estrutura da administração societária é o seguinte: “se o estatuto pudesse atribuir competência deliberativa aos sócios em matéria de gestão, permitir-se-ia que um sócio ou grupo controlador (com poder de voto para fazer alterar o estatuto) derrogasse ou distorcesse o sistema legal de divisão de competências”⁸⁴.

Relembramos que as duas afirmações colocam em causa a sociedade como uma solução de governo (coordenação) dos mecanismos de produção e/ou circulação de bens e serviços, ou melhor, a maior ou menor liberdade oferecida pelo Estado (ou organismo supranacional com poder vinculativo) aos participantes (internalizados mais ou menos pela estrutura jurídica societária: o contrato ou estatuto social) de regularem o poder hierárquico na empresa (a sociedade atuando e conformando a hierarquia).

⁸³ FLECKNER, Andreas M.; HOPT, Klaus J (orgs.). *Comparative Corporate Governance: A Functional and International Analysis*. New York: *Cambridge University Press*, 2013. No aspecto relacionado à crise global de 2008, os autores dizem que: “(...) the provision of state aid to credit institutions that formed part of the emergency measures adopted in the aftermath of the Lehman Brothers failure in October 2008, has been made conditional upon compliance with a number of corporate governance-related restrictions regarding, in particular, director compensation schemes, which effectively supersedes the internal decision-making processes in the relevant institutions” (Fleckner; Hopt, 2013, p. 528).

⁸⁴ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*. Coimbra: Almedina, 2013.

Depois de algumas considerações sobre o problema ligado à gênese da norma, Coutinho de Abreu afirma que: “todavia, com ou sem a questionada possibilidade estatutária, é permitido aos administradores, influenciados ou não pela maioria, submeter assuntos de gestão a deliberação dos sócios”⁸⁵. Para além disso, entende que outro problema é o de saber se os administradores devem acatar todas as deliberações dos sócios (válidas ou anuláveis), e se, fazendo-o, estariam exonerados das correlatas responsabilidades. Cita o autor o n. 1 do art. 56 do CSC⁸⁶.

Para lá das questões postas em causa pelo autor, sugerimos outras: i) como identificar o poder de controle sobre o estatuto? Deveria ele ser considerado estático e identificado com o fundador ou fundadores da sociedade? ii) Ou é dinâmico e se apresenta no momento em que uma circunstancial maioria se apresenta e altera as disposições estatutárias originais? Entendemos que o poder aqui versado é dinâmico e que, portanto, deve ser identificado e limitado em sua mobilidade, pressupondo que formações de maiorias podem ser estimuladas por interesses circunstanciais e não, necessariamente, voltadas para a responsabilidade e sustentabilidade da sociedade. Assim, entendemos que uma solução seria a adoção de norma de responsabilização dos decisores quando deliberam em prejuízo da responsabilidade e da sustentabilidade da sociedade (mecanismo *ex post*).⁸⁷ Uma outra alternativa possível seria a exigência de uma maioria superqualificada (vedando ao estatuto estabelecer outros *quora*) para as deliberações assembleares cujo objeto seja assuntos de gestão, próxima da norma prevista no §4 da AktG (mecanismo *ex ante*)⁸⁸. Norma semelhante a essa é encontrada no n. 2 do art. 442 do Código das Sociedades Comerciais.

A última alternativa vale-se de mecanismo *ex-ante* e se fundamenta (e cujo mecanismo de governança é a imposição do dever de cuidado) na ideia de que:

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Artigo 56.º (Deliberações nulas)

“1 - São nulas as deliberações dos sócios:

- a) Tomadas em assembleia geral não convocada, salvo se todos os sócios tiverem estado presentes ou representados;
- b) Tomadas mediante voto escrito sem que todos os sócios com direito de voto tenham sido convidados a exercer esse direito, a não ser que todos eles tenham dado por escrito o seu voto;
- c) Cujo conteúdo não esteja, por natureza, sujeito a deliberação dos sócios;
- d) Cujo conteúdo, directamente ou por actos de outros órgãos que determine ou permita, seja ofensivo dos bons costumes ou de preceitos legais que não possam ser derogados, nem sequer por vontade unânime dos sócios.”

⁸⁷ Norma similar a que propomos é encontrada no direito espanhol em relação ao plano de remuneração dos administradores. Especificamente na parte final do n. 4 do art. 217 do Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Acrescentamos que a manifestação de poderes transitórios pode, por exemplo, interferir nas decisões estratégicas da companhia de maneira a distribuir dividendos à custa da sua sustentabilidade no longo prazo. Notamos que não estamos aqui a tratar de decisões que levem a sociedade a situação de insolvência, mas de decisões que visem picos no valor económico das ações, incentivando manifestações especulativas do poder, por exemplo.

⁸⁸ “Management responsibilities may not be conferred on the supervisory board. However, the articles or the supervisory board have to determine that specific types of transactions may be entered into only with the consent of the supervisory board. If the supervisory board refuses to grant consent, the management board may request that a shareholders’ meeting approve the grant. The shareholders meeting by which the shareholders’ approves shall require a majority of not less than three-fourths of the votes cast. The articles may neither provide for any other majority nor prescribe any additional requirements”. Utilizamos a tradução para o inglês do dispositivo em referência.

if a wholly-owned firm is managed by the owner, he will make operating decisions that maximize his utility. (...) Indeed, it is likely that the most important conflict arises from the fact that as the manager's ownership claim falls, his incentive to devote significant effort to creative activities such as searching out new profitable ventures falls⁸⁹.

Logo, uma deliberação que exija uma maioria qualificada dos sócios estaria mais próxima daquelas perseguidas pelo único sócio de uma sociedade unipessoal por ele administrada. Ainda, se essa norma de reenvio fosse suplementada pela primeira, que utiliza mecanismo *ex post*, circunstanciais interesses que se apoderassem do poder de controlar o estatuto e, por conseguinte, influenciar, senão determinar, decisões de gestão, hesitaria (pensamos ser a tendência comportamental, caso contrário, aplicar-se-ia a sanção da responsabilidade jurídica, além de outras como a nulidade ou anulabilidade do ato).

No entanto, como interpretamos o material jurídico posto no caso em questão?

Coutinho de Abreu propõe que o art. 373 deve ter força mandamental somente em relação às sociedades anônimas que adotem a estrutura orgânica do tipo germânico. Segundo o autor:

Não se pode olvidar (sob pena de importação descabida) que o §119 (2) da AktG – copiado no art. 373, 3, do CSC – é norma de uma lei que prevê somente o sistema orgânico dualístico. E essa lei permite certos poderes em assuntos de gestão ao 'Aufsichtsrat' (correspondente ao conselho geral e de supervisão das nossas sociedades anônimas). É ver o §111 (4), 2. frase: 'No entanto, tem o estatuto ou o conselho geral de determinar que certas espécies de negócios só podem ser efectuados com o seu [do conselho geral] consentimento'⁹⁰.

Prossegue o autor dizendo que o Código das Sociedades Comerciais, no quadro da estrutura orgânica do tipo germânico, contém uma norma semelhante. A referência legal que o autor faz é a do art. 442, n. 1⁹¹. A partir das referências legais que menciona, conclui que: "Ora, o conselho geral e de supervisão congrega poderes atribuídos no sistema tradicional aos sócios e ao conselho fiscal e é, pode dizer-se, uma 'comissão da assembleia' ou '*longa manus* dos sócios', *rectius*, dos acionistas maioritários"⁹².

O método interpretativo proposto por Coutinho de Abreu pode ser sintetizado assim: a norma que veda a ingerência dos sócios em assuntos de gestão da sociedade anônima portuguesa somente é justificada quando aplicada às sociedades que adotam o modelo germânico porque, se o dispositivo legal português é cópia do alemão, logo, a sua normatividade deve estar de acordo com a encontrada no modelo original. Nos demais casos, tradicional e monís-

⁸⁹ JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. The Nature of Man. *Journal of Applied Corporate Finance*, Massachusetts, v. 7, n. 2, p. 4-19, 1994. Disponível em: http://arikamayanti.lecture.ub.ac.id/files/2014/04/Nature-of-Man_jensen_meckling.pdf. Acesso em: 16 jun. 2016.

⁹⁰ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*. Coimbra: Almedina, 2013.

⁹¹ Artigo 442.º Poderes de gestão

1 - O conselho geral e de supervisão não tem poderes de gestão das actividades da sociedade, mas a lei e o contrato de sociedade podem estabelecer que o conselho de administração executivo deve obter prévio consentimento do conselho geral e de supervisão para a prática de determinadas categorias de actos.

⁹² ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*. Coimbra: Almedina, 2013.

tico, como não há órgão assemelhado ao conselho geral e de supervisão, entende que a assembleia geral pode ingerir nos negócios da sociedade desde que haja previsão estatutária para tanto.

Fazemos aqui uma breve consideração ao tratamento da questão no direito germânico. Hanno Merkt, ao analisar o problema da governança corporativa na Alemanha, afirma que o *two-tier board* é mandamental para as companhias de capital aberto neste país, e, em alguns casos, para as *limited companies (GmbH)*, também. O *Management Board* é formado por um ou mais membros eleitos pelo *supervisory board* para mandatos de 5 anos. Aquele órgão nomeia o seu presidente, o qual o representa, preside as suas reuniões e coordena os seus trabalhos. No entanto, o que nos importa para os efeitos da posição adotada por Coutinho de Abreu é que o “*management board is responsible for independently managing the company. This includes planning and strategy, coordination and control, and the nomination of top executives, upon which only the full management board may decide*”⁹³. Mais à frente, afirma Hanno Merkt: “*generally, the supervisory board and the shareholder’s meeting do not participate in the management of the company*”⁹⁴.

Portanto, conclui-se, no que se relaciona ao direito societário português e, mais especificamente, sobre a posição de Coutinho de Abreu acerca da força normativa do art. 373 do CSC, que: “[e]m suma, o art. 373, 3, não impede que o estatuto de uma sociedade anônima com sistema tradicional ou monístico preveja o dever de o conselho de administração obter prévio consentimento-deliberação dos sócios para a prática de determinadas categorias de actos de gestão”⁹⁵. Mas não sem fazer menção às propostas de normatização que fizemos no início deste subitem⁹⁶. Vejamos que nessas hipóteses a transferência de autoridade do principal/acionista para o agente/administrador ou sócio majoritário (a depender da relação entre os órgãos internos da sociedade) é variável.

Se a transferência de autoridade ocorre no sentido sócio/administrador, o poder de ordenação (mecanismo da empresa) se localiza nos órgãos administrativos. Por outro lado, se dita transferência ocorre no sentido administrador-sócio, a arquitetura societária confere espaço para a manifestação do poder quando exista uma qualificada maioria, atenuando o poder do acionista controlador, ou lhe exigindo uma grande parcela no financiamento da sociedade

⁹³ FLECKNER, Andreas M.; HOPT, Klaus J (orgs.). *Comparative Corporate Governance: A Functional and International Analysis*. New York: *Cambridge University Press*, 2013.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Governança das sociedades comerciais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

⁹⁶ O antagonismo nas posições doutrinárias pode ser ilustrado por meio das seguintes posições: i) Alexandre de Soveral Martins, para quem, o art. 405, n. 1, do CSC “deve ser lido de forma a evitar contradições com o disposto no art. 373, 3. Daí que nos pareça adequado sustentar que o contrato de sociedade só pode subordinar os poderes de gestão do conselho de administração a deliberações dos acionistas dentro do quadro de competências que a lei reconhece aos próprios acionistas” (ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*. Coimbra: Almedina, 2013); ii) Pedro Pais de Vasconcelos compreende que: “é típico das sociedades anônimas que o exercício da função de governo da sociedade no conselho de administração é mais independente dos sócios do que nas sociedades por quotas, sob qualquer que seja a sua designação.” No entanto, conclui o autor: “Mas da ordem pública do tipo não se pode concluir que seja vedado aos sócios - nos estatutos iniciais ou nas suas versões subsequentes - estipular sobre a relação de dependência ou independência entre os sócios e os gerentes e os administradores das sociedades conforme entenderem conveniente e acordarem entre si, nos estatutos iniciais, ou conforme deliberarem, ou convencionarem com os gerentes e administradores” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. Dependência e independência entre sócios e gestores nas sociedades comerciais. In DOMINGUES, Paulo de Tarso (org.). *Congresso Comemorativo dos 30 Anos do Código das Sociedades Comerciais*. Coimbra: Almedina, 2017).

(fator decorrente da exigência de maioria qualificada). É o que se percebe na norma prevista no art. 442, n. 2⁹⁷.

A regra da livre destituição serve aos interesses (ao menos) dos acionistas controladores – não só dos atuais, também dos futuros (as tomadas de controle estão facilitadas pelo fato de se saber que é possível renovar imediatamente a administração)^{98, p. 630}. Por meio do que denomina ser “o dilema dos administradores”, o professor de Coimbra provoca:

(...) todos sabemos, as instruções (ordens, directivas, recomendações) vão sendo emitidas. Eis o dilema do administrador: ou obedece (embora saiba que não tem de obedecer e que o acatamento é contrário ao seu dever de diligência) e mantém-se no lugar, ou não acata as instruções e arrisca-se a ser destituído (apesar de sem justa causa)^{99, p. 631}.

Levantamos a hipótese secundária de que, no contexto prevalente no Brasil – e perspectivando o segundo gênero de problemas de agência (os conflitos entre acionista controlador e minoritários) –, seria benéfica a positivação de regra prevendo a hipótese legal do direito de indenização por ato lícito para os casos em que os administradores são destituídos de suas funções sem a ocorrência de justa causa. Justa causa existiria nos casos de violação dos seus deveres fiduciários ou de incapacidade para o exercício de suas funções. Essa proposta, em que pese diminuir a vinculação dos administradores ao controlador, aumentando, assim, os custos de agência, confere maior autonomia à gestão para os fins de realizar o objeto social da companhia, escolhendo, para tanto, os interesses que pretende atender nesse mister.

Modesto Carvalhosa, contudo, ressalta que diante das competências atribuídas ao conselho de administração, há redução de competência da assembleia geral, mesmo como colégio eleitoral. Assim, somente caberá à assembleia a eleição ou a destituição de membros de companhias fechadas de capital fixo e que estatutariamente não tenham instituído o conselho de administração^{100, p. 622}.

3.2 A VINCULAÇÃO DOS ADMINISTRADORES ELEITOS EM FUNÇÃO DE ACORDO DE ACIONISTAS

A Lei n. Lei 10.303/2001, entre outras disposições, alterou a Lei n. 6.404/1976, introduzindo novos dispositivos visando à segurança jurídica dos acordos de acionistas. Tratamos neste item especialmente dos parágrafos oitavo e nono ao artigo 118. Com essa alteração,

⁹⁷ Artigo 442.º Poderes de gestão

1 - O conselho geral e de supervisão não tem poderes de gestão das actividades da sociedade, mas a lei e o contrato de sociedade podem estabelecer que o conselho de administração executivo deve obter prévio consentimento do conselho geral e de supervisão para a prática de determinadas categorias de actos.

2 - Sendo recusado o consentimento previsto no número anterior, o conselho de administração executivo pode submeter a divergência a deliberação da assembleia geral, devendo a deliberação pela qual a assembleia dê o seu consentimento ser tomada pela maioria de dois terços dos votos emitidos, se o contrato de sociedade não exigir maioria mais elevada ou outros requisitos.

3 - Para efeito do disposto no número anterior, os prazos referidos no n.º 4 do artigo 377.º são reduzidos para 15 dias.

⁹⁸ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Governança das sociedades comerciais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2

previu-se expressamente a validade das cláusulas sobre exercício de voto que vinculavam os conselheiros. Para além disso, com a alteração promovida, a lei passa a contar com expressa previsão da autotutela, cabendo ao presidente do órgão colegiado (como na assembleia) não computar votos proferidos contrariamente ao disposto no acordo de acionistas. Também estipulou que na ausência ou abstenção de quem deveria votar conforme o acordo, a parte prejudicada teria o direito de votar com as ações ou na posição de quem se ausentou ou se absteve de votar. Desde então, as cláusulas de vinculação de membros do conselho às disposições de acordos de acionistas tornaram-se mais comuns entre as companhias brasileiras. Entretanto, a tensão foi mantida na Lei n. 6.404/1976: normas que preveem a vinculação e uma execução específica administrativa dos termos do acordo em confronto com normas que impõem os deveres fiduciários aos administradores e a sua necessária atuação em prol dos interesses da companhia¹⁰¹.

A questão que colocamos em relação ao contexto institucional descrito é se os administradores eleitos em função do acordo de acionistas devem lealdade aos signatários do acordo ou se a devem à coletividade dos acionistas e à companhia. Esse é o ponto central no que tange à responsabilidade de administradores uma vez que não se pode excluir a hipótese de que indicações sejam feitas visando interesses pessoais de certos acionistas.

O § 9 do art. 118 da Lei n. 6.404/76102 permite que um acionista signatário vote com as ações de signatário ausente ou omissa em conformidade com o sentido do voto verificado no acordo ou em reunião prévia. Esse mecanismo jurídico é uma forma de autotutela *interna corporis*. Ainda segundo a racionalidade do dispositivo legal em apreço, se um dos signatários do acordo de acionista comparece à assembleia e vota contrariamente ao decidido no acordo ou na reunião prévia, deve o presidente da assembleia geral desconsiderar o voto e permitir ao acionista prejudicado votar com as ações do acionista inadimplente¹⁰³.

Há que se diferenciar para tanto o mecanismo jurídico que permite ao acionista prejudicado votar com as ações do signatário ausente ou inadimplente daquele outro que trata da vinculação dos administradores eleitos em razão de acordo de acionistas. O §9 ao art. 118 obriga o presidente do conselho de administração ou o diretor presidente a: não computar o voto proferido pelo conselheiro ou pelo diretor em desacordo com o direcionamento de voto dado pelo bloco de controle, bem como permite ao conselheiro ou ao diretor eleito em virtude do acordo votar pelo administrador ausente ou abstinente^{104, p. 728}.

O argumento daqueles que defendem tal mecanismo pode ser sintetizado pela eficácia que ele confere ao acordo de acionista. Dito de outra forma, não haveria eficácia do acordo de acionista caso somente vinculasse os signatários nas assembleias de sócios e não vinculasse os administradores por eles eleitos nas tomadas de decisões dos órgãos de administração para os quais tenham sido nomeados. Além disso, argumentam que não há incompatibilidade entre

¹⁰¹ ACCIOLY, João C. de Andrade Uzêda; CAMINHA, Uinie. Vinculação dos conselheiros ao acordo de acionistas sob a ótica da companhia como estrutura econômica contratual. *Revista Semestral de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, n. 31, p. 1-20, 2022.

¹⁰² “Art. 118. O não comparecimento à assembleia ou às reuniões dos órgãos de administração da companhia, bem como as abstenções de voto de qualquer parte de acordo de acionistas ou de membros do conselho de administração eleitos nos termos de acordo de acionistas, assegura à parte prejudicada o direito de votar com as ações pertencentes ao acionista ausente ou omissa e, no caso de membro do conselho de administração, pelo conselheiro eleito com os votos da parte prejudicada”.

¹⁰³ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das SA Comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. 2.

¹⁰⁴ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das SA Comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. 2.

esse dispositivo e o dever de independência do administrador previsto no § 1º do art. 154 da Lei das S/A¹⁰⁵ porque o acordo de voto em bloco deve visar à consecução do interesse social.

Pensamos, contudo, de forma diferente. A lealdade exigida do administrador não é compatível com a sua vinculação ao que for decidido pelos que o elegeram em função do acordo. Há uma imperfeição metodológica que envolve essa proposta com o dever de lealdade dos administradores e com a independência desses exigida pelo §1º do art. 154 da Lei das S/A. Lealdade para com a sociedade (entidade) e não para com os acionistas que os elegeram. Dizer que o interesse social resolveria o dilema direcionando o sentido do voto não nos parece adequado ante a imprecisão do conceito.

Se há maior vinculação dos administradores aos interesses dos acionistas que os elegem, há redução de custos de agência (com a atenuação dos efeitos da dissociação entre propriedade e controle). Esse é um argumento válido para aqueles que defendem a maior eficiência conferida pela alteração do art. 118 da Lei das S/A.

Todavia, a independência necessária para que os administradores atuem como mediadores dos variados interesses afetados pela empresa, atuando e gerindo os conflitos existentes entre controladores e não controladores e aqueles que envolvem a sociedade (seus sócios) e credores, é comprometida.

Ademais, como afirmado no item anterior, se as atribuições estabelecidas pela lei para o Conselho de Administração subtraem da assembleia de acionistas o direito potestativo de destituição dos administradores, o que poderia significar maior autonomia para a gestão, por outro lado, a vinculação dos administradores eleitos em função de acordo de acionistas acaba por anular tal efeito: se pelos signatários do acordo for decidido pela destituição dos diretores e desde que os signatários acumulem condições que lhes permitam o domínio da sociedade e desde que esses diretores não tenham sido eleitos pela minoria, o efeito será parecido, os conselheiros deverão destituí-los.

4 OS DEVERES DE LEALDADE DO ACIONISTA CONTROLADOR, SEUS DESTINATÁRIOS E SEUS ESTÁGIOS

Neste momento, cuidamos da hipótese segundo a qual a companhia só pode realizar os seus objetivos atuando por intermédio de agentes, que se fundamenta na analogia das companhias com os *trusts*. A literatura, que examina a possibilidade dessa analogia no direito anglo-norteamericano, analisando de problema a problema, formula o seguinte argumento: as características fundamentais para o funcionamento da companhia estão, também, presentes no *trust*. São elas, a separação patrimonial, que protege o patrimônio da sociedade contra os credores dos sócios¹⁰⁶, a não exigibilidade do capital investido, que protege o patrimônio social contra as investidas dos sócios, dada a natureza do capital social ser a de passivo não

¹⁰⁵ “Art. 154 (...) § 1º O administrador eleito por grupo ou classe de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres.”

¹⁰⁶ O atual conceito de *Entity Shield* é evidenciado no funcionamento das sociedades como um fenômeno da organização em texto de Hansmann e Kraakman (2000). Ver: HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. The Essential Role of Organizational Law. *The Yale Law Journal*, Yale, v. 110, p. 387-440, 2000. Segundo Morley (2017)

exigível (*capital lock-in*), a responsabilidade limitada, que protege os sócios contra os credores da sociedade, a capacidade processual e a discricionariedade dos gestores e dos *trusts*, como assinalamos em capítulo anterior.

John Morley, a partir de estudo comparativo-histórico entre esses dois institutos jurídicos, as companhias e os *trusts*, conclui que “(t)he trust offered almost all of the same doctrinal features as contemporaneous versions of the corporate form, and it did so in a package that was freely available to every English subject and American citizen”¹⁰⁷.

Entretanto, há, no nosso entender, um argumento que desafia a possibilidade do raciocínio analógico proposto. O direito societário adotou princípios que derivam do direito fiduciário. No entanto, as companhias são diferentes dos *trusts*. Os gestores das sociedades têm o poder de gerir os bens sociais, mas não detêm sua propriedade. Além disso, os gestores corporativos têm maior discricionariedade sobre o patrimônio social porque os objetivos das sociedades podem ser mais amplos, enquanto os dos *trusts* são, normalmente, mais específicos e descritos nos documentos fiduciários¹⁰⁸, p. 96.

A par desse problema, ainda vemos o descompasso no desenvolvimento histórico e nas formas de utilização do *trust* entre o espaço relativo ao Direito Anglo-norteamericano e o nosso, o brasileiro. Se a literatura reporta ao uso significativo do *trust* para acomodar negócios na Inglaterra e nos EUA na história moderna desses países, não identificamos esse mesmo registro em relação ao Brasil, problematizando um pouco a analogia entre as características legais do *trust* negocial com as companhias brasileiras.

Pois bem, o parágrafo único do art. 116 da Lei das S/A estabelece que o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Como se percebe, a lei estabelece um poder-dever para o acionista controlador, que, a par de fazer a companhia realizar o seu objeto social e cumprir a sua função social, faz recair sobre ele deveres de lealdade cujos destinatários são os demais acionistas, os trabalhadores e a comunidade.

Esses deveres são impostos ao acionista controlador quando exerce seu poder diretamente ou quando atua por meio dos administradores que elege. Não importa: sobre ele recaem ditos deveres e a responsabilidade pelo seu incumprimento. O problema com a atuação indireta do controlador, quando viola deveres a que está submetido está relacionado com a maior ou menor facilidade de produção de prova: a doutrina acusa que no caso da atuação indireta do controlador – feita por intermédio dos administradores sociais, que orientam e

“The strong form of entity shielding available in modern corporations offers two features: priority and liquidation protection. That is, the creditors of a modern corporation enjoy both (a) priority of payment over the owners and their creditors and (b) the right to prevent the owners and their creditors from forcing the business to sell off its assets to pay their debts. The concept known as ‘capital lock-in’ is an application of this principle of entity shielding. Capital lock-in allows a business to restrict its owners, as well as the owners’ creditors, from taking away the business’s property”. Ver: MORLEY, John. The Common Law Corporation: The Power of the Trust in Anglo-American Business History. *Columbia Law Review*, Yale, v. 116, n. 8, p. 2145-2166, 2017.

¹⁰⁷ MORLEY, John. The Common Law Corporation: The Power of the Trust in Anglo-American Business History. *Columbia Law Review*, Yale, v. 116, n. 8, p. 2145-2166, 2017.

¹⁰⁸ FRANKEL, Tamar T. *Fiduciary Law*. New York: Oxford University Press, 2010.

gerem os negócios sociais -, a comprovação da sua responsabilidade pode se tornar mais difícil^{109 110}.

Entretanto, o tema da responsabilidade do acionista controlador pelo incumprimento de seus deveres de lealdade será tratado mais à frente, aqui, cuidaremos da investigação desses tais deveres.

Investigando o aspecto pré-jurídico acerca do conteúdo normativo do “dever ser leal”, Tamar Frankel indaga: o que é ser leal? Entre os sinônimos da palavra “lealdade” estão as palavras “confiabilidade” e “fidelidade”. Assim, a lealdade pode ser definida como um estado de espírito e uma forma de comportamento em que uma pessoa se identifica com os interesses de outra. A pessoa a quem a outra é leal pode contar, confiar e acreditar que os interesses da pessoa leal se identificam com os seus¹¹¹.

No entanto – afirma a autora –, há uma exceção a essa atitude legal de “não interferência” com relação à lealdade entre as partes. Não é de surpreender, no entanto, que a exceção se aplique principalmente nas situações em que há atribuição de propriedade ou poder e que o elemento nuclear da relação seja a fidúcia, em oposição a outros tipos de confianças exigidas na generalidade das relações jurídicas¹¹².

Os dois aspectos do dever de lealdade: a) Um aspecto é a exigência de que os fiduciários ajam para o benefício exclusivo dos atribuidores. Afinal, se a propriedade ou o poder confiado a alguém não pertencer aos fiduciários, isso significa que os fiduciários não poderão se beneficiar deles, exceto com o consentimento do verdadeiro proprietário ou da fonte de sua autoridade ou da lei; b) o outro aspecto do dever de lealdade é a proibição de os fiduciários agirem em situação de conflito de interesses com os dos atribuidores (sempre em relação à propriedade ou poder do atribuidor). Em certos casos, as proibições se estendem aos fiduciários que se colocam em situações de conflito de interesses onde antes não havia nenhum, como advogados que aceitam novos clientes, cujos interesses entram em conflito com os interesses dos clientes existentes¹¹³.

Kelly Cristine Baião Sampaio, apoiando-se em Mota Pinto, divide o conceito de relação jurídica: em sentido amplo e em sentido estrito. A relação jurídica em sentido amplo se traduz na relação da vida social, a qual o Direito atribui relevância e a disciplina, hábil a produzir efeitos jurídicos. Já a relação jurídica em sentido estrito centraliza-se na manifestação de pessoas, cuja relação da vida social, disciplinada pelo Direito, atribui a uma pessoa um direito subjetivo e à outra um dever jurídico ou estado de sujeição. “Neste sentido, cabe refletir sobre o conteúdo ético e jurídico do dever, para o qual se encerra a convicção de algo tido como de aceitação social geral, que ultrapassa interesses pessoais, e que deve ser perseguido por se entender como um bem à sociedade”^{114 115}.

¹⁰⁹ LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Anônimas: Comentários à lei*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. v. 1.

¹¹⁰ MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Forense, 1984. v. 2.

¹¹¹ FRANKEL, Tamar T. *Fiduciary Law*. New York: Oxford University Press, 2010.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ LACERDA, Bruno Amaro; FERREIRA, Flavio Henrique; FERES, Marcos Vinício Chein. *Instituições de Direito*. Juiz de Fora: EdUFJF, 2011.

¹¹⁵ Conforme Kelsen (1986): “Uma ordem normativa contém não apenas normas que impõem uma conduta determinada- como uma ordem jurídica positiva - mas também normas que estatuem uma sanção para a hipótese

Assim, indaga-se: se a lealdade foi elevada à condição de dever jurídico pela norma prevista no parágrafo único do art. 116 da Lei das S/A, qual o seu fundamento?

O dever de lealdade mobiliza o principal objetivo da Lei das Anônimas, no que se refere à posição jurídica do acionista controlador: proibir que ele se aproprie ou use indevidamente do poder a ele atribuído. Assim, o dever de lealdade é manifestado por importantes normas preventivas. Essas normas, em geral, proíbem ações mesmo que não sejam necessariamente prejudiciais aos destinatários dos deveres de lealdade. Atuam para amortecer as tentações do acionista controlador (em posição parecida com a do fiduciário) de se apropriar indevidamente da propriedade (transmitida à companhia pelos sócios) ou do poder atribuído, ou para justificar atuação dele em benefício próprio, estabelecendo um sinal contínuo de que a propriedade e o poder atribuídos não pertencem ao acionista controlador.

Trata-se, por assim dizer, de uma norma de contenção do comportamento oportunístico do acionista controlador.

A atribuição de propriedade ocorre na estrutura das companhias por meio da transferência patrimonial de sócios para a sociedade, operada pela integralização do capital social. Logo, a sociedade é a titular do patrimônio ativo para ela transferido, cabendo aos diretores a disposição sobre os bens que o integram a fim de cumprir o objeto social.

Contudo, como já tratamos acima, o acionista controlador conduz os negócios sociais, diretamente, por meio da amplitude de matérias submetidas à assembleia geral por ele dominada, ou indiretamente, por intermédio da administração.

Essa última característica encerra a atribuição de poder, que decorre da própria dinâmica da estrutura da propriedade: a separação entre controle e propriedade – o acionista controlador, também proprietário de parte das ações, controla a companhia. Os minoritários, proprietários de parcela das ações, não a controlam.

Com relação ao elemento fidúcia/confiança que caracteriza a relação entre os minoritários e o acionista controlador, o Superior Tribunal de Justiça entende que:

cabe presumir que os acionistas minoritários tenham seus interesses alinhados com a estratégia atual da administração da empresa em favor de quem depositaram sua confiança e seus recursos. A decisão pelo investimento, ademais, certamente considerou a forma com a qual a sociedade anônima é gerida, de sorte que a mudança no controle da companhia – e, conseqüentemente, de seus gestores, estratégia e política empresarial etc. – é circunstância que altera substancialmente as bases da relação jurídica acionária, o que justifica a outorga do direito de recesso ou de retirada.¹¹⁶

Assim, estão presentes na relação entre o acionista controlador e os minoritários os elementos que aproximam essa relação da fiduciária à semelhança da relação existente entre o

de não serem cumpridas e - como uma ordem moral positiva - também para a hipótese de serem cumpridas, pois a norma que impõe uma conduta determinada e a norma que estatui uma sanção [...] formam uma unidade” (KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986).

¹¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp: 1837538 SP 2019/0042867-1. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data de Julgamento: 18/06/2024, Data de Publicação: 25/06/2024.

trust e os seus constituintes e beneficiários: a atribuição de propriedade (no caso, a transferência de recursos dos sócios para a sociedade isso não é igual a constituir o *trust*); a atribuição de poder (no caso, o poder do acionista controlador/maioria de acionistas de conduzir os negócios sociais direta ou indiretamente); e o elemento confiança que é nuclear na relação entre o acionista controlador e os minoritários.

Dessa forma, em que pesem as diferenças apontadas em relação à companhia e o *trust*, a aproximação desses dois institutos jurídicos é adequada, autorizando-se a caracterização do dever de lealdade incidente sobre o comportamento do acionista controlador como um dever fiduciário.

Posta a noção jurídica dos deveres de lealdade do acionista controlador, devemos enfrentar outro problema: o de se estabelecer um critério jurídico para que o acionista controlador pondere entre os interesses que devem ser atendidos – se dos minoritários, dos trabalhadores ou da comunidade – nas escolhas que fizer quando da efetivação de seu poder-dever de controle na condução dos negócios sociais.

Coutinho de Abreu, ao analisar os deveres de lealdade incidentes sobre os gestores sociais no direito português, propõe três situações imaginárias visando a ilustrar o problema.

Devido à semelhança da norma prevista na alínea ‘b’ do número 1 do art. 64 do Código das Sociedades Comerciais¹¹⁷ com a norma brasileira – a prevista no parágrafo único do art. 116 da Lei n. 6.404/1976 -, sentimo-nos autorizados a utilizar essas situações imaginárias, não sem antes apontar as diferenças entre as duas normas: a norma portuguesa é direcionada aos administradores, a brasileira é direcionada ao acionista controlador; a norma portuguesa é expressa ao definir a ordem em que incidem os deveres de lealdade, a brasileira, não. Todavia pode-se comparar as duas regras a fim de oferecer sugestões para a interpretação/aplicação do conceito à legislação pátria.

Assim, passamos ao tratamento de situações imaginárias.

Se uma maior satisfação dos interesses dos sócios implicar despedimentos ou agravamento das condições de trabalho, como deve conduzir-se o acionista controlador?¹¹⁸, p. 305-306.

Coutinho de Abreu, concretiza o dilema, lançando mão de três hipóteses (com adaptações) elaboradas por Werder. Utilizaremos duas de suas hipóteses e elaboramos uma terceira mais bem adaptada ao direito brasileiro. Em todas as três hipóteses (ou situações imaginárias) interesses de sócios são contrapostos a interesses de trabalhadores¹¹⁹.

Primeira situação: O setor empresarial origina perdas ou não produz lucros; não há expectativas razoáveis de vir a ser lucrativo, nem da sua relação com outros setores da economia resultam sinergias apreciáveis. Nestes casos, embora a empresa (globalmente considerada) se mantenha lucrativa, o acionista controlador optará naturalmente (e em certas circunstâncias internas ou externas à empresa deverá mesmo optar) por satisfazer os interesses dos

¹¹⁷ Artigo 64. Deveres fundamentais

(...)

b) Deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores.

¹¹⁸ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Governança das sociedades comerciais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

¹¹⁹ *Ibid.*

sócios, eliminando postos de trabalho (na avaliação do “interesse da sociedade” prevalecerão os “interesses dos sócios”).

Segunda situação: O setor empresarial é – mas pouco – lucrativo (a taxa de lucro é mais ou menos equivalente à taxa de juro proporcionada pelos empréstimos ao Estado) e não há perspectivas de os lucros aumentarem. Também nestes casos, perante o conflito de interesses – uns reclamando a eliminação ou redução dos postos de trabalho, outros a sua manutenção –, o acionista controlador tenderá naturalmente (com o beneplácito da larga maioria dos “especialistas”) a dar preferência aos interesses dos sócios¹²⁰, p. 305-306.

Terceira situação: Diante da possibilidade de reduzir os seus custos, o acionista controlador enfrenta um dilema: conduzir a sociedade no sentido de investir em equipamentos de segurança do trabalho no patamar mínimo exigido pela legislação ou, tendo conhecimento dos riscos envolvidos na atividade exercida pela sociedade, investir um volume maior de recursos em segurança do trabalho de forma a efetivamente prevenir acidentes envolvendo os trabalhadores? É sabido que há assimetria de informações entre os agentes de mercado e os legisladores de maneira que, ainda que em abstrato, as normas jurídicas assimilem determinado padrão de riscos, lembrando que aqueles que estão próximos da atividade empresarial podem conhecer melhor os riscos envolvidos em sua atividade, bem como conhecer, com menores custos que os suportados pelo legislador, sobre a modelagem de medidas efetivas de prevenção. Assim, a questão é de se atender aos patamares exigidos pela legislação, evitando a sua responsabilização, ou atender às expectativas da confiabilidade devida aos trabalhadores? A nossa resposta caminha pela segunda alternativa.

Como se percebe, as três situações imaginárias adaptadas para o direito brasileiro revelam o problema existente quando da ponderação entre os interesses de lealdade devidos pelo acionista controlador, que possuem destinatários distintos e cujos interesses estão, muitas das vezes, em disputa.

Se a lei portuguesa é mais clara no sentido de conferir primazia aos interesses dos sócios, isso não se dá com a lei brasileira, notadamente quando se invoca a função social e potencial primazia dos trabalhadores, considerados por muitos como hipossuficientes. Assim, visando propor um critério para a concretização dos deveres de lealdade incidentes sobre a conduta do acionista controlador, lançamos mão do critério da essencialidade de grupo proposto por Oliver Williamson.

Para o economista, os acionistas devem ocupar lugar central na estrutura da governança das companhias. Isso porque, se em mercados de capitais desenvolvidos há a possibilidade de os acionistas facilmente alienarem as suas ações e retirarem-se da sociedade, quando esses acionistas passam a ser considerados como um grupo, a lógica não permanece a mesma. O argumento de fácil retirada da sociedade perde espaço, de tal forma que esse grupo de interesses mantém uma relação única com a sociedade. Conforme afirma Williamson, “*they are the only voluntary constituency whose relation with the corporation does not come up for periodic renewal*”¹²¹.

A essencialidade dos acionistas, considerados como grupo, revela que eles são os únicos sujeitos implicados na estrutura societária que, se se retirarem da sociedade (extinguindo os

¹²⁰ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Governança das sociedades comerciais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

¹²¹ WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press, 1985.

seus contratos), acarretam a dissolução da companhia com evidentes perdas para os trabalhadores. Alternativa seria todos os outros sujeitos, em grupo, terminar seus contratos e refazê-los sem afetarem, com isso, a continuidade da sociedade.

Essa essencialidade se manifesta na ordenação da formação da ‘vontade social’:

A formação da vontade social é uma atividade complexa que envolve a competência de diversos órgãos componentes do conteúdo da sociedade. A função delimitativa da sociedade ganha espaço aqui quando a sociedade funciona como um filtro na seleção de quais interesses presentes na empresa podem ou devem participar na formação da vontade social. Por exemplo, no direito societário brasileiro, a assembleia de sócios está no cimo da hierarquia societária, nela sendo admitidas as participações de sócios. Sobre a amplitude das competências desse órgão, ver os art. 121 e 122 da Lei das Anônimas brasileira. Sobre a condição de sócio para participar nas assembleias, ver art. 126 dessa Lei, por exemplo¹²².

Dentre os poderes atribuídos aos sócios, destacamos o de decidir sobre todos os negócios relativos ao objeto da sociedade e o de eleger ou de destituir a qualquer momento os administradores e fiscais da companhia. Não há necessidade de comprovação de justa causa para isso¹²³.

Há, entretanto, uma tímida possibilidade de internalização dos interesses dos trabalhadores no âmbito do conselho de administração prevista no parágrafo único do art. 140 da Lei das S.A brasileira¹²⁴. Afirmamos ser tímida por estar condicionada à permissão do estatuto social. É tímida, também, quando utilizamos para a comparação a companhia alemã em que haja cogestão. Na hipótese nessas sociedades há previsão de paridade entre mandatos dos acionistas e mandatos dos trabalhadores no conselho geral e de supervisão¹²⁵. Alguma doutrina ainda aduz que a lei sobre a cogestão dos trabalhadores na Alemanha se limita aos aspectos formais da participação dos trabalhadores na estrutura orgânica da sociedade e não em aspectos materiais sobre o interesse social¹²⁶.

¹²² Trecho de artigo de nossa autoria: OLIVEIRA, Fabrício de Souza. Uma proposta metodológica para a análise dos problemas de governança corporativa: o método trifásico. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, p. 83-102, 12 abr. 2021. DOI: <https://doi.org/10.37963/iberc.v4i1.156>. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/156>. Acesso em: 18 ago. 2024.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ Art. 140. O conselho de administração será composto por, no mínimo, 3 (três) membros, eleitos pela assembleia-geral e por ela destituíveis a qualquer tempo, devendo o estatuto estabelecer:

(...)

Parágrafo único. O estatuto poderá prever a participação no conselho de representantes dos empregados, escolhidos pelo voto destes, em eleição direta, organizada pela empresa, em conjunto com as entidades sindicais que os representem (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001).

¹²⁵ FLECKNER, Andreas M.; HOPT, Klaus J. (orgs.). *Comparative Corporate Governance: A Functional and International Analysis*. New York: *Cambridge University Press*, 2013. Na Alemanha, a Lei sobre a Cogestão dos Trabalhadores de 1976 atribui aos trabalhadores das grandes sociedades a possibilidade de nomearem metade dos membros do conselho geral e de supervisão. Ver, em língua portuguesa, a obra: NUNES, Pedro Caetano. *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anônimas*. São Paulo: Almedina, 2018.

¹²⁶ NUNES, Pedro Caetano. *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anônimas*. São Paulo: Almedina, 2018. Trecho de artigo de nossa autoria: OLIVEIRA, Fabrício de Souza. Uma proposta metodológica para a análise dos problemas de governança corporativa: o método trifásico. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, p. 83-102, 12 abr. 2021. DOI: <https://doi.org/10.37963/iberc.v4i1.156>. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/156>. Acesso em: 18 ago. 2024.

A partir dessa singularidade identificada, o autor conclui que os trabalhadores, os fornecedores, os credores sociais e os consumidores possuem a oportunidade de renegociar os termos contratuais quando da renovação dos respectivos contratos¹²⁷.

Diante dessa constatação, objetivando traçar um critério apriorístico para a concretização dos deveres de lealdade exigidos em face do acionista controlador, propomos o critério de dois estágios de concretização.

1) No primeiro estágio, devem ser atendidos, em função do dever de lealdade, os interesses de sócios. A perspectiva de sustentabilidade econômica da sociedade, assim como de medidas que visem o incremento da sua rentabilidade e, por conseguinte, um maior proveito para os sócios se sobrepõem aos interesses dos trabalhadores em terem seus postos de trabalho preservados.

2) No segundo estágio, deve-se procurar harmonizar os interesses dos sócios com os interesses dos trabalhadores e da comunidade. Diante da existência de custos sociais que se devem fundamentalmente à circunstância de a busca do lucro resultar num prêmio à minimização dos custos privados de produção. E pelo fato de que, ao minimizarem os seus custos internos, as sociedades tenderão a transferir para terceiros e para a comunidade em geral essa "despesa" e efetivamente maximizarem os custos sociais (isto é, a parte dos custos totais a que na literatura econômica tradicional se convencionou chamar custos "externos"), o controlador deve orientar a companhia para investir em medidas razoáveis de segurança do trabalho (independentemente do que é estipulado pela legislação especial) ou em medida de segurança de suas atividades de maneira a evitar os custos sociais¹²⁸.

Percebe-se que no método proposto para a concretização dos deveres de lealdade do acionista controlador, o fim último da companhia que é o de atender aos interesses dos sócios é preservado, em atendimento à norma prevista no art. 2 da Lei n. 6.404/1976. Contudo, a "confiabilidade" e a "fidelidade", erigidas na condição de deveres jurídicos, devidas aos outros sujeitos, para além dos sócios, nomeadamente trabalhadores e comunidade, são concretizadas por meio da harmonização dos interesses em disputa.

Assim, conclui-se que a normatização dos deveres de lealdade do acionista controlador mobiliza-se na realidade como norma de contenção do seu comportamento oportunístico. Conclui-se, também, que os interesses dos sócios devem preponderar na concretização da norma, mas não são exclusivos. Porém, questão outra é saber se há sanção jurídica estabelecida para os casos de incumprimento desses deveres.

5 A RESPONSABILIDADE CIVIL E SUAS FUNÇÕES COMO MECANISMO DE CONFORMAÇÃO DO CONTROLE SOCIETÁRIO

Judith Martins Costa, ao refletir sobre a nota caracterizadora do instituto da responsabilidade civil tal como previsto no art. 927 do Código Civil, afirma que é preciso identificar o que o torna peculiar em face dos demais mecanismos de atribuição e distribuição dos riscos decorrentes do fato de se viver em sociedade. Esclarece a autora: o seu traço característico em

¹²⁷ WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press, 1985.

¹²⁸ NEVES, Vitor. Custos sociais: Onde para o mercado?. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 95, p. 55-68, 2011.

face desses outros institutos jurídicos está em que, pelo efeito da responsabilidade, se estabelece um laço de atribuição (*lien de rattachement*) entre o evento danoso, produzido por pessoa ou coisa, e alguém – o imputado como responsável pela atividade exercida¹²⁹.

Ao se refletir sobre o tema, principalmente tendo em conta os deveres imputados ao acionista controlador pela Lei das S/A, emerge a preocupação em se identificar não somente o instituto jurídico da responsabilidade civil, mas, sobretudo, refletir sobre as suas funções.

Contextualizando, em que medida, diante da norma de contenção de comportamento do acionista controlador prevista no parágrafo único do art. 116 da Lei n. 6.404/1976 (em especial a norma que a ele imputa os deveres de lealdade), pode-se mobilizar a responsabilidade civil para esse fim, para além da responsabilidade administrativa (que decorre dos processos sancionadores junto à CVM quando se tratar de companhia de capital aberto) e da responsabilidade penal?

Para responder à pergunta, sobreleva a necessidade de se investigar sobre as funções que a responsabilidade civil.

A primeira função da responsabilidade civil é a compensatória. Sobre ela, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto explicam que a responsabilidade civil exerce uma função demarcatória, no sentido de estabelecer uma delimitação entre as fronteiras dos âmbitos de liberdade de atuação e aqueles outros, em que se outorga certa dose de proteção a determinados bens e interesses, estipulando dessa forma limites ou autolimitações à liberdade, na medida em que determinadas atuações livres podem determinar um grau de responsabilidade.¹³⁰

Guido Calabresi, analisando a função da responsabilidade civil, explica que quando se percebe que a regra de responsabilidade é usada não apenas para fazer o que o um mercado é incapaz de fazer, mas é, em vez disso, um instrumento independente de tomada de decisão coletiva, então sua aplicação aparentemente peculiar se torna facilmente explicável. Se o valor da indenização foi projetado para se aproximar da inalienabilidade, ou para tornar as mudanças nos direitos relativamente mais fáceis ou mais difíceis do que ocorreria consensualmente, a explicação para o valor escolhido está em uma decisão coletiva com relação a quais e quando as mudanças de direitos são relativamente desejáveis e quando não são¹³¹.

Isso, para o autor, não significa que essas decisões são necessariamente sábias ou boas. Essa é uma questão diferente; elas podem ou não ser¹³².

O que Calabresi conclui é que, quando olhamos para o mundo dos ilícitos e das indenizações correlatas, como ele de fato é, vemos casos significativos - e ocasionalmente dramáticos - do uso de regras de responsabilidade para imitar o mercado, para se aproximar de resultados de leis criminais ou regulatórias, e também para provocar mudanças nos direitos e nos níveis de atividades que causam mudanças nos direitos que são diferentes daquelas que ocorreriam em um mercado completo ou em uma estrutura de comando completa. Quando se tem

¹²⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Resenha à obra Fundamentos de direito civil – Responsabilidade Civil, de Gustavo Tepedino; Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz e Guedes. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 26, n. 4, p. 263-267, 2020.

¹³⁰ ROSENVALD, Nelson *et al.* *Responsabilidade Civil: Teoria Geral*. São Paulo: Editora Foco, 2023.

¹³¹ CALABRESI, Guido. Broader view of the cathedral: The significance of the liability rule, correcting a misapprehension. *Law and Contemporary Problems*, Yale, v. 77, n. 2, p. 1-13, 2014.

¹³² *Ibid.*

isso em mente, fica-se em uma posição muito melhor para analisar e discutir se o preço definido coletivamente e as metas que a coletividade tinha em mente ao estabelecer esse preço são bons, ruins ou indiferentes¹³³.

No plano da dogmática jurídica, pode-se afirmar que o problema fundamental de toda a responsabilidade civil extranegocial consiste na tensão entre a proteção de bens jurídicos e a liberdade de atuação. Seguindo essa orientação, a melhor forma de demarcar a tensão entre os polos em oposição seria a mínima intervenção na atividade econômica e a resolução a *posteriori* dos conflitos mediante a obrigação de reparar danos, objetivo da justiça comutativa, aristotélica e tomística. O ressarcimento se converte na consequência negativa (sanção) provida pela ordem jurídica. A ideia da lesão está no centro da responsabilidade civil e a sua função, consequentemente, é o restabelecimento do equilíbrio econômico-jurídico desfeito por ocasião do fato danoso. Há um retorno para o passado, o fato já ocorrido, seja pela forma da reparação pecuniária ou pela reintegração em forma específica, ou seja, pela repristinação da situação existente¹³⁴.

O fundamento da função compensatória da responsabilidade civil pode ser encontrado ao se perquirir sobre as razões jurídicas pelas quais alguém será responsabilizado por um dano, patrimonial ou extrapatrimonial causado a outrem. Um dano qualificado no caso concreto como um dano injusto. Isto é, injusto no sentido de uma valoração comparativa dos interesses em conflito: a esfera jurídica dos sujeitos não é protegida a todo o custo contra a ocorrência de qualquer lesão que não se submeta a um juízo de controle jurídico. A injustiça do dano provocado se prende a uma cláusula geral de responsabilidade civil, cuja especificação e conversão a uma precisa *fattispecie* terá lugar quando se concretize o juízo de responsabilidade pela ruptura das normas de coexistência. Em suma, o instituto da responsabilidade civil desenvolve uma função de mediação entre interesses em conflito, como reação a um juízo de desvalor previamente tido como relevante pelo ordenamento¹³⁵.

O art. 927 do Código Civil estabelece a regra geral pela qual "aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo". Dessa forma, sanciona-se o efeito da conduta, e não a conduta em si. A pretensão é neutralizar os efeitos da violação por força da compensação dos danos. Justifica-se, assim, a tendência ao deslocamento do eixo da responsabilidade civil para o fato jurídico lesivo. O que, em certa medida, serve como desestímulo quando da tomada de decisão, visando obter vantagem nada obstante terceiro possa ser prejudicado.

Entretanto, na contemporaneidade, a doutrina responsabilista questiona se esta monofuncionalidade da responsabilidade civil ainda corresponderia ao conceito de "direito de danos". No cenário atual, pretende-se uma responsabilidade civil para muito além dos danos. Não se trata tão somente de um mecanismo de contenção de danos, mas também de contenção de comportamentos¹³⁶.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ ROSENVALD, Nelson *et al.* *Responsabilidade Civil: Teoria Geral*. São Paulo: Editora Foco, 2023.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ CLEMENTE, Graziella Trindade; ROSENVALD, Nelson. A multifuncionalidade da responsabilidade civil no contexto das novas tecnologias genéticas. *Migalhas*. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-direito-medico-e-bioetica/360773/a-multifuncionalidade-da-responsabilidade-civil>. Acesso em: 18 ago. 2024.

Nesse sentido, é possível identificar as mudanças sentidas nas funções da responsabilidade civil ao longo do tempo. Com a teoria do risco criado ou, mesmo, do risco proveito, a responsabilidade civil se converteu em medida de reparação de danos. Assim, some-se à finalidade compensatória a ideia de responsabilidade como prevenção de comportamentos ilícitos e, por vezes, lícitos, como no caso da responsabilização pela atividade de risco¹³⁷.

São três as formas de tutela da função compensatória: (a) restitutória – volta-se a reconstituir as condições em que se encontrava o titular do interesse antes da violação, como exigência de uma repristinação ao *status quo ante*. Objetiva a restauração de uma situação atingida por uma lesão, significando uma satisfação *in natura*; (b) ressarcitória – objetiva compensar o lesado pelo prejuízo econômico sofrido, possuindo, em geral, caráter subsidiário em relação à restitutória, nas situações em que ela não seja viável, ou mesmo se colocar em relação de complementaridade, quando a restauração da situação originária não elimine por completo o desequilíbrio econômico sofrido pela vítima; (c) satisfativa – a tutela civil pode não se voltar à restauração de uma dada estrutura de interesses – seja pela via restitutória ou ressarcitória –, mas sobremaneira à satisfação *in natura* de uma posição subjetiva que restou não atuada, ou defeituosamente atuada (v. g., uma prestação negocial)¹³⁸.

A tão discutida multifuncionalidade da responsabilidade civil traz consigo a necessidade de se discutir outras funções que o instituto assume. Assim, passamos sinteticamente a designar essas outras possibilidades.

A primeira delas é a função punitiva. Amplamente aceita em países da *common law*, seja com a expressão “*exemplary damages*” (Reino Unido) ou “*punitive damages*” (EUA), defere-se um remédio monetário de caráter punitivo em complemento à recomposição das perdas patrimoniais e existenciais das vítimas, sempre em caráter extraordinário e como última solução para a deficiência da sanção reparatória, nos casos em que o comportamento do agente é particularmente ultrajante, seja por uma atuação dolosa ou por uma extrema desconsideração com relação à pessoa da vítima, pela reiteração de práticas antijurídicas ou pelo rebaixamento da condição humana do ofendido. Apesar da habitual difusão pela imprensa de condenações milionárias, a Suprema Corte dos Estados Unidos impõe aos *punitive damages* as mesmas limitações constitucionais aplicáveis às penas criminais, em termos de proporcionalidade e repúdio ao “*double jeopardy*” (“bis is idem” pelo mesmo ilícito), impondo a necessária moderação à quantificação de danos, contendo a discricionariedade de júris e juízes¹³⁹.

Contudo, via de regra, a função punitiva da responsabilidade civil não é aceita entre nós, sob o argumento segundo o qual o teto indenizatório consiste nas perdas da vítima, sendo contrária à ordem pública interna qualquer condenação que transcenda esse limite compensatório¹⁴⁰.

Porém, em casos pontuais, os danos punitivos são admitidos no direito brasileiro. Citamos a Lei n. 14.470/2022, sancionada em novembro de 2022 que alterou a Lei de Defesa da

¹³⁷ MARTINS, Fernanda Lopes; ALVES, Mariana Domingues. A multifuncionalidade da responsabilidade civil no direito concorrencial brasileiro. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 7, n. 1, p. 1-23, 17 mar. 2024. DOI: <https://doi.org/10.37963/iberc.v7i1.277>. Disponível em: <https://revistaiberc.emnuvens.com.br/iberc/article/view/277/236>. Acesso em: 30 abr. 2024.

¹³⁸ ROSENVALD, Nelson *et al.* *Responsabilidade Civil: Teoria Geral*. São Paulo: Editora Foco, 2023.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ *Ibid.*

Concorrência (Lei n. 12.529/2011). A norma trouxe significativas inovações quanto à indenização por perdas e danos aos prejudicados pela infração da ordem econômica, a começar pela instituição dos *double damages*. O instituto regula o direito das partes prejudicadas pela prática do cartel de receberem em dobro o ressarcimento dos prejuízos sofridos, estando prevista no parágrafo 1º do artigo 47 da Lei de Defesa da Concorrência¹⁴¹.

Além da função punitiva, discute-se a função restitutória. No campo da atividade econômica, diversas situações ocorrerão em que o agente atue com a expectativa de que os ganhos ilícitos excedam o dano causado à vítima ou mesmo de que sequer será condenado a compensar danos, pelo fato de que a condição econômica, cultural ou psicológica da vítima afastará a possibilidade do ajuizamento da demanda¹⁴².

A situação pode servir de base à imposição de uma condenação restitutória, na qual os ganhos alcançados pelo ofensor serão transferidos ao ofendido, sem a necessidade de demonstração de um comportamento censurável. Ao contrário da indenização punitiva, a condenação restitutória não possui a função de conter comportamentos inaceitáveis, mas o de remover ganhos ilícitos, sendo certo que no máximo o réu será expropriado do montante que ganhou ilicitamente¹⁴³.

Já a função precaucional da responsabilidade civil é mobilizada no sentido, por exemplo, de gerar determinadas sanções em face do empreendedor que exerce atividade ou crie produtos potencialmente aptos a causar futuros danos. Como técnica de controle social, essas sanções poderão consistir desde proibições de exercício de atividade (em casos extremos) até restrições ao exercício de empreendimentos e mesmo um reforço do dever informacional, no sentido de que se amplie a transparência ao mercado e à sociedade quanto ao conteúdo da atividade virtualmente danosa¹⁴⁴.

Por fim, tratamos da função preventiva. Tradicionalmente, a responsabilidade civil é uma tutela nitidamente repressiva porque é adotada em momento posterior ao dano. Ela aguarda a ocorrência da lesão, para só então agir, objetivando a restauração do estado anterior, seja pela via da indenização de danos patrimoniais ou pela compensação de danos morais. Mesmo após o dano, em termos jurídicos, a vítima não assume uma preocupação com a reiteração do ilícito, o seu interesse está todo na indenização dos próprios danos, o que evidencia o *locus* de destaque dos fins compensatórios da responsabilidade civil¹⁴⁵.

Se a função compensatória visa à contenção do dano, a função preventiva objetiva a contenção de comportamentos não desejados pela ordem do direito.

A função preventiva, assim como a compensatória, encontra previsão expressa no direito brasileiro. A autonomia da função preventiva pela via da tutela inibitória é prevista pelo art. 497 e o seu parágrafo único do CPC/2015: “[a] ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará

¹⁴¹ MARTINS, Fernanda Lopes; ALVES, Mariana Domingues. A multifuncionalidade da responsabilidade civil no direito concorrencial brasileiro. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 7, n. 1, p. 1-23, 17 mar. 2024. DOI: <https://doi.org/10.37963/iberc.v7i1.277>. Disponível em:

<https://revistaiberc.emnuvens.com.br/iberc/article/view/277/236>. Acesso em: 30 abr. 2024.

¹⁴² ROSENVALD, Nelson *et al.* *Responsabilidade Civil: Teoria Geral*. São Paulo: Editora Foco, 2023.

¹⁴³ ROSENVALD, Nelson *et al.* *Responsabilidade Civil: Teoria Geral*. São Paulo: Editora Foco, 2023.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ *Ibid.*

providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.” “Parágrafo único: Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo”¹⁴⁶.

A partir dessa norma, entende-se que o dano poderá não existir e mesmo assim ocorrer a violação da norma: a avaliação da situação em termos de desconformidade ao direito objetivo não é ligada à existência do dano e ao seu ressarcimento. A ilicitude de um comportamento lesivo surge ainda antes que o dano se verifique e dele prescinde. Os dois elementos, antijuridicidade e dano, são ontologicamente distintos e somente se encontram quando há um fato ilícito danoso¹⁴⁷.

Portanto, em que pese, em termos de direito comparado e em sede de teoria jurídica, a responsabilidade civil assumir múltiplas funções, assumiremos neste trabalho as suas funções compensatórias e preventivas, por estarem expressamente previstas em lei.

Numa perspectiva econômica pode-se afirmar a função de prevenção da responsabilidade civil. Robert Cooter e Thomas Ulen, analisando a responsabilidade extranegocial e citando Haddock e Curran, questionam se faz sentido para uma pessoa racionalmente interessada escolher o comportamento culposos (negligente) em vez do comportamento conforme o padrão legal de cuidado. Concluem que quando as partes e os tribunais estão totalmente informados, de modo que ninguém cometa erros com relação ao padrão legal de cuidado exigido ou a extensão dos danos causados por acidentes, o padrão legal deve ser definido de modo que as normas que tratam da negligência induzam a uma precaução eficiente¹⁴⁸.

5.1 AS HIPÓTESES DE RESPONSABILIZAÇÃO DO CONTROLADOR PREVISTAS NO ART. 117 DA LEI 6.404/76

Para fins de responsabilização, a sistematização da Lei n. 6.404/76 divide a responsabilidade dos acionistas em dois planos: o dos acionistas em geral (inclusive dos não controladores), pelo exercício abusivo do voto no art. 115 dessa lei e o dos acionistas controladores pelo exercício abusivo do poder ou domínio da companhia no art. 116 da Lei das S/A¹⁴⁹, p. 504.

O art. 117 da Lei das S/A fixa a responsabilidade do acionista controlador nos casos de exercício abusivo de seu poder-dever, especificando um rol de condutas assumidas como abusivas.

São elas: a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional; b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas S. An Economic Case for Comparative Negligence. *New York University Law Review*, New York, v. 61, p. 1067-110, 1986.

¹⁴⁹ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia; c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia; d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente; e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembleia-geral; f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas; g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade; h) subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia.

Questão que se abre logo é a de se saber se esse rol é taxativo ou exemplificativo.

A doutrina societaristas brasileira, parece-nos, assumir a segunda posição, isto é, o art. 117 da Lei n. 6.404/1976 traz rol exemplificativo de condutas tidas como abusivas.

Sobre esse assunto, Modesto Carvalhosa afirma que “[a] orientação da lei de 1976 foi sempre a de adotar padrões amplos (*standards*). Esse critério normativo permite ao juiz e às autoridades administrativas (CVM) incluir, nas enunciações que a lei traz, os atos lesivos efetivamente praticados pelos controladores”¹⁵⁰, p. 504.

Nelson Eizerik, por sua vez, abordando a amplitude das condutas abusivas possíveis de serem praticadas pelo acionista controlador, diz que tanto a Lei das Anônimas quanto a regulamentação da CVM se fundam em um princípio básico, segundo o qual o abuso de poder do controle se constitui por qualquer decisão tomada que não tenha por finalidade o interesse social, mas que vise beneficiar exclusivamente o acionista controlador, em detrimento da sociedade, dos minoritários e de terceiros. O autor interpreta o dispositivo legal para entender que o abuso se traduz na utilização do poder-dever de controle para a satisfação de interesses pessoais, em prejuízo dos demais interesses que o acionista controlador tem o dever de preservar¹⁵¹, p. 246.

Portanto, segundo Eizerik, o dispositivo em questão deve ser interpretado teleologicamente, buscando-se seus fins: o de conter o apetite do acionista controlador em satisfazer os seus próprios interesses em prejuízo dos interesses dos minoritários e de terceiros (trabalhadores e comunidade).

Percebe-se, neste ponto do trabalho, que no núcleo da relação entre o acionista controlador e os minoritários, há um problema de agência. A partir dessa constatação, pode-se, com certa segurança, investigar os fins da norma que responsabiliza civil e administrativamente o acionista controlador por comportamentos desviantes do padrão estabelecido pela norma prevista no parágrafo único do art. 116 da Lei das S/A, servindo a enumeração estipulada em seu art. 117 como exemplos de condutas abusivas: assumindo uma perspectiva agencialista e tendo em mira os problemas de agência existentes entre sócios controladores e minoritários, como também aqueles existentes entre sociedade e credores, pode-se afirmar a função da

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das SA Comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. 2.

norma como sendo a de reduzir o custo de agência, garantindo que os agentes ajam no interesse dos principais e não em seu próprio interesse pessoal¹⁵², p. 5.

A segunda questão, derivada da primeira, é a de se saber se as causas de responsabilização (civil e administrativa – neste trabalho, não tratamos da responsabilidade administrativa nem das causas de invalidação das decisões) do acionista controlador que possuem fundamento no exercício abusivo de seu poder-dever de conduzir a companhia tutela tanto os interesses dos minoritários como os dos trabalhadores e comunidade. Aqui se indaga sobre a amplitude da interpretação extensiva do dispositivo legal.

Para respondermos a essa questão, levamos em consideração o que tratamos no capítulo sobre os deveres de lealdade e seus destinatários: qualquer conduta do acionista controlador que se caracterize pelo incumprimento de seus deveres de lealdade para com os minoritários, trabalhadores e comunidade é definida como abuso do poder de controle: resulta da causa ilegítima de decisões tomadas com a finalidade de prejudicar uma categoria de acionistas ou de outros grupos de interesses tutelados pela norma (parágrafo único do art. 116 da Lei n. 6.404/1976)¹⁵³.

Requisitos para a caracterização do abuso do poder: a) ser o acionista definido como controlador da companhia; b) o dano, em uma perspectiva *ex post*, ou numa perspectiva *ex ante*, preventiva, a remoção do ilícito por meio da tutela inibitória prevista no parágrafo único do art. 497 do CPC, e c) o nexo de causalidade entre o dano e a conduta abusiva do controlador, informado pela teoria da causalidade adequada.

5.2 AS AÇÕES DE RESPONSABILIZAÇÃO DO CONTROLADOR: APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 159 DA 6.404/76?

As ações de responsabilização dos administradores previstas no art. 159 da Lei das S/A atuam visando a reduzir/conter comportamentos oportunistas de administradores em face dos interesses da companhia, de seus sócios e de terceiros, estando em causa o primeiro gênero de problemas de agência.

As normas podem ser assim descritas:

Os administradores de uma companhia respondem por culpa ou dolo a respeito dos atos praticados dentro de suas atribuições ou poderes ou por violação da lei ou do estatuto. Ver o art. 158 da Lei n. 6.404/76. Analisando o artigo 159 da Lei, observa-se que estão legitimados a mover a ação de responsabilidade a sociedade (ela própria ou por meio dos seus acionistas), os acionistas e terceiros prejudicados.

A ação de responsabilidade civil contra os administradores é categorizada como sendo social, quando os interesses afetados são os da companhia, e é individual, quando os interesses afetados são os dos próprios acionistas ou de terceiros.¹⁵⁴ A ação social, por sua vez, pode ser *ut universi*, quando intentada diretamente pela sociedade. Já é considerada *ut singuli*, nos

¹⁵² MICHELER, Eva. *Company Law: A Real Entity Theory*. Oxford University Press, Oxford, 2022.

¹⁵³ Em sentido próximo, ver: CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

¹⁵⁴ EIZIRIK, Nelson *et al.* *Mercado de Capitais: Regime Jurídico*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

casos em que os acionistas minoritários litigam contra os administradores, mas no interesse da companhia¹⁵⁵, p. 664-667.

As ações sociais *ut singuli* podem admitir a substituição originária, quando a assembleia geral delibera não promover a ação, mas os titulares de 5% do capital social a promovem (parágrafo 4 do art. 159 da Lei n. 6.404/76), e admitem a substituição derivada, quando apesar de aprovada em assembleia geral a responsabilização civil dos administradores, a companhia queda-se inerte por três meses (parágrafo 3 do art. 159 da Lei n. 6.404/76). Nos dois casos, o interesse presente é o da sociedade.

As ações individuais (parágrafo 7 do art. 159 da Lei n. 6.404/76), por outro lado, visam à reparação de danos causados não à companhia, mas aos seus acionistas, individualmente considerados, ou à terceiros prejudicados¹⁵⁶, p. 677.

Nesse último caso, os interesses em questão não são identificados com os da sociedade, são interesses individuais, particulares. Seguindo essa lógica estrutural do direito das companhias, podemos afirmar que nas ações individuais o interesse social não é mobilizado. Assim, quando é analisado o mecanismo de responsabilização civil dos administradores de S/A, percebe-se que os interesses dos terceiros prejudicados por ato ilícito ou com violação à boa-fé, praticado por seus administradores não mobilizam o interesse social, mas apenas interesses próprios. A justificativa para a lógica societária está em que os interesses de terceiros não compõem, segundo esse aspecto, o interesse da sociedade. São externos. Os acionistas majoritários, por decisão assemblear, e os minoritários, por intermédio das ações sociais *ut singuli*, podem mobilizar o interesse social.

A tensão encontrada entre o acionista controlador e os minoritários, trabalhadores e a comunidade pode ser investigada, como já tratado por nós, como problemas do segundo e do terceiro gênero de problemas de agência. Aqui, cuida-se, da contenção de comportamentos oportunistas do acionista controlador.

A Lei n. 6.404/1976 é, no entanto, omissa no que diz respeito à previsão e ao catálogo das ações de responsabilidade em face do acionista controlador.

Em razão da semelhança entre os problemas regulados em relação aos administradores da companhia e o acionista controlador (problemas de agência tensionando interesses), entendemos que há possibilidade do uso da analogia para suprir a lacuna encontrada na Lei das S/A, autorizando os acionistas minoritários e terceiros prejudicados (trabalhadores e comunidade) o manejo das ações previstas em seu art. 159 em face do acionista controlador.

■ CONCLUSÃO

Assumindo os três gêneros de problemas de agência presentes na estrutura societária: a) os decorrentes de conflitos entre administradores e acionistas; b) os decorrentes de conflitos entre acionistas controladores e minoritários; c) os existentes entre credores e sociedade (e seus acionistas), reconhecemos que há na Lei 6.404/1976 uma função-dever imposta ao acionista controlador que, além de dominar a assembleia de sócios e de eleger a maioria dos

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ *Ibid.*

administradores, deve fazer com que a companhia cumpra com sua função social e realize o seu objeto social, verificar a própria atividade, assim como a dos administradores a fim de prevenir, ou corrigir, os defeitos do exercício de suas funções, aferido por sua legalidade ou conveniência administrativa.

Esclarecemos que em todas as nossas propostas interpretativas presentes neste texto, assumimos que regras claras de responsabilidade que induzam os agentes a se comportarem conforme o padrão legal de cuidado são fundamentais para o desenvolvimento do mercado de valores mobiliários.

A partir disso, esse poder-dever de conduzir direta ou indiretamente a companhia é conformado pelos deveres impostos ao acionista controlador, com especial destaque para os deveres de lealdade.

Surge, então, o problema de se definir quais interesses devem ser atendidos pelo acionista controlador de maneira a cumprir seus deveres jurídicos de lealdade.

O problema é enfrentado a partir de considerações éticas sobre o dever de lealdade e a sua positivação em norma jurídica. Problemas de concretização e harmonização são enfrentados nesse contexto. Soluções metódicas são propostas para atender a interesses de grupos em disputa.

A sanção jurídica representada pela responsabilidade civil do acionista controlador é mobilizada como instrumento de contenção de seu comportamento oportunístico e de conformação da sua conduta ao direito. Dentre as várias funções propugnadas na literatura para a responsabilidade civil são mobilizadas a função compensatória e a preventiva, incidentes sobre a eventual conduta abusiva do controlador.

Como conclusões parciais do trabalho, destacamos as seguintes:

Foi situado o problema advindo do incumprimento dos deveres de lealdade pelo controlador, o qual evidencia a tensão entre os ganhos de eficiência (advindos da redução dos custos de transação) decorrentes da chamada partição de ativos (consequência da autonomia patrimonial e da limitação da responsabilidade dos sócios) e a efetividade das decisões judiciais condenatórias.

Essa tensão foi demonstrada a partir dos principais atributos da sociedade anônima:

a) a separação patrimonial, que protege o patrimônio da sociedade contra os credores dos sócios; b) a não exigibilidade do capital investido, que protege o patrimônio social contra as investidas dos sócios, dada a natureza do capital social ser a de passivo não exigível (*capital lock-in*); c) a responsabilidade limitada, que protege os sócios contra os credores da sociedade; d) a capacidade processual; e e) a discricionariedade dos gestores, no sentido de poderem escolher qual o interesse que deve ser atendido: o interesse presente dos sócios, o interesse futuro dos sócios ou o interesse de outros sujeitos para além dos sócios.

As formas do controle tratadas pela literatura especializada foram identificadas no direito societário brasileiro, assumindo que o art. 116 da Lei n. 6.404/1976 normatiza o controle majoritário, o controle minoritário e o controle por mecanismos legais.

Quanto ao controle administrativo, foi identificado que uma vez que o artigo 116 da Lei das S/A qualifica o controlador a partir do *status* jurídico de acionista, o controle administrativo não está previsto entre nós. Assim, os problemas de agência que compreendem os conflitos

entre acionistas e administradores é regulado, no que concerne às anônimas, especialmente, pela Seção IV da Lei n. 6.404/1976. Assinalamos o dever de lealdade a que se submetem os administradores previsto no art. 155 da lei.

Quanto ao controle externo, foi afirmado que, assim como no caso do controle administrativo, o conceito legal de controlador previsto no art. 116 da Lei n. 6.404/1976 não abriga a hipótese dessa forma de controle. Logo, não incide sobre ele a norma prevista no parágrafo único desse dispositivo legal, que faz recair sobre o acionista controlador deveres de lealdade. Sobre ele recaem as normas gerais sobre responsabilidade civil, notadamente, as que impõem o dever de indenizar aquele que, por ato ilícito comissivo ou omissivo (artigos 186 e 187 do Código Civil), ou por criar ou controlar atividade de risco (parágrafo único do art. 927 do Código Civil) causa dano a outrem.

Cuidou-se, também, do papel preponderante tido pelo acionista controlador no direito das anônimas devido à três características fundamentais: ausência de reserva de matéria para a gestão; a livre destituição dos administradores; e a vinculação dos administradores eleitos em função de acordo de acionistas.

Tratando especificamente dos deveres de lealdade, buscou-se pelo seu sentido pré-jurídico, a sua conversão pela lei em dever jurídico, a sua normatização pelo parágrafo único do art. 116 da Lei n. 6.404/1976. Identificou-se, também, os seus destinatários e os estágios para a sua concretização e harmonização.

Entrando na disfunção acusada (o incumprimento dos deveres de lealdade pelo acionista controlador), foi abordada a multifuncionalidade da responsabilidade civil, assim como as funções admitidas pelo direito brasileiro.

As causas de abuso do poder de controle foram investigadas, bem como as suas consequências para a responsabilidade civil (a responsabilidade administrativa não foi objeto da nossa pesquisa).

Por fim, houve o enfrentamento da solução advinda da aplicação analógica do art. 159 da Lei n. 6.404/1976 para os casos de responsabilidade do acionista controlador.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*. Coimbra: Almedina, 2013.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de Direito Comercial*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2024. v. 2.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Governança das sociedades comerciais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

ACCIOLY, João C. de Andrade Uzêda; CAMINHA, Uinie. Vinculação dos conselheiros ao acordo de acionistas sob a ótica da companhia como estrutura econômica contratual. *Revista Semestral de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, n. 31, p. 1-20, 2022.

ARMOUR, John; HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. Agency problems, legal strategies, and enforcement. *Harvard Law and Economics Research*, Massachusetts, n. 644, 20 jul. 2009.

ASCARELLI, Tullio. O contrato plurilateral. In: ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 255-312.

BERLE, Adolf Augustus; MEANS, Gardiner C. *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp: 1837538 SP 2019/0042867-1. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data de Julgamento: 18/06/2024, Data de Publicação: 25/06/2024.

CALABRESI, Guido. Broader view of the cathedral: The significance of the liability rule, correcting a misapprehension. *Law and Contemporary Problems*, Yale, v. 77, n. 2, p. 1-13, 2014.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

CARVALHOSA, Modesto. O desaparecimento do Controlador nas Companhias com Ações Dispersas. In: ADAMEK, Marcelo Vieira von (coord.). *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 516-521.

CARVALHOSA, Modesto. Voto plural: evolução ou retrocesso?. In: MARTINS, Alexandre de Soveral et al. (orgs.). *Diálogos com Coutinho de Abreu: Estudos Oferecidos no Aniversário do Professor*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 701-13.

CLEMENTE, Graziella Trindade; ROSENVALD, Nelson. A multifuncionalidade da responsabilidade civil no contexto das novas tecnologias genéticas. *Migalhas*. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-direito-medico-e-bioetica/360773/a-multifuncionalidade-da-responsabilidade-civil>. Acesso em: 18 ago. 2024.

COASE, Ronald Harry. The Nature of the Firm. In: ESTRIN, Saul; MARIN, Alan (orgs.). *Essential Readings in Economics*. Londres: Palgrave Macmillan, 1995. Cap. 2, p. 37-54. v. 4.

COFFEE JR., John C. Dual Class Stock: The Shades of Sunset. *The CLS Blue Sky Blog*. 2018. Disponível em: <https://clsbluesky.law.columbia.edu/2018/11/19/dual-class-stock-the-shades-of-sunset/> Acesso em: 05 abr. 2022.

COFFEE JR., John C. The rise of dispersed ownership: The roles of law and the state in the separation of ownership and control. *The Yale Law Journal*, v. 111, p. 1-78, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder et al. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas S. An Economic Case for Comparative Negligence. *New York University Law Review*, New York, v. 61, p. 1067-110, 1986.

CORDEIRO, António Menezes. *Manual de direito das sociedades I: Parte geral*. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2011.

EIZIRIK, Nelson et al. *Mercado de Capitais: Regime Jurídico*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada: Artigos 80 ao 137*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

- EIZIRIK, Nelson. *A Lei das SA Comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. 2.
- FAWCETT, Edmund. *Liberalism: The Life of an Idea*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2018.
- FLECKNER, Andreas M.; HOPT, Klaus J. (orgs.). *Comparative Corporate Governance: A Functional and International Analysis*. New York: *Cambridge University Press*, 2013.
- FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidade das deliberações de assembleia das S/A: e outros escritos sobre o tema da invalidade das deliberações sociais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. 293 p.
- FRANKEL, Tamar T. *Fiduciary Law*. New York: Oxford University Press, 2010.
- GORGA, Érica. Changing the Paradigm of Stock Ownership from Concentrated towards Dispersed Ownership: Evidence from Brazil and Consequences for Emerging Countries. *North-western Journal of International Law & Business*, Chicago, v. 29, p. 439-554, 2009.
- GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Sociedade anônima: reorganização societária: alienação de ações: alienação de controle direta e indireta: inocorrência: inaplicabilidade do art. 254-A da Lei das sociedades anônimas. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 12, n. 45, p. 207-223, jul./set. 2009.
- HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. The Essential Role of Organizational Law. *The Yale Law Journal*, Yale, v. 110, p. 387-440, 2000.
- JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. The Nature of Man. *Journal of Applied Corporate Finance*, Massachusetts, v. 7, n. 2, p. 4-19, 1994. Disponível em: http://arikamayanti.lecture.ub.ac.id/files/2014/04/Nature-of-Man_jensen_meckling.pdf. Acesso em: 16 jun. 2016.
- JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. In: TRICKER, R. I. *Corporate Governance*. Londres: Gower, 2019. p. 77-132.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.
- LACERDA, Bruno Amaro; FERREIRA, Flavio Henrique; FERES, Marcos Vinício Chein. *Instituições de Direito*. Juiz de Fora: EdUFJF, 2011.
- LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, Jose Luiz Bulhões. *A Lei das S.A.* Rio de Janeiro: Renovar, 1996. v. 2.
- LEITE, Marcelo Lauar. *Autonomia patrimonial após a Lei de Liberdade Econômica*. *Revista Semestral de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, n. 27, p. 23-41, 2020.
- LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Anônimas: Comentários à lei*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. v. 1.
- MARKS, Stephen G. The separation of ownership and control. *Encyclopedia of law and economics*, Boston, v. 3, 1999.
- MARTINS-COSTA, Judith. Resenha à obra Fundamentos de direito civil – Responsabilidade Civil, de Gustavo Tepedino; Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz e Guedes. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 26, n. 4, p. 263-267, 2020.
- MARTINS, Alexandre de Soveral *et al.* (orgs.) *Diálogos com Coutinho de Abreu: Estudos Oferecidos no Aniversário do Professor*. São Paulo: Almedina, 2020.

MARTINS, Fernanda Lopes; ALVES, Mariana Domingues. A multifuncionalidade da responsabilidade civil no direito concorrencial brasileiro. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 7, n. 1, p. 1-23, 17 mar. 2024. DOI: <https://doi.org/10.37963/iberc.v7i1.277>. Disponível em: <https://revis-taiberc.emnuvens.com.br/iberc/article/view/277/236>. Acesso em: 30 abr. 2024.

MICHELER, Eva. *Company Law: A Real Entity Theory*. Oxford University Press, Oxford, 2022.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. v. 62.

MORLEY, John. The Common Law Corporation: The Power of the Trust in Anglo-American Business History. *Columbia Law Review*, Yale, v. 116, n. 8, p. 2145-2166, 2017.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Transferência de controle nas companhias sem controlador majoritário*. Poder de controle e outros temas de direito societário e mercado de capitais. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

NEVES, Vitor. Custos sociais: Onde para o mercado?. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 95, p. 55-68, 2011.

NUNES, Pedro Caetano. *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anônimas*. São Paulo: Almedina, 2018.

OLIVEIRA, Fabrício de Souza; GONTIJO, Vinícius José Marques. O Voto Plural: Problemas em Governança Corporativa. *Direito das Sociedades em Revista*, São Paulo, v. 28, p. 44-49, 2022.

OLIVEIRA, Fabrício de Souza. O organicismo mitigado na sistematização da reforma do Código Civil. *Migalhas*, São Paulo, p. 1, 2 maio 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/406454/o-organicismo-mitigado-na-sistematizacao-da-reforma-do-codigo-civil>. Acesso em: 18 ago. 2024.

OLIVEIRA, Fabrício de Souza. O organicismo mitigado na sistematização da reforma do Código Civil. *Migalhas*. 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/406454/o-organicismo-mitigado-na-sistematizacao-da-reforma-do-codigo-civil>. Acesso em: 13 abr. 2025.

OLIVEIRA, Fabrício de Souza. Uma proposta metodológica para a análise dos problemas de governança corporativa: o método trifásico. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, p. 83-102, 12 abr. 2021. DOI: <https://doi.org/10.37963/iberc.v4i1.156>. Disponível em: <https://revis-taiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/156>. Acesso em: 18 ago. 2024.

PATELLA, Laura Amaral. *Controle conjunto nas companhias brasileiras: disciplina normativa e pressupostos teóricos*. 2015. 327 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito Comercial, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015

PONDÉ, Lafayette. Considerações sobre o controle administrativo. *Revista De Direito Administrativo*, v. 163, p. 1-15, 1986.

PORTA, Rafael la et al. Law and Finance. *Journal of Political economy*, Chicago, v. 106, n. 6, p. 1113-1155, 1998.

RAMALHO, Matheus S. Execução contra o sócio: um estudo multidisciplinar de direito societário e processual brasileiro. *Revista Semestral de Direito Empresarial*, n. 27, p. 79-106, 2020.

REDDY, Bobby V. More than Meets the Eye: Reassessing the Empirical Evidence on US Dual-class Stock. *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, Pennsylvania, v. 23, n. 4, p. 955-1017, 2020.

ROSENVALD, Nelson *et al.* *Responsabilidade Civil: Teoria Geral*. São Paulo: Editora Foco, 2023.

SALAMA, Bruno Meyerhof; PRADO, Viviane Muller. A Flexibilização da Responsabilidade Societária nos Direitos Privado, Trabalhista e Tributário: uma panorâmica histórica. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, Brasília, v. 6, n. 2, p. 137-170, 2012.

SMITH, Adam. *The Wealth of Nations*. Toronto: Aegitas, 2016.

SZTAJN, Rachel; Filho, Milton Barossi. Environment, Social and Corporate Governance: Qualidade de vida e Mercados. In: PINHEIRO, Caroline da Rosa *et al.* (coord.). *Compliance entre a Teoria e a Prática: Reflexões contemporâneas e análise dos programas de Integridade das companhias listadas no Novo Mercado*. Indaiatuba: FOCO, 2022, p. 173-186.

THAKOR, Richard T. A Theory of Efficient Short-termism. *SSRN Electronic Journal*, p. 1-63, 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2821162>. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2821162. Acesso em: 9 jun. 2016

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por ações: (comentários ao Decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940)*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 3.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. Dependência e independência entre sócios e gestores nas sociedades comerciais. In DOMINGUES, Paulo de Tarso (org.). *Congresso Comemorativo dos 30 Anos do Código das Sociedades Comerciais*. Coimbra: Almedina, 2017.

WALD, Arnoldo. Regime jurídico aplicável à sociedade anônima cujo comando é compartilhado entre uma empresa pública e uma empresa privada: Sujeição às normas de direito comum e inaplicabilidade do regime de direito público. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 2, p. 96-108, 2014.

WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press, 1985.



ANÁLISE E INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

ANALYSIS AND INTERPRETATION OF BASIC CONSUMER RIGHTS FROM THE PERSPECTIVE OF ECONOMIC LAW ANALYSIS

EDSON TIUJO*

RESUMO

O artigo propõe-se a analisar e interpretar os direitos básicos do consumidor sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito. Perquire-se a disfuncionalidade provocada em decorrência do excesso de informação e os responsáveis pela educação do consumidor, notadamente das crianças e adolescentes. Almeja-se analisar a possível ofensa à livre iniciativa dos fornecedores-empresários e à concorrência diante das restrições de determinadas práticas comerciais e contratuais. Busca-se investigar o formato da responsabilidade civil nos moldes estabelecidos no Código do Consumidor e os problemas dos custos sociais e da titularidade dos direitos reparatórios e indenizatórios. Objetiva-se perscrutar os efeitos do direito ao amplo e irrestrito acesso à justiça, notadamente em relação à assimetria informacional do fornecedor e o congestionamento do Judiciário. Apoiado no método dedutivo, sustenta-se no artigo que legisladores e julgadores devem ser estimulados a agir em cooperação e reciprocidade para alcançar a real finalidade da ordem econômica e o objetivo da defesa do consumidor.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito; Direito à informação e educação; Práticas comerciais e contratuais; Responsabilidade de consumo; Acesso à Justiça.

ABSTRACT

The article proposes to analyze and interpret basic consumer rights from the perspective of Economic Analysis of Law. The dysfunctionality caused by the excess of information and those responsible for consumer education, notably children and adolescents, are lost. It aims to analyze the possible offense to the free initiative of supplier-entrepreneurs and to competition in the face of the restrictions of certain commercial and contractual practices. We seek to investigate the format of civil liability along the lines established in the Consumer Code and the problems of social costs and ownership of reparatory and indemnity rights. The objective is to examine the effects of the right to broad and unrestricted access to justice, notably in relation to the supplier's information asymmetry and the congestion of the judiciary. Supported by the deductive method, the article argues that legislators and judges must be encouraged to act in cooperation and reciprocity to achieve the real purpose of the economic order and the objective of consumer protection.

Keywords: Economic Analysis of Law; Right to information and education; Commercial and contractual practices; Consumer responsibility; Access to Justice.

* Doutor em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR).
Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR).
Professor assistente na Universidade Estadual de Maringá (PR). Advogado no Estado do Paraná.
edsonmitsuo@yahoo.com.br

Recebido em 30-12-2024 | Aprovado em 18-3-2025



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 O DIREITO À EDUCAÇÃO E À INFORMAÇÃO DIANTE DA ASSIMETRIA INFORMACIONAL DO CONSUMIDOR E A DISFUNCIONALIDADE DECORRENTE DO SEU EXCESSO; 2 O DIREITO À PROTEÇÃO CONTRA PRÁTICAS COMERCIAIS E CONTRATUAIS ABUSIVAS E O DIREITO À LIVRE INICIATIVA E CONCORRÊNCIA; 3 O DIREITO À PROTEÇÃO DA VIDA, SAÚDE E SEGURANÇA PELA QUALIDADE DOS PRODUTOS E SERVIÇOS E A EFETIVA REPARAÇÃO INTEGRAL DO CONSUMIDOR VIS-À-VIS O PROBLEMA DO CUSTO SOCIAL E DA TITULARIDADE DO DIREITO REPARATÓRIO E INDENIZATÓRIO; 4 O DIREITO AO AMPLO ACESSO À JUSTIÇA DO CONSUMIDOR EM CONTRAPONTO À ASSIMETRIA INFORMACIONAL PROCESSUAL DO FORNECEDOR E A SOBRECARGA DO PODER JUDICIÁRIO; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

A trajetória da defesa do consumidor no Brasil, por muitas vezes, enveredou-se ao modelo social e à proteção paternalista, que pregam a ética social e distributiva e o monitoramento da vontade do consumidor pelo Estado em face do fornecedor. Diversos fundamentos doutrinários e judiciais, desde a entrada em vigência do Código de Defesa do Consumidor (CDC), deixaram evidentes esses escopos. Apenas a título de exemplificação, cita-se a máxima do *favor debilis*, o reconhecimento das normas consumeristas como de ordem pública, a eficácia plena, absoluta, inquestionável e indiscutível, a fraternidade e a igualdade como valores das políticas consumeristas e a dignidade humana como princípio, a inderrogabilidade dos direitos do consumidor e o direito privado solidário.

A premissa escolhida por doutrinadores, legisladores e julgadores, contudo, não foi consentânea com os princípios da ordem econômica previstos nos incisos do art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) e nem com o princípio da harmonização das relações de consumo e a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico previsto no art. 4º, III do CDC. Essa premissa, a propósito, acabou por resultar, repetidas vezes, em normas distorcidas e disfuncionais e que causaram certo desequilíbrio ao mercado de consumo ao reconhecer direitos ilimitados e, em determinadas situações, inconsequentes; ao invés de beneficiar os consumidores acarretaram por prejudicá-los, notadamente, os mais pobres.

O artigo tem como tema central o estudo dos direitos básicos do consumidor enumerados no art. 6º do CDC. Esses direitos básicos serão analisados e interpretados à luz da Análise Econômica do Direito (AED) ou Direito e Economia (LaE). Esta pesquisa não tratará das distinções e das implicações de uma abordagem e outra, mas é certo que existem. Apenas a título de conhecimento, há décadas diferentes movimentos foram desenvolvidos envolvendo essas duas áreas do conhecimento, inclusive, com predominância atual da abordagem denominada de *Law and Economics* (LaE) e rejeição da denominada AED. Desta maneira, a superação de um movimento em relação ao outro, bem como a denominação mais adequada para essa

disciplina, não será o foco da pesquisa, mas sim a importância dos instrumentos analíticos econômicos nesse ramo do Direito.

A abordagem econômica, por conseguinte, não significa uma racionalização de direitos, como incorretamente pensam alguns consumeristas ortodoxos. Não se trata, pois, de um retrocesso dos direitos conquistados. A AED, em verdade, consiste na interpretação das regras e normas de defesa do consumidor, levando-se em consideração postulados econômicos, principalmente, os do eficientismo e do institucionalismo, proporcionando uma visão mais elástica e menos individualista.

Partindo da abordagem da AED, espera-se demonstrar as disfunções e distorções provocadas pelas instituições de defesa do consumidor elaboradas com base em uma estrutura de incentivos enviesada por um modelo social e uma proteção paternalista. Na mesma ocasião, almeja-se destacar a importância da releitura e da reinterpretção dos direitos básicos do consumidor sob uma ótica juseconômica e mais coerente com o ambiente do mercado de consumo.

O artigo está dividido em quatro seções, buscando, em cada uma, abordar um direito básico do consumidor em face de um elemento da AED. A primeira seção pretende perquirir a disfuncionalidade provocada em decorrência do excesso de informação e os responsáveis pela educação do consumidor, notadamente das crianças e adolescentes. A segunda seção almeja analisar a possível ofensa à livre iniciativa dos fornecedores-empresários e à concorrência diante das restrições de determinadas práticas comerciais e contratuais. A terceira seção busca investigar o formato da responsabilidade de consumo nos moldes estabelecidos na Lei de Consumo e os problemas dos custos sociais e da titularidade dos direitos reparatórios e indenizatórios. A quarta seção, por fim, objetiva perscrutar os efeitos do direito ao amplo e irrestrito acesso à justiça, notadamente em relação à assimetria informacional do fornecedor e a sobrecarga de processos no Judiciário.

A pesquisa adota o método hipotético dedutivo, partindo da premissa de que é necessário corrigir o eixo central da finalidade da ordem econômica e do objetivo da defesa do consumidor. Para tanto, propõe-se analisar e interpretar os direitos básicos do consumidor e, a partir dessa premissa dedutiva, lança-se a hipótese de que o mercado de consumo poderá reconciliar os interesses conflitantes, promovendo maior bem-estar ao consumidor e gerando maior retorno ao investimento do fornecedor-empresário.

1 O DIREITO À EDUCAÇÃO E À INFORMAÇÃO DIANTE DA ASSIMETRIA INFORMACIONAL DO CONSUMIDOR E A DISFUNCIONALIDADE DECORRENTE DO SEU EXCESSO

Os incisos II e III do art. 6º do CDC enumeram dois dos mais emblemáticos direitos básicos do consumidor: direitos a educação e à informação. O primeiro, conforme a dicção do próprio dispositivo legal, consiste em transmitir ao consumidor informações sobre o produto ou o serviço, notadamente, no que se refere às suas características, quantidade, qualidades, composição, preço, garantia, prazo de validade, origem e os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. O segundo, por sua vez, consiste em proporcionar ao consumidor de um poder de reflexão e de formulação de um juízo crítico acerca do consumo de bens

e serviços¹, p. 101. Com isso, pretende-se minimizar os efeitos da racionalidade limitada do consumidor e sua disparidade com o fornecedor em virtude da exclusividade que este detém sobre o processo produtivo.

Antes de prosseguir com a análise deste direito, deve-se destacar que a estrutura de incentivos adotada pelo legislador ordinário para cumprir com a política de defesa do consumidor constituiu, para além da atribuição de direitos ao consumidor, em imposição de deveres ao fornecedor e ao próprio Estado. Cláudia Lima Marques, nesse sentido, explica que “o método escolhido pelo legislador do CDC para alcançar as finalidades protetivas foi o da imposição de novos deveres legais”², p. 183. Deste modo, a cada direito indisponível criado em favor do consumidor, ao mesmo tempo, deu-se origem a obrigações impostas ao fornecedor e deveres de prestações normativas impostas ao ente público.

Em vista desta estrutura de incentivos, como decorrência do direito básico à informação, impôs-se ao fornecedor a obrigação de ofertar ao consumidor de forma adequada (art. 6º, III do CDC), necessária (art. 8º do CDC) e ostensiva (art. 9º do CDC). Por outro lado, como consequência do direito à educação, atribuiu-se ao fornecedor e ao ente público a obrigação de educar o consumidor, numa verdadeira proteção paternalista. Por exemplo, sustentam certos doutrinadores consumerista³ o dever dos fornecedores em educar os consumidores a prevenir-se contra o superendividamento.

Sobre o dever de educação, Sergio Cavalieri Filho⁴, p. 101-102 ensina que a educação para o consumo envolve dois aspectos: o formal e o informal. A educação formal desenvolve-se por meio de políticas de inserção de temas relacionados ao direito do consumo e consumidor nos currículos escolares, desde o ensino fundamental, em escolas públicas e privadas, até o ensino universitário, em disciplina com autonomia científica e pedagógica. Deste modo, pensam os consumeristas constituir-se importante ferramenta na construção da cidadania e na formação de indivíduos conscientes. A educação informal, por sua vez, desenvolve-se por meio das mídias de comunicação social e/ou institucional, direcionadas ao público geral ou específico, com o intuito de prestar informações, orientações e/ou esclarecimentos aos consumidores.

Como se nota, a consecução do direito à informação e à educação impõe ao fornecedor e ao próprio Estado uma complexidade de deveres e obrigações. Ocorre que, o excesso de ações executadas para tentar corrigir a anomalia da assimetria informacional do consumidor – ou como preferem os consumeristas, vulnerabilidade técnica e informacional – causou efeitos colaterais não desejáveis. A concretude exacerbada desses direitos, em determinados casos, resultou em regras disfuncionais, sem qualquer melhoria na situação dos consumidores.

¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

² MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o código de defesa do consumidor – antinomia entre norma do CDC e de leis especiais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 3, p. 155-197, jul./set. 1992.

³ Para Antonio Carlos Efig, Gabriele Polewka e Olenka Woolcoot Oyague, em muitas ocasiões, os consumidores são verdadeiras vítimas da concessão irresponsável de crédito por profissionais inescrupulosos. A falta de educação ou de informações adequadas aos consumidores sobre os impactos das dívidas no seu orçamento também os torna suscetíveis ao superendividamento. É preciso, pois, estabelecer deveres aos fornecedores de crédito, conforme EFING, Antonio Carlos; POLEWKA, Gabriele; OYAGUE, Olenka Woolcoot. A crise econômica brasileira e o superendividamento da população: emergência do aprimoramento legislativo para a tutela social. In: MARQUES, Cláudia Lima; GSELL, Beate (orgs.). *Novas tendências do direito do consumidor*: Rede Alemanha-Brasil de pesquisas em direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 325-369.

⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Para explicar as distorções provocadas pelo desdobramento desses direitos, embasa-se, especialmente, na vertente da econômica comportamental (*behavioral law and economics*), a qual se apresenta como uma pertinente abordagem para se verificar a eficiência desses direitos / deveres.

Em estudo realizado sobre o dever de informação, Bruno Vinícius Da Rós Bodart⁵, p. 118-119 chegou à conclusão de que o excesso de informações é, em várias situações, irrelevante e impertinente. O consumidor não gastará seu tempo lendo as diversas informações transmitidas pelo fornecedor, por qualquer via que seja (manual de instrução, sítios eletrônicos ou *QR Code*). Muitas das informações impostas pelas políticas públicas são de utilidade questionável e não acrescentam absolutamente nada para a tomada de decisão do consumidor. Ao contrário, ao se informar o consumidor sobre determinada configuração ou qualidade do produto ou serviço pode-se induzi-lo a erro. Isso porque, com base nos postulados da economia comportamental⁶, p. 608, ao se chamar a atenção para um determinado dado, é natural que ele se afaste de outras informações tão ou mais relevantes⁷, p. 121.

Um exemplo muito pertinente diz respeito à Lei n. 11.105/2005, que obriga fornecedores a informar nos rótulos o conteúdo de alimentos transgênicos por meio do símbolo “T”. Esse tipo de informação, além de gerar aumento de custos, naturalmente repassados ao consumidor, tende a um efeito reverso. O consumidor, ao se deparar com esse símbolo, recebe um alerta e tende a relacionar a informação a algum tipo de risco ou dano à sua saúde e vida. No entanto, na medida do desenvolvimento tecnológico, pesquisas comprovam que o temido risco de dano à vida e à saúde já não existe mais⁸, p. 119-120, prescindindo, assim, a permanência da informação⁹.

Tudo isso, ademais, ocorre num contexto de pouca instrução dos consumidores, seja por analfabetismo ou baixo nível de alfabetismo, bem como de consumidores de baixa renda que não possuem aparelhos celulares habilitados ao uso de tecnologia¹⁰, p. 118, por exemplo, para consultar informações via *QR Code*. Essa condição de muitos dos consumidores brasileiros tende a tornar ainda mais disfuncional o direito / dever à informação.

⁵ BODART, Bruno Vinícius da Rós. Uma análise econômica do direito do consumidor: como leis consumeristas prejudicam os mais pobres sem beneficiar consumidor. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 114-142, jan./jun. 2017.

⁶ A isso dá-se o nome de heurística de disponibilidade. Essa manifestação neurocognitiva explica que os agentes tendem a adotar as informações que lhe vêm mais instantaneamente à mente, seja porque são mais recentes, seja porque são marcantes. Assim, os agentes avaliam e tomam suas decisões de acordo com eventos que são hiperestimados ou subestimados, de acordo com o momento ou a importância em que ocorreram (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; TIUJO, Edson Mitsuo. A educação formal para o consumo é garantia para uma presença refletida do consumidor no mercado de consumo? Uma análise com base na *behavioral law and economics* (economia comportamental). *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 600-615, ago. 2018).

⁷ BODART, Bruno Vinícius da Rós. Uma análise econômica do direito do consumidor: como leis consumeristas prejudicam os mais pobres sem beneficiar consumidor. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 114-142, jan./jun. 2017.

⁸ *Ibid.*

⁹ O Projeto de Lei n. 34/2015, já aprovado na Câmara dos Deputados e em discussão no Senado Federal, mas já aprovado por sua Comissão do Meio Ambiente, pretende eliminar o símbolo “T” dos rótulos de produtos transgênicos.

¹⁰ BODART, Bruno Vinícius da Rós. Uma análise econômica do direito do consumidor: como leis consumeristas prejudicam os mais pobres sem beneficiar consumidor. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 114-142, jan./jun. 2017.

Outro exemplo bastante apropriado advém da Resolução n. 218/2012 da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), que obriga as transportadoras aéreas a divulgarem, no momento da venda da passagem, os percentuais de atrasos e cancelamentos dos voos domésticos e internacionais que comercializam no Brasil. A exigência da referida informação é totalmente inócua e não trará qualquer benefício ao consumidor, apenas aumentos de custos desnecessários. Por exemplo, nas localidades onde não haja concorrência, diante da ausência de opções de voos, o consumidor possivelmente não deixará de adquirir os serviços. Por outro lado, havendo concorrência, as próprias transportadoras terão o interesse em prestar o serviço com a melhor qualidade e segurança possível, pois o empresário prestador, independentemente de interferência legal ou governamental, é o único juiz da qualidade dos serviços vendidos^{11, p. 67}. Nesta situação, a obrigatoriedade da mera informação sobre atrasos e cancelamentos, sem a informação da causa atrelada, é incoerente, uma vez que tais fatos podem estar relacionados a casos fortuitos e de força maior, não atribuíveis ao fornecedor. Em vista disso, haverá a imposição de deveres contraditórios com o próprio CDC, na medida em que as prestadoras de transporte aéreo estarão constrangidas de atrasar e cancelar seus voos, ao mesmo tempo em que deverão assegurar a segurança à vida e saúde dos consumidores.

Por outro lado, para cumprir com o direito à educação, diversas políticas públicas são propostas em todos os âmbitos estatais, com o intuito de incluir nos currículos básicos escolares disciplinas afetas a esse assunto. Sem querer prestar um desserviço à educação, os estudos de economia comportamental revelam que a simples educação passiva, teórica e abstrata não encontra equivalência nas poderosas forças psicológicas^{12, p. 27}. Nesse sentido, é de se destacar que as manifestações neurocognitivas – heurísticas e vieses¹³ – são regras gerais de influência^{14, p. 170} do comportamento que afetam o psicológico e o inconsciente do ser humano. Ao agirem desta forma, as heurísticas e vieses tornam-se invencíveis, mesmo diante de ostensiva informação e educação^{15, p. 156}.

É preciso, pois reconhecer que o mercado é dinâmico e competitivo. Os fornecedores sempre irão maximizar seus lucros, buscando mecanismos diversos para chamar a atenção do consumidor. E os consumidores sempre irão maximizar seu bem-estar, no sentido de satisfazer as suas diversas necessidades e comodismos, destinando parte de seus rendimentos para o consumismo, o que, aliás, faz parte da economia capitalista.

¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor na Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano XXIX, n. 80, p. 66-75, out./dez. 1990.

¹² LIMA, Bruna Giacomini; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. *Homo economicus*: os (des)encontros da sociedade de consumo superendividada. In: FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral; CARVALHO, Diógenes Faria de; SANTOS, Nivaldo dos (orgs.). *Sociedade de Consumo: pesquisas em direito do consumidor*. Goiânia: Editora Espaço Acadêmico, 2015, p. 52-72.

¹³ Heurísticas e vieses são pensamentos que vêm à mente rapidamente e sem muita reflexão. São decisões tomadas, no dito popular, de “bate-pronto”. Trata-se, enfim, de simplificação no processo decisório do agente, que podem levá-lo a decisões adequadas, mas por vezes, imperfeitas. Apesar disso, não se pode condená-las totalmente no dia a dia das relações de mercado – especialmente as relações de consumo –, haja vista que o mercado é dinâmico e necessita de decisões rápidas, mesmo diante de situações com grande quantidade de dados e variáveis, conforme KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 156.

¹⁴ SANTOLIM, Cesar. “Behavioral Law and Economics” e a Teoria dos Contratos. In: MARQUES, Cláudia Lima; GSELL, Beate (orgs.). *Novas Tendências do Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 166-181.

¹⁵ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

Assim, como Cesar Santolim¹⁶, p. 178, pensa-se que a melhor forma de aprendizagem para o consumidor é a partir dos erros cometidos no passado. Trata-se do conhecimento obtido pela experiência negativa que lhe atingiu e das perdas decorrentes. Neste particular, a educação para o consumo deve partir e contar com a participação da família, a qual tem o primordial dever de educar as suas crianças e jovens, em corresponsabilidade com a sociedade e o Estado, como preconiza o art. 227 da CRFB. Ainda que nem todos tenham familiaridade com as heurísticas e vieses do mercado de consumo, concluem Marcia Carla Pereira Ribeiro e Edson Mitsuo Tiujo¹⁷, p. 612, é pela educação transmitida pela família que o futuro consumidor toma conhecimento dos erros sistemáticos cometidos em compras desnecessárias, dos problemas patrimoniais decorrentes do endividamento e do superendividamento, do tamanho do poder aquisitivo da família, das prioridades familiares na aquisição de produtos e na contratação de serviços, da conscientização acerca do desperdício de alimentos e, especialmente, do equilíbrio entre receitas e despesas.

2 O DIREITO À PROTEÇÃO CONTRA PRÁTICAS COMERCIAIS E CONTRATUAIS ABUSIVAS E O DIREITO À LIVRE INICIATIVA E CONCORRÊNCIA

O CDC, em seu art. 6º, V, enumerou como direito básico do consumidor a proteção contratual, assegurando-lhe o direito de pleitear a modificação das cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. Posteriormente, de forma esparsa, o próprio CDC especificou diversas situações ao longo de seu texto que se mostraram totalmente disfuncionais e antieconômicas. Por isso, são situações que merecem uma releitura, notadamente, com base na metodologia da AED.

A título de exemplificação, o art. 52, § 1º, da Lei de Consumo prevê, como multa moratória, o máximo de 2% do valor da prestação¹⁸. Esse percentual demasiadamente ínfimo, pode gerar comportamentos oportunistas e propiciar uma estrutura de incentivo ao inadimplemento, causando, assim, um efeito contrário à função do próprio instituto da cláusula penal. Outro exemplo, é o art. 52, § 2º, que concede ao consumidor o direito à quitação antecipada do seu débito, com abatimento de acréscimos contratuais, podendo-se cogitar, nesse caso, de violação ao princípio *pacta sunt servanda*.

Por conseguinte, o inciso IV do art. 6º, o CDC enumerou como direitos básicos do consumidor a proteção contra práticas comerciais ou cláusulas contratuais abusivas. As referidas práticas e cláusulas foram, posteriormente, tratadas de forma mais aprofundada nos arts. 39 e 51 do próprio CDC, onde se enumerou uma série de 27 situações consideradas abusivas. Em

¹⁶ SANTOLIM, Cesar. "Behavioral Law and Economics" e a Teoria dos Contratos. In: MARQUES, Cláudia Lima; GSELL, Beate. *Novas Tendências do Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 166-181.

¹⁷ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; TIUJO, Edson Mitsuo. A educação formal para o consumo é garantia para uma presença refletida do consumidor no mercado de consumo? Uma análise com base na behavioral law and economics (economia comportamental). *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 600-615, ago. 2018.

¹⁸ A redação original do parágrafo 1º do artigo 52 previa o limite máximo da multa em 10% (dez por cento) do valor da prestação; porém, a Lei nº 9.298/1996 alterou a redação do dispositivo e reduziu o percentual em 80%, de 10 para 2%.

comum, todas as situações que, de alguma forma, sejam desfavoráveis ao consumidor ainda que isoladamente considerado, são estigmatizadas como abusivas e, portanto, proibidas.

Evidentemente, é desnecessário enfrentar as 27 situações de abusividade tratadas pelo CDC. Chama-se atenção, no entanto, para duas questões que acarretam a disfuncionalidade e a incoerência das suas disposições.

Em primeiro lugar, por um simples passar de olhos nos incisos dos artigos, é de fácil inferência verificar a quantidade de expressões vagas¹⁹ adotadas pelo legislador ordinário. Essa técnica legislativa, por meio de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, típica de modelos sociais^{20, p. 19}, é extremamente prejudicial ao ambiente do mercado de consumo. O uso de expressões vagas gera insegurança para os negócios^{21, p. 126} e impacta, negativamente, na fluidez das transações. Essa técnica legislativa aliada às decisões judiciais enviesadas por uma interpretação pró-consumidor (art. 47), acarretam comportamentos oportunistas, conduzindo parcela de consumidores mais abastados a demandar em juízo, a fim de obter revisões em seus contratos firmados com fornecedores. O efeito disso é a transferência desses custos ao mercado de consumo, afetando principalmente outra parcela desabastada de consumidores, especialmente, mediante a elevação das taxas de juros e a diminuição no volume de crédito.

Em segundo lugar, muitas das situações consideradas abusivas assim o foram sem um raciocínio econômico e sem a observância das premissas dedutivas ora expostas. Essa política enviesada, designadamente, conduziu-se a casos de total incoerência na proteção do consumidor. Um bom exemplo diz respeito às garantias legais (art. 26). Com base em autores juseconomistas, como Richard Craswell^{22, p. 33}, o CDC, ao prever a obrigatoriedade da garantia legal, além de promover o repasse desse custo aos consumidores, deixando de observar o cálculo empresarial, acabou por estabelecer uma situação que ele mesmo veda, qual seja, a venda casada do produto ou do serviço embutida com a garantia legal, cuja previsão encontra-se no art. 39, I, do CDC.

Por conseguinte, várias situações previstas nos arts. 39 e 51 taxaram de abusivas práticas comerciais e cláusulas contratuais que, sob a perspectiva da liberdade econômica, não o seriam. Cita-se como exemplo a venda casada e a venda de produtos com limites quantitativos (art. 39, I), a recusa de atendimento aos consumidores na medida das disponibilidades de estoque –, permitindo compras em quantidades exageradas com efeito no desabastecimento (art. 39, II) e a recusa a venda de bens ou prestação de serviços a quem se disponha a adquirir mediante pronto pagamento – limitando também a disponibilidade quando essa for limitada (art. 39, IX). Tais situações nem sempre se afiguram abusivas, notadamente, em um livre mercado.

¹⁹ Por exemplo: justa causa (art. 39, I e X); usos e costumes (art. 39, II); fraqueza (art. 39, IV); vantagem manifestamente excessiva (art. 39, V); obrigações iníquas e abusivas, desvantagem exagerada, boa-fé e equidade (art. 51, IV).

²⁰ TIMM, Luciano Benetti. Função social do direito contratual no Código Civil Brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 876, p. 11-28, out. 2008.

²¹ BODART, Bruno Vinícius da Rós. Uma análise econômica do direito do consumidor: como leis consumeristas prejudicam os mais pobres sem beneficiar consumidor. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 114-142, jan./jun. 2017.

²² CRASWELL, Richard. Passing on the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer Seller Relationships. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 43, n. 2, p. 1-38, jan. 1991.

A estratégia da venda casada, por exemplo, pode prejudicar unicamente o próprio fornecedor, com a perda de clientes e de receita. Se, por outro lado, houver consumo em larga escala é porque os consumidores gostaram do seu formato de negócio²³, p. 134. A venda exclusiva de itens por determinado estabelecimento, por exemplo o cinema com os itens de *bombonière*, beneficiam consumidores de baixa renda pelo “subsídio cruzado” daqueles de melhores condições²⁴, p. 135. São as receitas decorrentes das vendas acessórias que permitem ao fornecedor cobrar ingressos mais baratos.

O que é necessário raciocinar é que, para além de abusivas, tais práticas estão na esfera de liberdade econômica do fornecedor. A preocupação é exclusivamente do empresário que suportará os prejuízos da rejeição dos consumidores ao seu formato de negócio. Portanto, políticas públicas que pretendam interferir nessas práticas podem ocasionar um efeito reverso, cuja consequência, além de não propiciar nenhuma melhora na situação do consumidor, compromete o desenvolvimento econômico e a geração de riquezas.

3 O DIREITO À PROTEÇÃO DA VIDA, SAÚDE E SEGURANÇA PELA QUALIDADE DOS PRODUTOS E SERVIÇOS E A EFETIVA REPARAÇÃO INTEGRAL DO CONSUMIDOR VIS-À-VIS O PROBLEMA DO CUSTO SOCIAL E DA TITULARIDADE DO DIREITO REPARATÓRIO E INDENIZATÓRIO

O inciso I do art. 6º do CDC assegurou, como direito básico do consumidor, a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos. A partir desse direito, o poder público elaborou diversas políticas no sentido de fixar padrões mínimos de configuração e qualidade dos produtos e serviços. A imposição dessas características, explica Bruno Vinícius da Rós Bodart²⁵, p. 123, é questionável do ponto de vista juseconômico²⁶, haja vista que estabelecem barreiras de entrada ao mercado, impedindo que parcela dos consumidores tenham acesso aos bens de consumo por causa dos preços mais elevados, bem como dos fornecedores que não possuem estrutura para atender aos novos requisitos, provocando, assim, distorções na concorrência.

De toda forma, mesmo diante das exigências de aperfeiçoamento no fornecimento dos produtos e na prestação dos serviços, acidentes de consumo e más execuções contratuais continuam e sempre continuarão a ocorrer. Em face disso, o inciso VI do art. 6º do CDC assegurou, também como direito básico do consumidor, a sua reparação efetiva e integral em vista dos danos sofridos. Como consequência desse direito, o legislador consumerista abandonou

²³ BODART, Bruno Vinícius da Rós. Uma análise econômica do direito do consumidor: como leis consumeristas prejudicam os mais pobres sem beneficiar consumidor. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 114-142, jan./jun. 2017.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ BODART, Bruno Vinícius da Rós. Uma análise econômica do direito do consumidor: como leis consumeristas prejudicam os mais pobres sem beneficiar consumidor. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 114-142, jan./jun. 2017.

²⁶ Como já se mencionou, com amparo em Fábio Konder Comparato e Luiz Antonio Nunes, uma análise juseconômica defende que uma melhor qualidade dos produtos e serviços seja implementada espontaneamente pelos fornecedores, por meio da inventividade e do desenvolvimento econômico, e não pela imposição da legislação consumerista.

os diversificados regimes²⁷, modelos²⁸ e espécies²⁹ de responsabilidade civil, para adotar um modelo único que se concentra apenas no vício (arts. 18 a 25) e no fato (arts. 12 a 17) do produto ou do serviço.

A responsabilidade do fornecedor, nos termos em que foi planejado pelo CDC, tem natureza objetiva e, portanto, prescinde de qualquer discussão sobre a culpa³⁰, p. 63. Por conseguinte, o agente econômico assume uma responsabilidade ilimitada pelo defeito do produto ou do serviço³¹, p. 67, inclusive, em relação a pessoas com quem não manteve qualquer relação sinalagmática, ou seja, de prestação e contraprestação, como no caso dos consumidores por equiparação (arts. 17 e 29). É o que se verifica, por exemplo, em relação aos convidados de um casamento que sofrem intoxicação alimentar pelo fornecimento de alimentos estragados pela prestadora de serviços de eventos festivos contratada pela(o) anfitriã(o) da festa. Nesse caso, os convidados do evento, vítimas dele, embora não tenham tido relação contratual com o fornecedor de alimentos, podem, com base na legislação de consumo (art. 17), equiparar-se a consumidores. Essas opções legislativas, segundo os estudos de Cláudia Lima Marques, “concentra-se não somente na atividade de risco do fornecedor, mas principalmente na existência do defeito e do nexo causal entre o defeito e o dano”³², p. 182.

Em decorrência da responsabilidade objetiva e ilimitada, o CDC impôs ao fornecedor o dever de reparação efetiva do consumidor. Trata-se, na visão dos consumeristas, da aplicação dos princípios da indenização integral aliado ao da socialização dos custos da reparação³³, p. 183. Sem querer adotar como fundamento, mas assumindo-o pelo seu caráter dogmático, o art. 944 do Código Civil (CC), de forma sucinta, porém exaustiva, explica o significado do princípio da reparação integral, enunciando que “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Isso significa que o fornecedor, ao ser responsabilizado pelo fato do produto ou do serviço, deverá proceder ao ressarcimento de todos os danos suportados pelo consumidor, o que envolve não apenas os materiais (danos emergentes e lucros cessantes), mas também os imateriais (dano moral).

Ao assegurar esses direitos básicos, o CDC, em seus capítulos posteriores, limitou a atividade econômica, estabelecendo expressamente na lei, a vedação a estipulação contratual de cláusulas que impossibilitem, exonerem ou atenuem a obrigação de indenizar (art. 25). Não

²⁷ O Código Civil adotou dois regimes jurídicos distintos de responsabilidade civil: a extracontratual ou aquilina decorrente de ato ilícito (art. 186 e seguintes); e a contratual decorrente da violação ou descumprimento do contrato (art. 389 e seguintes).

²⁸ Por conseguinte, a Lei Civil optou, simultaneamente, por dois modelos distintos de responsabilidade civil: a subjetiva, fundada no ato ilícito culposo (art. 186) e no abuso de direito (art. 187); e a objetiva, fundada no risco (art. 927, parágrafo único) e no fato do produto (art. 931).

²⁹ São duas espécies de responsabilidade civil: a direta ou por ato próprio (art. 186); e a indireta ou por ato de outrem (art. 932), pelo fato da coisa (art. 936) ou do animal (art. 937).

³⁰ O CDC adotou o superamento do princípio da culpabilidade (COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994).

³¹ O CDC adotou o superamento do princípio da relatividade (COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994).

³² MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o código de defesa do consumidor – antinomia entre norma do CDC e de leis especiais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 3, p. 155-197, jul./set. 1992.

³³ *Ibid.*

bastasse isso, o CDC, ainda, reforçou como abusiva e, portanto, nulas quaisquer cláusulas contratuais com esse conteúdo (art. 51, I), salvo, excepcionalmente e casuisticamente, a situação que envolva a relação de consumo entre fornecedor e consumidor pessoa jurídica.

Como se nota, o CDC adotou a responsabilidade objetiva do fornecedor e ilimitada em detrimento da responsabilidade subjetiva e contratual, sujeita à culpabilidade e relatividade. Sob uma análise juseconômica, nenhum dos modelos de responsabilidade conduz ao ótimo social³⁴, p. 55.

Conforme ensina Hugo Alejandro Acciarri³⁵, p. 55, a adoção da responsabilidade objetiva não é totalmente eficiente, pelos seguintes motivos: primeiro, porque em relação aos causadores de danos (fornecedores), elimina os incentivos para a adoção de precauções; e, segundo, porque em relação aos consumidores, elimina os incentivos para usar adequadamente os produtos adquiridos. Isso ocorre porque a responsabilização dos fornecedores sempre ocorrerá e os consumidores seriam indenizados, salvo nos casos legais de exclusão de responsabilidade.

A responsabilidade subjetiva, por sua vez, expõe Fernando Boarato Meneguín³⁶, p. 195, apresenta custos muito altos, pois faz surgir uma litigância individualizada entre fornecedor e consumidor, para um problema que atinge a todos. Assim, da mesma forma como a responsabilidade objetiva, a subjetiva também não se mostra totalmente eficiente por duas razões: primeiro, porque parte do pressuposto que o juiz sabe verificar o ponto exato (ótimo social) entre a culpa e a falta de culpa, mas isso é errôneo. Mesmo que se conte com mecanismos processuais (perícias, técnicos, testemunhas etc.) para tanto, as partes nem sempre conduzem o processo adequadamente e nem sempre se tem acesso às informações privadas das empresas³⁷, p. 57; e, segundo, diante da dificuldade para caracterização jurídica da culpa. A culpa, relata Hugo Alejandro Acciarri³⁸, p. 57, é julgada com base em critérios de regularidade social: sobre a base de como regularmente se comportam outros sujeitos no campo que se está tratando. Ademais, pelo sistema subjetivo, sendo a culpa julgada à luz das precauções que usualmente adotam os empresários de certo ramo, nenhuma teria incentivos para investir em pesquisa tendente a descobrir e aplicar medidas mais eficientes: bastaria reproduzir eternamente os padrões de seus competidores para não ser considerado culpável e não ser responsável pelos danos causados ao consumidor³⁹, p. 57.

Independentemente do modelo de responsabilidade adotado, objetiva ou subjetiva, é importante se definir previamente os riscos. Ao definir previamente o modelo de responsabilidade, o legislador acaba por alocar antecipadamente os riscos e, conseqüentemente, garantir maior segurança às relações de consumo. Por outro lado, na ausência de um sistema de responsabilização, esclarece Hugo Alejandro Acciarri⁴⁰, p. 52-53, o causador do dano iria optar por

³⁴ ACCIARRI, Hugo Alejandro. *Elementos da análise econômica do direito de danos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ MENEGUÍN, Fernando Boarato. Um modelo econômico para a responsabilidade civil na defesa do consumidor. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 189-205, jul./dez. 2012.

³⁷ ACCIARRI, Hugo Alejandro. *Elementos da análise econômica do direito de danos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*

não tomar nenhuma medida de prevenção, o que acarretaria uma solução socialmente ineficiente.

Pelo fato de o fornecedor deter maior informação do que o consumidor, a adoção da responsabilidade objetiva é consentânea do ponto de vista da análise econômica do Direito (AED). Trata-se de uma forma mais adequada de se promover a proteção. Ao prever a responsabilidade objetiva, argumenta Carolina Cordeiro de Souza, “o CDC protege o consumidor e estimula a precaução do fornecedor”⁴¹, p. 103. Isso porque, continua a autora, o fornecedor é mais “apto a medir os riscos e tomar as precauções adequadas para evitar prejuízos”⁴², p. 103. No mesmo sentido, Fernando Boarato Meneguim⁴³, p. 191, leciona que essa modalidade de responsabilidade irá criar incentivos para que os empresários invistam em qualidade num nível eficiente, pois promove-se concomitantemente a qualidade do produto, a segurança nas relações e previnem-se gastos futuros que poderiam decorrer tanto da má prestação quanto da própria busca por reparação dos danos.

Proposta a resposta da responsabilidade de consumo sob a ótica juseconômica, a partir de agora concentra-se a análise do direito à efetiva reparação em cima de duas discussões. A primeira diz respeito ao valor ilimitado das reparações e indenizações e o problema do custo social. A segunda cinge-se à titularidade individual e/ou coletiva do direito reparatório e indenizatório.

Como já se expôs acima, o CDC adotou o princípio da reparação e indenização integral do consumidor, vítima de vício ou defeito do produto e do serviço. Segundo as novas funções da reparação de danos, justifica-se a imposição de valores indenizatórios e reparatórios em patamares indeterminados, a fim de não apenas indenizar e compensar os danos sofridos pelo consumidor (função compensatória), mas também coibir novas condutas danosas por parte do fornecedor e até servir como meio educativo para futuros comportamentos empresariais (função de desestimulação)⁴⁴, p. 85.

A perspectiva econômica no regime da responsabilidade ilimitada e da reparação integral, no entanto, centraliza-se na questão do custo social, cujo teorema foi desenvolvido por Ronald Coase⁴⁵, p. 95. Segundo o economista, decisões judiciais oriundas da aplicação desse regime poderiam ser inadequadas por conduzirem a resultados que, embora desejáveis ao privado, talvez, não o sejam ao social. Hugo Alejandro Acciarri, reescrevendo Ronald Coase, afirma que “os danos que ocorrem em uma sociedade não compreendem apenas um problema distributivo privado (que o autor do dano deva transferir ou não uma quantia em di-

⁴¹ CORDEIRO, Carolina Souza. Direito do consumidor e economia. In: RIBEIRO, Gustavo Ferreira; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira (orgs.). *O jurista que calculava*. Curitiba: CRV, 2013, p. 91-110.

⁴² *Ibid.*

⁴³ MENEGUIM, Fernando Boarato. Um modelo econômico para a responsabilidade civil na defesa do consumidor. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 189-205, jul./dez. 2012.

⁴⁴ ANDRADE, Vitor Morais de. As condenações por dano moral e sua função de desestímulo: relação entre direito e economia. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 70-92.

⁴⁵ COASE, Ronald Harry. *A firma, o mercado e o direito*. 2. ed. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

nheiro, a título de compensação, à vítima), mas que também afetem a riqueza total da comunidade”⁴⁶, p. 36. Em simples palavras, o mesmo autor, finaliza: “o dono perdeu, mas também, por agregação, a sociedade em geral”⁴⁷, p. 21.

A preocupação é relevante. Imagine-se a magnitude das consequências de um acidente aéreo, especialmente, em relação a eventuais valores indenizatórios em patamares indeterminados. Cogite-se, agora, estar privado ou limitado ao uso do transporte aéreo, seja pela ausência dos serviços, seja pelo elevado preço das passagens aéreas. As consequências sociais, como se percebe, são elevadíssimas. É preciso levar em consideração, diante disso, a especificidade da atividade de transporte aéreo e a sua elevada potencialidade de dano. Se, antigamente, o risco era decorrente do pouco desenvolvimento, hoje, a alta tecnologia limita os acidentes a causas remotas e extraordinárias. A concorrência no mercado de transporte aéreo, por conseguinte, conduz as sociedades desse ramo a níveis elevados em segurança operacional, podendo eventuais falhas na prestação representar o fim ou declínio da atividade.

A responsabilidade ilimitada e a reparação integral preconizadas pela defesa do consumidor, portanto, devem ser analisadas diante dos custos sociais que podem provocar. Essa discussão deve-se separar evidentemente dos lucros que a atividade aufer, decorrentes da liberdade econômica, e vincular-se aos impactos que indenizações em responsabilidades ilimitadas e integrais podem provocar na atividade.

A presente pesquisa não pretende apresentar uma resposta à questão apontada. Todavia, a discussão é bastante provocativa e faz invocar uma reflexão sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), em repercussão geral, a partir do caso paradigma extraído do Recurso Extraordinário (RE) n. 636.331. Segundo a referida decisão deu-se prevalência às Convenções Internacionais de Varsóvia e Montreal, para o fim de fixar o regime de responsabilidade civil de forma limitada (subjettiva) e o dever de reparação de forma tarifada dos transportadores aéreos nas situações de acidentes aéreos e de prejuízos sofridos por passageiros, notadamente, em relação ao extravio de bagagens⁴⁸.

A segunda questão diz respeito à titularidade do direito de reparação e indenização decorrentes de violações às normas de defesa do consumidor e aos acidentes de consumo. Para tanto, importante é destacar, de imediato, o caráter público e coletivo do ambiente do mercado de consumo. Conforme a lição de Luciano Benetti Timm, “o mercado é um espaço público que gera eficiência, ao ensejar a concentração de agentes interessados em um determinado bem ou serviço, facilitando as trocas”⁴⁹, p. 85. A proteção do mercado, portanto, poderia ser exercida por qualquer agente econômico (consumidor) que dele participe. Por essa razão, não é justo que apenas um consumidor se beneficie do direito de reparação e indenização,

⁴⁶ ACCIARRI, Hugo Alejandro. *Elementos da análise econômica do direito de danos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Com isso, foi alterada a posição do Superior Tribunal de Justiça (STJ), até então tendente à prevalência das disposições do CDC em detrimento das convenções. Atualmente, a Corte de Justiça está alinhada à posição adotada pelo STF em 2017. Nesse sentido, cf. REsp 1.842.066-RS, Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 09/06/2020, DJe 15/06/2020: “Transporte aéreo internacional. Extravio de bagagem e atraso de voo. Indenização. Danos materiais. Limitação da responsabilidade civil da transportadora. Aplicação da Convenção de Montreal. [...]”.

⁴⁹ TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

quando a conduta eventualmente ilícita ou abusiva praticada pelo fornecedor tenha atingido a coletividade.

Das relações de consumo, portanto, podem exsurgir conflitos individuais e conflitos de massa. No mais das vezes, práticas atentatórias às normas consumeristas e práticas abusivas tendem a ofender não somente o consumidor individualmente considerado, mas sobretudo a coletividade de consumidores.

Embora o CDC tenha definido, especificamente, os direitos metaindividuais, qualificando-os em difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, I, II e III), tais direitos, por vezes, se confundem com os de natureza individual. Essa ausência de definição do direito de proteção, permite que qualquer indivíduo vindique direitos reparatórios e indenizatórios decorrentes de práticas infracionais e abusivas. Ademais, essa imprecisão permite que consumidores oportunistas, que valoram mais a litigância do que outros, sejam beneficiados exclusivamente em suas ações individuais.

A guisa de ilustração, em janeiro de 2016, a população de Maringá (PR) sofreu com a interrupção do abastecimento de água por uma semana, em virtude de chuvas excessivas que causaram o transbordamento do Rio Pirapó, atingindo a estação de tratamento de água da cidade. A interrupção dos serviços ensejou rapidamente o ajuizamento de mais de 20.000 ações de reparações de danos, que poderiam representar um prejuízo de mais de 1,5 bilhão de reais aos cofres da Companhia de Saneamento do Paraná (SANEPAR)⁵⁰. Os primeiros demandantes foram beneficiados com sentenças condenatórias, mas outra parcela, bem como o restante da população – cerca de 400.000 habitantes – que não ajuizou ação ficaram sem qualquer benefício por suspensão posterior dos processos.

Nesse exemplo, duas situações de ineficiência poderiam ser verificadas. Em primeiro lugar, o privilégio auferido pelos demandantes mais rápidos, em detrimento de outros que não valoraram tanto a via judicial, mas que sofreram com os mesmos transtornos. Em segundo lugar, a possibilidade de aniquilamento do fornecedor, em virtude do alto custo das reparações, na hipótese de se manter a possibilidade de cada consumidor individualmente considerado postular seu direito reparatório, ao invés de se definir a causa como uma questão de interesse metaindividual, com danos morais coletivos.

Sem o intuito de discutir a funcionalidade de alguns direitos, fato é que a estrutura de incentivos das instituições de consumo permite que indivíduos se beneficiem de direitos reparatórios. Por exemplo, as vendas de produtos com prazo de validade vencido, a demora demasiada em filas de bancos, as vendas casadas ou limitações quantitativas de produtos, a cobrança de taxas indevidas por telefônicas, a elevação injustificada de mensalidades escolares etc. Evidentemente que, em todos esses exemplos, o consumidor individual foi afetado. Mas antes dele, o próprio mercado de consumo foi lesado, conforme a política de defesa do consumidor adotada no Brasil. Se o interesse afetado, portanto, é difuso ou coletivo, a preferência por sua defesa seria, primariamente, dos organismos legitimados para tanto, como o Ministério Público ou as associações de consumidores.

⁵⁰ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Seção Cível do TJPR suspende processos contra a Copel e a Sanepar para evitar julgamentos contraditórios em milhares de ações indenizatórias. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/noticias/>. Acesso em: 30 jan. 2020.

Para bem definir o direito à defesa do consumidor no mercado de consumo, é preciso reconhecer, como expõe Leslie Shérída Ferraz^{51, p. 58}, que na sociedade contemporânea, os conflitos de consumo são conflitos metaindividuais. Como tais, extrapolam a clássica noção de interesses pessoais, atingindo grupos e, por vezes, toda a coletividade. É imperioso admitir, outrossim, que o direito de defesa do consumidor, antes de um interesse individual, é um interesse coletivo^{52, p. 51 53, p. 23}. Ou seja, o direito de defesa do consumidor, antes de proteger o consumidor individualmente considerado, visa à proteção da coletividade de consumidores e, consequentemente, do próprio mercado.

A fim de evitar que um consumidor se beneficie sozinho do direito reparatório, concorda-se com a proposta de Vitor Morais de Andrade, para quem “as decisões judiciais devem identificar exatamente qual o valor está sendo destinado para compensar a dor moral sofrida pelo lesado, e qual valor servirá para desestimular o agente a cometer atos similares”^{54, p. 85}. Pretende-se, assim, que as sentenças condenatórias provenientes de ações consumeristas, especifiquem a percentagem que cumprirá a função pedagógica e a que compensará o lesado pelo abalo sofrido⁵⁵. Levando-se em consideração as distintas funções da reparação por danos morais, a proposta do autor impede que o consumidor individual, em demanda própria, se beneficie de quota dos valores reparatórios que não lhe pertence, mas sim à coletividade de consumidores.

A proposta é inovadora, no sentido de possibilitar ao magistrado, na própria ação individual, proceder à separação entre o dano que afeta a esfera individual (compensação) e o que afeta a coletividade de consumidores (pedagógica). Trata-se, portanto, de uma situação diferente da prevista no art. 13 da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) que se refere especificamente às ações coletivas e admite o dano social e a reparação por danos coletivos, cujos valores deverão ser revertidos para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDDD), regulamentado pelo Decreto n. 1.306/1994. Não obstante, nada impede que os valores provenientes da reparação pedagógica, na proposta apresentada, sejam igualmente revertidos ao mesmo fundo.

Essa separação dos valores reparatórios deseja, além de proporcionar total clareza à sentença, também, dar o correto destino aos valores frutos da condenação, evitando o enriquecimento sem causa por parte do consumidor litigante^{56, p. 85}, em detrimento de outros não litigantes, mas que também foram igualmente lesados. Isso significa que, na reparação moral decorrente das relações de consumo, vislumbra-se dois beneficiários: um, o beneficiário da

⁵¹ FERRAZ, Léslie Shérída. Acesso à Justiça e processamento de demandas de telefonia: o dilema dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil. *Revista CNJ*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 53-60, 2015.

⁵² MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Convenção Coletiva de Consumo*: interesses difusos, coletivos e casos práticos. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

⁵³ GOMES, Orlando. Os direitos dos consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 77, p. 19-26, jan./mar. 2011.

⁵⁴ ANDRADE, Vitor Morais de. As condenações por dano moral e sua função de desestímulo: relação entre direito e economia. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 70-92.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ ANDRADE, Vitor Morais de. As condenações por dano moral e sua função de desestímulo: relação entre direito e economia. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 70-92.

compensação do dano moral é a própria vítima; e, dois, “os beneficiários do efeito de desestímulo causado no ofensor e do caráter pedagógico desta condenação serão toda a sociedade de forma difusa”⁵⁷, p. 85.

4 O DIREITO AO AMPLO ACESSO À JUSTIÇA DO CONSUMIDOR EM CONTRAPONTO À ASSIMETRIA INFORMACIONAL PROCESSUAL DO FORNECEDOR E A SOBRECARGA DO PODER JUDICIÁRIO

O CDC prevê uma série de benefícios e privilégios processuais ao consumidor, dentre os quais cita-se a facilitação da sua defesa e dos seus interesses no processo judicial pela inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII), o direito a assistência judiciária integral e gratuita (art. 5º, I), o foro privilegiado (art. 101, I), a responsabilidade solidária dos fornecedores em caso de vício do produto e / ou do serviço (arts. 18 e 19), a vedação à denúncia da lide pelo fornecedor (art. 88), a desconsideração da personalidade jurídica por causa de insuficiência patrimonial (art. 28, § 5º) e as questões atinentes à tutela coletiva do consumidor (arts. 81 e seguintes). Além desses benefícios previstos no próprio CDC, os consumidores contam ainda com órgãos judiciais especializados em defesa do consumidor – os juizados especiais cíveis –, os quais os isentam de condenações sucumbenciais (art. 55 da Lei n. 9.099/1995) em primeira instância, na hipótese de improcedência da demanda.

Essa conformação legislativa, composta pelo CDC e pela Lei dos Juizados Especiais, teve o intuito de se estabelecer em favor do consumidor uma política de livre e irrestrito acesso à justiça, sem a observância de quaisquer parâmetros ou filtros. Por esse motivo, ao longo das mais de três décadas de vigência da Lei n. 8.078/1990, as instituições de direito processual do consumidor, possivelmente, são as que mais tenham resultado em situações disfuncionais e distorcidas. Esta seção destina-se a revelar algumas destas incoerências, notadamente em relação ao direito do consumidor em juízo e o problema do excesso de processos causado por tais políticas.

A primeira análise diz respeito ao instituto da inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII). Mediante a demonstração dos requisitos da verossimilhança das alegações e da hipossuficiência, pode o magistrado decretar a inversão da regra geral do ônus da prova, desincumbindo o consumidor do encargo de provar fato constitutivo do seu direito. A regra processual tem como principal finalidade equilibrar a relação de consumo, levando-se em consideração a presunção absoluta de vulnerabilidade do consumidor no mercado e a presunção relativa de hipossuficiência no processo judicial⁵⁸, p. 99.

Mauro Cappelletti⁵⁹, p. 312 aponta como um dos fundamentos fáticos desse direito, a presunção de que o fornecedor é um litigante habitual, ao passo que o consumidor seria um litigante ocasional. Tal fato qualificaria melhor os fornecedores nas disputas judiciais contra o consumidor. Isso significa que os fornecedores, por estarem em juízo com mais frequência, possuiriam conhecimento e experiência nas estratégias de defesa que deverão adotar contra

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de defesa do consumidor comentado artigo por artigo*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

⁵⁹ CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores à justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 309-325.

os consumidores e, ademais, suportariam melhor os custos de uma demorada e longa tramitação de um processo judicial⁶⁰, p. 52.

Esse fundamento fático, no entanto, não pode ser uma presunção absoluta como se assume em grande número de decisões judiciais. Ainda que seja um litigante habitual, em determinadas situações, especialmente, as que envolvem diversidade de causas de pedir próxima (fundamentos de fato), as vantagens dos fornecedores podem não ser tão expressivas assim. Esse fato aliado à grande quantidade de demandas pode revelar uma dificuldade e uma assimetria informacional por parte dos fornecedores. Não têm eles, muitas vezes, condições suficientes para se aprofundar sobre a matéria fática que se debate no processo, causando-lhes, assim, uma assimetria informacional processual. Não raras às vezes, as peças contestatórias dos fornecedores são repetidas em seus argumentos e, muitas vezes, em desconformidade com a própria matéria fática discutida no processo. É o que ocorre, por exemplo, em relação às redes de supermercados que, em demandas judiciais consumeristas, enfrentam uma variedade de imputações de responsabilidade, como furtos em estacionamento, produtos com prazo de validade vencido, produtos imperfeitos e inadequados, acidentes no interior do estabelecimento, abordagens e revistas indevidas, cobranças indevidas etc.

Nesse contexto, as diversas decisões genéricas de inversão do ônus da prova, proferidas sem o estabelecimento de critérios mínimos, mas apenas pela configuração da relação de consumo, podem acarretar um prejuízo processual aos fornecedores. Isso ocorre, notadamente, nas situações em que se decreta a inversão do ônus da prova de fato negativo, compelindo o fornecedor à realização de “prova diabólica”⁶¹, p. 114.

Para debater sobre o assunto, cita-se acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), cuja relatoria coube à Ministra Nancy Andrighi⁶², em que se decretou a inversão do ônus da prova, a fim de incumbir o fornecedor, no caso, uma rede de supermercados, a provar que a consumidora não teria sido vítima de furto dentro do estabelecimento. A inversão do ônus da prova, nessa situação, revela-se profundamente discutível. Apesar de se referir a um possível vício do serviço – segurança –, o vício alegado não diz respeito à atividade principal do fornecedor – comércio varejista de produtos. Desta forma, por não se referir à atividade-fim do fornecedor, a própria inversão do ônus da prova torna-se inviável⁶³, p. 116. A questão vislumbra-se ainda mais tormentosa, quando não se exige do consumidor sequer a demonstração de qualquer indício acerca do fato.

⁶⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

⁶¹ Prova diabólica, segundo Fredie Didier Júnior, “é aquela cuja produção é considerada como impossível ou muito difícil”. Citando Alexandre Freitas Câmara, continua o autor, “trata-se de expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 2.).

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.050.554/RJ. Terceira Turma. Rel.: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 25 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 de jan. 2020.

⁶³ Em interpretação ao art. 6º, VI em consonância com os arts. 12, § 3º e 14, § 3º, do CDC, a decretação da inversão do ônus da prova deve ocorrer, especificamente, em relação ao vício ou defeito do produto e do serviço, competindo ao fornecedor a prova da inexistência do vício ou defeito ou, de outro modo, a culpa exclusiva da vítima ou o fato de terceiro. Nesse sentido, Sergio Cavaliere Filho explana que o que a lei inverte “é a prova quanto ao defeito do produto ou do serviço, e não a prova da própria ocorrência do acidente de consumo, ônus esse do consumidor” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014).

Por uma análise juseconômica, decisões como essa podem acarretar dois tipos de efeitos. O primeiro, conforme enuncia Bruno Vinícius da Rós Bodart⁶⁴, p. 115-116, diz respeito ao repasse dos custos aos consumidores, por meio do encarecimento dos produtos e serviços, para fazer frente às indenizações impostas. O segundo refere-se aos comportamentos oportunistas incentivados a partir de estruturas de incentivo – decisões judiciais – como essa, levando consumidores a litigar levemente, diante da ausência de qualquer custo⁶⁵.

A ausência de custos financeiros processuais, por meio da assistência judiciária gratuita⁶⁶, p. 167, é outro fator que pode acarretar consequências contrárias não intencionais. Em pesquisa sobre o assunto, Ivo Teixeira Gico Júnior chegou às seguintes conclusões sobre esse benefício: (a) o consumidor sempre pleiteará a gratuidade da justiça, mesmo quando tiver a certeza que não é merecedor do benefício, pois não existe qualquer consequência para o indeferimento do requerimento⁶⁷, p. 173; (b) a condição de gratuidade no cenário jurídico atual depende de simples autodeclaração do consumidor, sendo o custo do requerimento próximo de zero, acarretando o seu atendimento em qualquer caso⁶⁸, p. 175; e, (c) o benefício alcançado com a gratuidade da justiça não é perceptível no ajuizamento da ação, mas tão somente em caso de sucumbência, preferindo o consumidor incorrer apenas nos custos de ajuizamento da ação, o que consequentemente estimula ações frívolas e temerárias⁶⁹, p. 177.

A percepção que se extrai dessa análise é que a presunção de vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo não pode ser transposta irrefletidamente para a relação processual. É preciso assumir que o consumidor que aciona judicialmente o fornecedor tem racionalidade suficiente acerca dos seus direitos, não por acaso, comparece em juízo para pleiteá-los. Assim, embora tenha, em tese, suportado danos ou prejuízos em decorrência de responsabilidades de consumo, os benefícios e privilégios processuais conferidos ao consumidor não podem ser ilimitados e ausentes de critérios⁷⁰, p. 257, sob pena de se incentivar comportamentos

⁶⁴ BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Uma análise econômica do direito do consumidor: como leis consumeristas prejudicam os mais pobres sem beneficiar consumidor. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 114-142, jan./jun. 2017.

⁶⁵ Paulatinamente, no entanto, mudanças institucionais vêm ocorrendo, notadamente as que quebram paradigmas tradicionais, como o dano extrapatrimonial presumido (*in re ipsa*) em determinadas situações e o dever do fornecedor de provar o contrário em toda e qualquer situação de prejuízo ao consumidor. Recentemente, promulgou-se a Lei n. 14.034/2020, que incorporou alterações nos contratos de transporte aéreo (Lei nº 7.565/86). Dentre outras modificações, chama-se a atenção ao acréscimo do art. 251-A à referida lei, que eliminou a regra do dano moral *in re ipsa* em favor do consumidor, exigindo-lhe a demonstração do prejuízo.

⁶⁶ Na lição de Ivo Teixeira Gico Júnior, o livre acesso ao Judiciário foi alçado pela CRFB ao *status* de cláusula pétrea (art. 5º, XXXV) e confirmado pela política de defesa do consumidor (art. 5º, I do CDC). Para atender a essa garantia fundamental, o legislador criou duas maneiras de se litigar sem custas sucumbenciais ou despesas processuais: (a) litigar nos juizados especiais (Lei n. 9.099/1995); ou, (b) ser beneficiário da assistência judiciária gratuita (Lei n. 1.060/1950) (GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira; ARAKE, Henrique. De graça, até injeção na testa: análise juseconômica da gratuidade da justiça. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 166-178, jan./jun. 2014).

⁶⁷ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira; ARAKE, Henrique. De graça, até injeção na testa: análise juseconômica da gratuidade da justiça. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 166-178, jan./jun. 2014

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Esse mesmo entendimento é corroborado por Marcia Carla Pereira Ribeiro e Giovani Ribeiro Rodrigues Alves em artigo sobre os filtros monetários recursais. Enfrentam, portanto, o mesmo problema, porém em nível recursal. Para os autores, a sucessão de instâncias provoca inevitável sobrecarga de trabalho dos membros das cortes, o que, somado à escassez de tempo que provoca rivalidade em relação à análise de casos mais ou menos relevantes em termos de impactos sociais, conduz a uma situação de incerteza quanto à eficiência do modelo atual (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. A desconstituição do mito da

oportunistas e consequências não intencionais⁷¹, agora, não somente contra o mercado de consumo, mas também contra o sistema judiciário.

Esses comportamentos oportunistas, certamente, acabam por acarretar outro problema ao Poder Judiciário, qual seja o congestionamento dos serviços judiciais. No Brasil, criou-se a falsa percepção de que o princípio de acesso à justiça consiste em facilitar o máximo possível o acesso dos cidadãos aos órgãos do Poder Judiciário, como se, dessa forma, eles pudessem obter todas as saídas para a solução dos seus problemas. No entanto, as políticas de livre e irrestrito acesso à justiça, ao contrário do que se propõem, proporcionam a injustiça e a ineficiência, na medida em que levam à degradação do sistema, provocando a substancial perda de qualidade e eficiência dos serviços fornecidos. De fato, onde se privilegia a quantidade se prejudica a qualidade. O inverso, no entanto, não é verdadeiro. Ao se privilegiar a qualidade das decisões, a coletividade de consumidores poderá ser beneficiada.

Ivo Teixeira Gico Júnior⁷², p. 28 explica o problema endêmico do congestionamento judicial, a partir da Teoria Econômica de Bens e Serviços. Tomando como base os atributos da rivalidade e não-rivalidade, excludabilidade e não-excludabilidade, o autor qualifica os bens e serviços em bem público (não-rivais e não-excludentes), recurso comum (rivais e não-excludentes), bem de clube (não-rivais e excludentes) e bem privado (rivais e excludentes). Portanto, a noção de público e privado, na teoria apresentada, não está relacionada necessariamente à fonte que lhe deu origem, mas sim conforme se comportam os bens e serviços diante dos indivíduos.

Desta forma, o Judiciário será um bem de clube, se o magistrado conseguir analisar um segundo processo sem diminuir, substancialmente, o tempo de análise do primeiro. Por outro lado, será um bem privado, se a análise simultânea de dois ou mais processos resultar em complexidade excessiva ou se o número de processos for maior do que a capacidade instalada⁷³. Ou seja, nas palavras do próprio autor, “o Judiciário é um bem de clube se a capacidade instalada for superior à demanda percebida e, à medida que a demanda aumenta, ele passa a atuar mais como um bem privado, tornando-se rival e propenso a congestionamento, salvo se seu uso for racionado de alguma forma”⁷⁴. Nestes termos, como os tribunais se comportam como bens privados, faz sentido que, ao permitir o acesso irrestrito aos serviços judiciais haverá “a formação natural de filas para racionar o suprimento do serviço”⁷⁵, p. 28, de maneira

implementação de filtros monetários como forma de aperfeiçoamento das atividades das cortes superiores. In: CUNHA, José Sebastião Fagundes (coord.). *O Direito nos Tribunais Superiores*: com ênfase no novo direito processual civil. Curitiba: Bonijuris, 2015, p. 254-272).

⁷¹ Decisões mais criteriosas também têm se verificado recentemente, o que demonstra uma paulatina mudança de mentalidade. Nesse sentido, cita-se decisão do tribunal mineiro, que rechaça a responsabilidade do fornecedor (posto de combustível), diante da existência de mais de uma causa, além da possível adulteração do combustível, para a danificação do motor do veículo do consumidor. Entendeu o tribunal mineiro que, havendo mais de uma hipótese plausível para o dano ao bem do consumidor, competia a ele o ônus de provar a conduta ilícita do fornecedor (posto de combustível) (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 18ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 10000191658293001, Relator: Desembargador Sérgio André da Fonseca Xavier. Data da decisão: 10/03/2020. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 09 mai. 2020).

⁷² GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A natureza econômica do direito e dos tribunais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 13-39, dez. 2019.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A natureza econômica do direito e dos tribunais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 13-39, dez. 2019.

⁷⁵ *Ibid.*

que, qualquer uso adicional acarretará impedimento ou diminuição da utilidade do serviço para os demais usuários^{76, p. 28}.

Nesse sentido, na medida em que se aumentam as políticas de facilitação do acesso ao Judiciário – que se comporta como um bem privado –, a tendência é a alteração da sua natureza econômica, transformando-se em um recurso comum^{77, p. 32}, uma vez que se torna difícil a exclusão de usuários. A permanência dessa situação, tende a tornar o Judiciário cada vez mais vulnerável à superexploração e propenso ao congestionamento. Essa consequência, ao invés de beneficiar a coletividade como se imagina, acaba por prejudicá-la por total ineficiência da prestação do serviço. A essa externalidade negativa, Ivo Teixeira Gico Júnior^{78, p. 33} chamou de Tragédia do Judiciário, segundo o qual “o congestionamento resultante aumenta, substancialmente, tanto a quantidade de tempo necessária para resolver uma disputa, quanto a probabilidade de resultados de baixa qualidade ou simplesmente incorretos”^{79, p. 32}. A explicação para essa situação é fácil, na medida que “os magistrados ficam sobrecarregados com o crescente número de casos enquanto, simultaneamente, se exigem respostas cada vez mais rápidas”^{80, p. 32}.

Apenas em um exercício de abstração, Ivo Teixeira Gico Júnior^{81, p. 31} sustenta que a imediata solução para o congestionamento dos serviços judiciais seria a exclusão de alguns usuários do serviço. Para tanto, o autor propõe que a primeira alternativa seria a adoção do mecanismo de preço. Todavia, o acesso à justiça, como direito fundamental (art. 5º, XXXV da CRFB), é um bem meritório e estabelecer a concorrência entre os usuários seria, efetivamente, negar o acesso aos mais vulneráveis. Por tais razões, outros mecanismos – que não o de preço – são propostos pela doutrina para que os tribunais permaneçam se comportando como bem privado, por exemplo, a repercussão geral nos recursos, o estabelecimento de filtros monetários^{82, p. 270} e, especialmente, a coletivização das demandas consumeristas.

O mecanismo de coletivização das demandas, diante da natureza de bem privado dos tribunais, seria um eficiente instrumento processual para solucionar o congestionamento judicial. Nesse sentido, explica Ivo Teixeira Gico Júnior, ao passo que a produção do direito pelos tribunais cria uma externalidade positiva e um efeito de rede positivo, já que pode ser adotado como parâmetro por diversas pessoas, o Judiciário, por outro lado, é um recurso rival e sua superexploração cria congestionamento, o que, por sua vez, é uma externalidade negativa^{83, p. 33-34}. A proposta do autor, portanto, faz todo sentido na área da defesa do consumidor. A coletivização das demandas de consumo gera uma externalidade positiva a todo o mercado de consumo, “porque outros podem usufruir dos benefícios do precedente criado sem ter contribuído para o custo de produzi-lo”. Em contrapartida, o incentivo irrestrito às demandas individuais cria uma externalidade negativa compensatória, pois “o simples protocolo de uma

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.*

⁸² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. A desconstituição do mito da implementação de filtros monetários como forma de aperfeiçoamento das atividades das cortes superiores. In: CUNHA, José Sebastião Fagundes (coord.). *O Direito nos Tribunais Superiores: com ênfase no novo direito processual civil*. Curitiba: Bonijuris, 2015, p. 254-272

⁸³ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A natureza econômica do direito e dos tribunais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 13-39, dez. 2019.

ação desacelerará a prestação de serviços adjudicatórios na média para todos os demais usuários”⁸⁴, p. 34. Enfim, nem todos os casos individuais protocolados resultam em precedentes, mas todos contribuem para o congestionamento judicial.

■ CONCLUSÃO

A defesa do consumidor, por estar alojado nas liberdades fundamentais do cidadão (art. 5º, XXXII da CRFB) – e não nos direitos fundamentais sociais, como o é o direito do trabalhador –, é mais consentânea de ser analisada e elaborada por meio da abordagem interdisciplinar do Direito e da Economia. Trata-se, desse modo, de uma questão de coerência. Se a Economia é a ciência que descreve o comportamento dos seres humanos em interação no mercado, então, é inteligível que os direitos afetos às liberdades pessoais sejam mais bem projetados a partir de um método juseconômico.

Por certo, muitas críticas são direcionadas a essa abordagem no Direito em geral, notadamente, diante da perseguição da eficiência econômica e da maximização da riqueza, sem, no entanto, levar em consideração as características valorativas que são inerentes a alguns direitos. No entanto, é certo também que o mercado e o consumidor são elementos integrantes da ordem econômica, tornando essa abordagem a mais consentânea com esse ramo do Direito.

A partir da perspectiva da AED, este artigo se propôs à releitura dos direitos básicos do consumidor. De início, necessário se fez redefinir o eixo central da ordem econômica e do mercado de consumo, centrando-se no equilíbrio dos participantes da relação de consumo e na compatibilização entre a defesa do consumidor e o desenvolvimento econômico e tecnológico. Comprovou-se, por consequência, que, em inúmeras situações, a adoção de ferramentas econômicas pode conduzir a interpretações mais eficientes dos direitos básicos do consumidor.

Desta forma, concluiu-se que o excesso de informações nem sempre eliminará a assimetria informacional do consumidor e a educação formal não necessariamente promoverá consumidores conscientes e reflexivo. Determinadas práticas comerciais e contratuais estigmatizadas como abusivas são, em verdade, decorrentes da livre iniciativa e concorrência e podem criar externalidades positivas para o consumidor. A responsabilização ilimitada do fornecedor pode gerar custos sociais piores do que os custos privados suportados pelo consumidor individualmente considerado, como seria, por exemplo, no transporte aéreo. Muitos conflitos de consumo ultrapassam a noção de interesses individuais, atingindo toda a coletividade, não sendo justo que um direito reparatório e indenizatório metaindividual seja vindicado individualmente por um consumidor. A vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo não significa sua inferioridade na relação processual, a justificar a concessão de benefícios e privilégios processuais ausentes de critérios, sob pena de se estimular comportamentos oportunistas.

⁸⁴ *Ibid.*

Por fim, para o alcance desse desiderato – reeleitura juseconômica dos direitos básicos do consumidor –, é necessário que legisladores e julgadores sejam estimulados a agir em co-operação e reciprocidade, por ocasião da elaboração das políticas públicas e da prolação de decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

- ACCIARRI, Hugo Alejandro. *Elementos da análise econômica do direito de danos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ANDRADE, Vitor Morais de. As condenações por dano moral e sua função de desestímulo: relação entre direito e economia. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 70-91.
- BODART, Bruno Vinicius da Rós. Uma análise econômica do direito do consumidor: como leis consumeristas prejudicam os mais pobres sem beneficiar consumidor. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 114-142, jan./jun. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.050.554/RJ. Terceira Turma. Rel.: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 25 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 jan. 2020.
- CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores à justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 309-325.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- COASE, Ronald Harry. *A firma, o mercado e o direito*. 2. ed. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- CORDEIRO, Carolina Souza. Direito do consumidor e economia. In: RIBEIRO, Gustavo Ferreira; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *O jurista que calculava*. Curitiba: CRV, 2013, p. 91-110.
- CRASWELL, Richard. Passing on the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer Seller Relationships. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 43, n. 2, p. 31-38, jan. 1991.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2.
- EFING, Antonio Carlos; POLEWKA, Gabriele; OYAGUE, Olenka Woolcoot. A crise econômica brasileira e o superendividamento da população: emergência do aprimoramento legislativo para a tutela social. In: MARQUES, Cláudia Lima; GSELL, Beate (orgs.). *Novas tendências do direito do consumidor: Rede Alemanha-Brasil de pesquisas em direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 325-369.
- FERRAZ, Léslei Shérída. Acesso à Justiça e processamento de demandas de telefonia: o dilema dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil. *Revista CNJ*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 53-60, 2015.
- GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de defesa do consumidor comentado artigo por artigo*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A natureza econômica do direito e dos tribunais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 13-39, dez. 2019.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. De graça, até injeção na testa: análise juseconômica da gratuidade da justiça. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 166-178, jan./jun. 2014.

GOMES, Orlando. Os direitos dos consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 77, p. 19-26, jan./mar. 2011.

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

LIMA, Bruna Giacomini; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. Homo economicus: os (des)encontros da sociedade de consumo superendividada. In: FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral; CARVALHO, Diógenes Faria de; SANTOS, Nivaldo dos (orgs.). *Sociedade de Consumo: pesquisas em direito do consumidor*. Goiânia: Editora Espaço Acadêmico, 2015, p. 17-37.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Convenção Coletiva de Consumo: interesses difusos, coletivos e casos práticos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o código de defesa do consumidor – antinomia entre norma do CDC e de leis especiais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 3, p. 155-197, jul./set. 1992.

MENEGUIN, Fernando Boarato. Um modelo econômico para a responsabilidade civil na defesa do consumidor. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 189-205, jul./dez. 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 18ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 10000191658293001, Relator: Desembargador Sérgio André da Fonseca Xavier. Data da decisão: 10/03/2020. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 09 mai. 2020.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Seção Cível do TJPR suspende processos contra a Copel e a Sanepar para evitar julgamentos contraditórios em milhares de ações indenizatórias. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/noticias/>. Acesso em: 30 jan. 2020.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. A desconstituição do mito da implementação de filtros monetários como forma de aperfeiçoamento das atividades das cortes superiores. In: CUNHA, José Sebastião Fagundes (coord.). *O Direito nos Tribunais Superiores: com ênfase no novo direito processual civil*. Curitiba: Bonijuris, 2015, p. 254-272.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; TIUJO, Edson Mitsuo. A educação formal para o consumo é garantia para uma presença refletida do consumidor no mercado de consumo? Uma análise com base na behavioral law and economics (economia comportamental). *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 600-615, ago. 2018.

SANTOLIM, Cesar. “Behavioral Law and Economics” e a Teoria dos Contratos. In: MARQUES, Cláudia Lima; GSELL, Beate (orgs.). *Novas Tendências do Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 166-181.

TIMM, Luciano Benetti. Função social do direito contratual no Código Civil Brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 876, p. 11-28, out. 2008.

TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.



TELETRABALHO E DESPESAS DE CUSTEIO: ESTUDO EM UM TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REMOTE WORK AND OPERATING EXPENSES:
A STUDY IN A COURT OF JUSTICE

LETÍCIA RODRIGUES DA FONSECA* | LUIS EDUARDO B. DE A. RIBEIRO** | MARCELO RIBEIRO SILVA***

RESUMO

Este artigo buscou identificar e descrever os benefícios do teletrabalho, especificamente no âmbito financeiro, por meio de uma análise comparativa das despesas de custeio antes e após a sua adesão durante o período de Pandemia de Covid-19 em um TJ de pequeno porte. Para isso, realizou-se uma pesquisa exploratória e descritiva que fez uso da análise documental para avaliar os Relatórios Anuais de Desempenho do Plano de Logística Sustentável referentes aos períodos de 2017-2019 (pré-pandemia) e 2020-2022 (durante a pandemia, em que se aderiu ao teletrabalho) considerando os indicadores: gasto com copos descartáveis, energia elétrica, água e esgoto e telefonia móvel. Ao final, concluiu-se que durante o período de teletrabalho ocorreu uma considerável redução de consumo destes materiais/serviços. No entanto, alguns indicadores não apresentaram redução de gasto mesmo evidenciando redução de consumo, devido ao aumento do valor da tarifa dos serviços.

Palavras-chave: Teletrabalho. Tribunal de justiça. Despesas de custeio.

ABSTRACT

The objective of this article is to identify and describe the financial benefits of remote work through a comparative analysis of operating expenses before and after its implementation during the COVID-19 pandemic in a small Court of Justice. To achieve this, an exploratory and descriptive study was conducted using document analysis to evaluate the Annual Performance Reports of the Sustainable Logistics Plan for the periods 2017–2019 (pre-pandemic) and 2020–2022 (during the pandemic, when telework was adopted). The indicators considered were: expenses with disposable cups, electricity, water and sewage, and mobile telephony. In the end, it was concluded that during the remote work period, there was a considerable reduction in the consumption of these materials/services. However, some indicators did not show a decrease in spending, despite the reduction in consumption, due to an increase in service tariff rates.

Keywords: Remote Work. Court of Justice. Operating Expenses.

* * Mestra, Doutora e Pós-doutora em Administração. Professora do Curso de Mestrado Profissional Sustentabilidade em Recursos Hídricos e do Curso de Mestrado Profissional Gestão, Planejamento e Ensino, ambos oferecidos pelo Centro Universitário Vale do Rio Verde (UninCor).

leticia.rodrigues.vga@gmail.com

** Mestrando em Administração Pública pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Analista Judiciário da Tribunal de Justiça do Estado Do Mato Grosso do Sul.

eduardo_bernardes89@yahoo.com.br

*** Doutor em Administração de Empresas pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo/SP). Mestre em Administração pela Campanha Nacional de Escolas da Comunidade (CNEC). Professor Adjunto na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS).

marcelo.ribeiro@ufms.br

Recebido em 27-10-2024 | Aprovado em 28-3-2025



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. O TELETRABALHO NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA; 2. OS BENEFÍCIOS E DESAFIOS DA ADEÇÃO AO TELETRABALHO NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA; 3. CUSTOS E DESPESAS DO TELETRABALHO NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA; 4. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS; 5. RESULTADOS E DISCUSSÕES; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

Durante o período de Pandemia de Covid-19 vivenciada mundialmente após a declaração emitida pela Organização Mundial de Saúde (OMS), houve um significativo movimento de adesão ao teletrabalho com o intuito de atender a recomendação de isolamento social decorrente desta emergência sanitária¹, inclusive em órgãos governamentais brasileiros².

A implementação desse regime de trabalho na Administração Pública se deu em diversos departamentos para permitir a continuidade de suas atividades. Logo, ocorreu a sua adesão também em Tribunais de Justiça (TJs) para evitar a interrupção dos serviços judiciais e não comprometer a segurança dos envolvidos no processo jurisdicional³, pois essa modalidade permite, por meio de Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs), a execução das atividades laborais fora do ambiente organizacional sem modificar a estrutura de trabalho estabelecida e o atendimento de seus objetivos no âmbito econômico, social e legal⁴.

Para muitos TJs a adesão ao teletrabalho representou uma tomada de decisão organizacional assertiva por viabilizar o seu funcionamento, assim como de outros órgãos públicos, sem requerer um significativo investimento financeiro com infraestrutura, além de reduzir as despesas com recursos necessários para a sua operacionalização⁵. Este cenário evidencia o posicionamento de uma Administração Pública eficaz que toma decisões embasadas em análises detalhadas e que possui um zelo metódico para não impactar negativamente os seus servidores e orçamento⁶.

¹ BRIDI, Maria Aparecida; TROPIA, Patricia Vieira.; VAZQUEZ, Bárbara Vallejos. Teletrabalho e saúde no contexto da pandemia de Covid-19. *Rev. Bras. Saude Ocup.*, v.49, n.1, p-1-10, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6369/34122pt2024v49edcinq3>. Acesso em 15 jul. 2024.

² HESS, Heliana. Home office e teletrabalho na pandemia de Covid-19: regulamentação com vantagens e desvantagens para a prestação de serviços judiciais. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, v. 22, n. 59, p. 53-68, 2021. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/156803>. Acesso em: 03 ago. 2024.

³ CARVALHO, Lucia Faria de. *O teletrabalho/home office no poder judiciário brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2022.

⁴ FILARDI, Fernando; CASTRO, Rachel Mercedes; ZANINI, Marco Tulio Fundão. Vantagens e desvantagens do teletrabalho na administração pública: análise das experiências do Serpro e da Receita Federal. *Cad. EBAPE.BR*, v. 18, n. 1, Rio de Janeiro, jan./mar. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1679-395174605>. Acesso em: 30 jul. 2024.

⁵ NOGUEIRA FILHO, José de Albuquerque.; OLIVEIRA, Míriam Aparecida Mesquita; SÄMY, Fabiano Pereira Corrêa; NUNES, André. O teletrabalho como indutor de aumentos de produtividade e da racionalização de custos: uma aplicação empírica no Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Revista Do Serviço Público*, v.71, n.2, p.274-296, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.21874/rsp.v71i2.3173>. Acesso em: 01 ago. 2024.

⁶ MAZZA, Alexandre. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

Contudo, a Resolução nº 481 de 22 de novembro de 2022 emitida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que determina o retorno intempestivo dos servidores às atividades presenciais, poderá impedir a obtenção da eficácia adquirida por meio do teletrabalho, inclusive nos TJs⁷. Acrescenta-se que, além da redução de despesas com materiais/serviços para o funcionamento de órgãos públicos, o teletrabalho poderá proporcionar uma maior produtividade por favorecer a concentração, organização e motivação devido as características do ambiente selecionado pelo servidor para executar o seu trabalho⁸.

Diante do exposto, este artigo buscou identificar e descrever os benefícios do teletrabalho, especificamente no âmbito financeiro, por meio de uma análise comparativa das despesas de custeio antes e após a sua adesão em um TJ de pequeno porte.

1 O TELETRABALHO NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA

No Poder Judiciário, o teletrabalho foi impulsionado pela necessidade de prestar serviços mais eficientes e com maior transparência⁹. Neste sentido, a edição da Lei nº 11.419 de 19 de dezembro de 2006¹⁰ regulamentou a tramitação e as práticas de atos de forma digital, representando o início de um processo de modernização por estabelecer importantes marcos acerca da informatização dos processos judiciais¹¹. Decorridos alguns anos, o CNJ regulamentou o teletrabalho mediante a Resolução nº 227 de 2016, imputando aos TJs a sua implementação gradativa. Nesta resolução, definiu-se o teletrabalho como a modalidade de trabalho realizada de modo remoto por meio de recursos tecnológicos e considerou-se que as atividades atribuídas aos servidores poder-se-iam ser realizadas remotamente. Entretanto, decidiu-se que a sua adesão seria facultativa, respeitando a decisão dos gestores das unidades¹².

Contudo, a primeira Resolução do CNJ que tratou claramente do teletrabalho foi a de nº 298 de 22 de outubro de 2019. Tal resolução, propôs esta modalidade de trabalho (integral ou parcial) a todos os servidores dos TJs, inclusive para aqueles que residiam fora da sede de

⁷ CARVALHO, Lucia Faria de. *O teletrabalho/home office no poder judiciário brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2022.

⁸ ROOS, Eueir Henrique; SILVA, Rosália Maria Passos. Teletrabalho no serviço público: revisão bibliográfica para verificar as vantagens e desvantagens desta modalidade laboral. *Business Journal*, v.5, n.2, p.24-35, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.6008/CBPC2674-6433.2023.005.0003>. Acesso em: 28 jul. 2024.

⁹ HABLE, Aline Franciele Petres; OLIVEIRA, Antonio Gonçalves. Análise da economia nos gastos públicos com o trabalho remoto no período da pandemia no governo Federal à luz da nova Administração Pública. *Revista Foco*, v.15.n.1, p.01-16. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.54751/revistafoco.v15n1-002>. Acesso em: 01 ago. 2024.

¹⁰ BRASIL. Casa Civil. *Lei nº 11.419*, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm. Acesso em: 21 jul. 2024.

¹¹ ROOS, Eueir Henrique; SILVA, Rosália Maria Passos. Teletrabalho no serviço público: revisão bibliográfica para verificar as vantagens e desvantagens desta modalidade laboral. *Business Journal*, v.5, n.2, p.24-35, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.6008/CBPC2674-6433.2023.005.0003>. Acesso em: 28 jul. 2024.

¹² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 227*, de 15 de junho de 2016. Regulamenta o teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_227_15062016_17062016161058.pdf. Acesso em: 21 jul. 2024.

jurisdição ou no exterior, admitindo-se também como critério para adesão o interesse da gestão/administração das unidades¹³. Acrescenta-se que, conforme a referida resolução, ficaria sob responsabilidade de cada TJ definir o número de servidores que trabalhariam remotamente, organizar a divisão de tarefas e o tempo destinado a cada atividade e analisar a produtividade associada à razoabilidade de cada setor para permitir aos servidores aderirem ao teletrabalho.

Além disso, determinou-se que os servidores atuantes nesta modalidade deveriam abrir mão dos direitos de banco de horas e auxílio-transporte. Porém, inusitadamente, este cenário ganhou novos contornos advindos do isolamento social pandêmico que requereu a alteração de resoluções anteriores para a adaptação à nova condição laboral que se estendeu aos magistrados e servidores¹⁴.

Neste cerne, cita-se a Resolução do CNJ nº 313 de 19 de março de 2020 que estabeleceu o Regime de Plantão Extraordinário (RPE) do Judiciário¹⁵ e garantiu aos cidadãos o acesso à justiça no período emergencial, mesmo com a suspensão do atendimento presencial nos TJs, impondo a permanência de plantões e serviços essenciais¹⁶. Esta resolução regulamentou a prestação de serviços de estagiários, servidores e magistrados para o atendimento de necessidades essenciais e urgentes mediante o teletrabalho que ocorreria por meio das TICs disponíveis (e-mail, telefone, celular, *WhatsApp*, entre outras). Já, os atendimentos presenciais, ocorreriam somente quando não fosse possível realizar o atendimento de modo remoto¹⁷.

Sendo assim, os TJs editaram normativas internas anteriores para contemplar todas as necessidades impostas pela crise sanitária, promovendo a criação de modelos organizacionais modernos e eficientes para garantir a prestação de serviços céleres e de qualidade à sociedade¹⁸. Posteriormente a este período, constatou-se um crescimento expressivo da adesão ao teletrabalho pelos servidores dos TJs. Cita-se uma pesquisa específica que buscou avaliar este cenário e apurou que antes do contexto pandêmico apenas 5% dos servidores dos TJs trabalhavam por meio do teletrabalho. Já, no momento pandêmico, alterou-se o regime de

¹³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 298*, de 22 de outubro de 2019. Altera a Resolução no 227/2016, de 14 de junho de 2016, que regulamenta o teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original143840201912035de67370bc499.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2024.

¹⁴ HESS, Heliana. Home office e teletrabalho na pandemia de Covid-19: regulamentação com vantagens e desvantagens para a prestação de serviços judiciais. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, v. 22, n. 59, p. 53-68, 2021. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/156803>. Acesso em: 03 ago. 2024.

¹⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n. 313*, de 19 de março de 2020. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/busca-atos-adm?documento=3249>. Acesso em: 21 jul. 2024.

¹⁶ HESS, Heliana. Home office e teletrabalho na pandemia de Covid-19: regulamentação com vantagens e desvantagens para a prestação de serviços judiciais. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, v. 22, n. 59, p. 53-68, 2021. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/156803>. Acesso em: 03 ago. 2024.

¹⁷ ELESBON, Salomão Akhnaton Zoroastro Spencer. Pandemia, processo judicial eletrônico e teletrabalho: desafios e oportunidades para a liderança organizacional do Tribunal de Justiça do Espírito Santo. *Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça*, v. 7, n. 2, p. 54-75, Jul/Dez. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2525-9822/2021.v7i2.8186>, Acesso em: 27 jul. 2024.

¹⁸ NOGUEIRA FILHO, José de Albuquerque.; OLIVEIRA, Míriam Aparecida Mesquita; SÄMY, Fabiano Pereira Corrêa; NUNES, André. O teletrabalho como indutor de aumentos de produtividade e da racionalização de custos: uma aplicação empírica no Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Revista Do Serviço Público*, v.71, n.2, p.274-296, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.21874/rsp.v71i2.3173>. Acesso em: 01 ago. 2024.

trabalho para a modalidade de teletrabalho de 79% dos servidores dos TJs, sendo que somente 15% continuaram a desempenhar as suas funções de modo presencial obedecendo a um sistema de rodízio e 6% não aderiram ao teletrabalho mediante a justificativa de incompatibilidade, enquadrando-se na categoria de servidores com atividades suspensas¹⁹.

Porém, com a edição da Resolução nº 481 de 22 de novembro de 2022, passou-se a adotar a realidade organizacional do cenário pré-pandemia. Neste âmbito, ressalta-se que tal resolução pode violar princípios e valores da Administração Pública como: (1) Princípio da Eficiência - que foi afetado quando a organização pública ignorou as estruturas e processos que foram desenvolvidos para o teletrabalho durante a pandemia²⁰. Este princípio valoriza a ação efetiva, a redução de desperdícios e a adaptação às práticas administrativas que maximizam os resultados com o mínimo de gasto. Logo, o retorno abrupto às atividades presenciais, sem considerar a infraestrutura de teletrabalho já estabelecida e a curva de aprendizado acumulada sugere uma regressão que poderá impactar, consideravelmente, a eficiência operacional; (2) Princípio da Economicidade - a ausência de uma análise criteriosa acerca dos custos operacionais relacionados ao retorno presencial viola o princípio da economicidade que preconiza a redução de custos e a otimização do uso dos recursos públicos. A partir de tal premissa e da obediência devida pelos TJs ao CNJ, coloca-se em análise as motivações da Resolução nº 481 de 2022, norteadas pela teoria dos motivos determinantes dos atos administrativos²¹.

Neste sentido, entende-se que a sua fundamentação se baseia, quase que integralmente, na necessidade de preservar a figura presencial do magistrado na comarca em que é designado, impactando, a partir daí, todos os servidores do judiciário, ainda que não juízes²².

2 OS BENEFÍCIOS E DESAFIOS DA ADEÇÃO AO TELETRABALHO NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA

Ao analisar os benefícios do teletrabalho para os TJs sob a ótica institucional, tem-se: redução de custos e despesas; aumento da produtividade; diminuição do número de ausências (redução do absenteísmo) e licenças; possibilidade de realizar atividades laborais mesmo perante a eventuais desastres ou casos fortuitos e de força maior²³.

Sob a ótica dos trabalhadores (ou seja, dos servidores), tem-se a melhoria da qualidade de vida que pode favorecer a motivação e a satisfação no âmbito do trabalho por estarem em um ambiente que maximiza o sentimento de segurança, conforto e tranquilidade, evitando inclusive o enfrentamento de problemas relacionados à mobilidade urbana presentes, principalmente, em grandes centros como o tráfego de muitos veículos que pode aumentar o tempo

¹⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 481*, de 22 de novembro de 2022. Revoga as Resoluções vigentes à época da pandemia do Coronavírus e altera as Resoluções CNJ n. 227/2016, 343/2020, 345/2020, 354/2020 e 465/2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4842>. Acesso em: 21 jul. 2024.

²⁰ CARVALHO, Lucia Faria de. *O teletrabalho/home office no poder judiciário brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2022.

²¹ MAZZA, Alexandre. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

²² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 481*, de 22 de novembro de 2022. Revoga as Resoluções vigentes à época da pandemia do Coronavírus e altera as Resoluções CNJ n. 227/2016, 343/2020, 345/2020, 354/2020 e 465/2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4842>. Acesso em: 21 jul. 2024.

²³ FILARDI, Fernando; CASTRO, Rachel Mercedes; ZANINI, Marco Tulio Fundão. Vantagens e desvantagens do teletrabalho na administração pública: análise das experiências do Serpro e da Receita Federal. *Cad. EBAPE.BR*, v. 18, n. 1, Rio de Janeiro, jan./mar. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1679-395174605>. Acesso em: 30 jul. 2024.

necessário para se chegar às instalações da instituição²⁴. Cita-se também, a flexibilidade dos horários de trabalho por permitir realizar as atividades laborais no momento mais adequado para o servidor, desde que se atenda às necessidades e expectativas de sua gestão²⁵.

Neste sentido, a Resolução do CNJ nº 313 de 19 de março de 2020 favoreceria a produtividade e a redução de custos e despesas, atendendo ao princípio da eficiência da Administração Pública do Poder Judiciário (especificado no caput do art. 37 da CF e na Ementa Constitucional n.19 de 1998), pois teria-se a diminuição dos custos e despesas necessários para a operacionalização dos TJs e o atendimento ágil das demandas sociais²⁶.

Quanto às dificuldades/desafios (ou até mesmo desvantagens) do teletrabalho para os TJs, sob a ótica institucional, tem-se em consenso literário que este: promove o enfraquecimento dos vínculos institucionais; permite o isolamento profissional e dificulta o controle (da gestão) sobre os servidores²⁷. Outra questão, refere-se ao risco de vazamento de dados, considerando que no teletrabalho o servidor, por estar em seu lar, muitas vezes estará acompanhado por outras pessoas, logo, dados confidenciais não permanecerão sempre restritos. Neste cerne, apresenta-se como grande desafio a manutenção da ética e confiança no âmbito desta modalidade de trabalho²⁸.

Cita-se também, como dificuldade, o perfil requerido por esta modalidade. O teletrabalho necessita que o servidor possua um conjunto de competências para a preservação dos princípios da eficiência e da produtividade, além de um ambiente laboral favorável. Menciona-se como exemplo: (1) existência de elementos essenciais para a realização das tarefas – métodos, indicadores, análises, etc; (2) competências tecnológicas – competência para utilizar ferramentas tecnológicas que permitam solucionar problemas estruturais no âmbito da comunicação, negociação e resolução de conflitos; (3) trabalho em equipe, mesmo que a distância; (4) absorção de novas responsabilidades – considerando que a atuação do servidor se dará em ambientes caracterizados por incerteza, com poucas definições de papéis e com equipamentos adaptados para o trabalho; (5) remodelagem do perfil – a modalidade de teletrabalho requer servidores seguros, disciplinados, autônomos, competitivos, proativos, objetivos, comprometidos, autoconfiantes, capazes de trabalhar sem supervisão direta e com foco em resultados, flexíveis, capazes de gerir o seu tempo, com conhecimentos técnicos para realizar o trabalho com o desempenho esperado, com aptidão para se comunicar virtualmente e capazes de determinar prioridades da maneira adequada; (6) comprometimento ético – o teletrabalho

²⁴ BRIDI, Maria Aparecida; TROPIA, Patricia Vieira.; VAZQUEZ, Bárbara Vallejos. Teletrabalho e saúde no contexto da pandemia de Covid-19. *Rev. Bras. Saude Ocup.*, v.49, n.1, p-1-10, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6369/34122pt2024v49edcinq3>. Acesso em 15 jul. 2024.

²⁵ HESS, Heliana. Home office e teletrabalho na pandemia de Covid-19: regulamentação com vantagens e desvantagens para a prestação de serviços judiciais. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, v. 22, n. 59, p. 53-68, 2021. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/156803>. Acesso em: 03 ago. 2024.

²⁶ FILARDI, Fernando; CASTRO, Rachel Mercedes; ZANINI, Marco Tulio Fundão. Vantagens e desvantagens do teletrabalho na administração pública: análise das experiências do Serpro e da Receita Federal. *Cad. EBAPE.BR*, v. 18, n. 1, Rio de Janeiro, jan./mar. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1679-395174605>. Acesso em: 30 jul. 2024.

²⁷ ANTUNES, Evelise Dias; FISCHER, F. M. A justiça não pode parar?! Os impactos da COVID-19 na trajetória da política de teletrabalho do Judiciário Federal. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, v. 45, n. 38, p. 1-12, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6369000025920>. Acesso em: 30 mai. 2024.

²⁸ CARVALHO, Lucia Faria de. *O teletrabalho/home office no poder judiciário brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2022.

balho requer profissionais leais, honestos, confiáveis e capazes de separar os problemas pessoais dos profissionais; (7) inexistência de histórico de doenças emocionais - como depressão, síndrome do pânico e transtornos de humor²⁹.

Acredita-se que essas dificuldades podem ser minimizadas mediante mudança organizacional. Para isso, é preciso organizar e oferecer capacitações profissionais, institucionalizar determinados processos e valores e oferecer a estrutura necessária para que os servidores que optarem ou forem designados para o teletrabalho possam desempenhar as suas funções. Sendo assim, a ressignificação do trabalho, conforme os princípios do teletrabalho, é fundamental para encorajar o trabalhador a aderir à esta modalidade³⁰.

Ressalta-se ainda, que deve existir um tratamento igualitário entre os servidores que atuam ou não no regime de teletrabalho. Os telesservidores tendem a trabalhar mais para cumprir as suas metas o que pode ser entendido como uma forma de punição por optarem por este regime de trabalho. Logo, é preciso instituir um ambiente de trabalho que não possua essa distinção em relação às horas trabalhadas, metas e desempenho, principalmente em TJs que possuem metas mais audaciosas para os servidores do teletrabalho que não realizam atividades da rotina presencial, como por exemplo, o atendimento ao público³¹.

3 CUSTOS E DESPESAS DO TELETRABALHO NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA

No âmbito privado, o teletrabalhador é amparado pelo artigo 75-D da Lei 13.467 de 2017 que prevê como responsabilidade do empregador a aquisição de equipamentos tecnológicos/serviços necessários para o desenvolvimento das atividades laborais ou o reembolso de empregados pelos custos/despesas com a aquisição destes equipamentos/serviços, não estando estes integrados com a sua remuneração³².

Ressalta-se que os contratos de teletrabalho devem prever esta responsabilidade, estabelecendo em regra a quem (empregador ou empregado) compete adquirir os equipamentos tecnológicos/serviços imprescindíveis para a função a ser desempenhada³³.

A CLT, em seu artigo 2º, define o empregador como aquele que assumindo os riscos da atividade econômica admite, assalaria e dirige a prestação pessoal do serviço e, em seu artigo 3º, define o empregado como aquele que presta serviços de natureza não eventual ao empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Esta legislação, igualmente, prevê que no caso de existir despesas com internet, energia elétrica, água, entre outras, compete ao empregador o ressarcimento do valor ao empregado e no caso de melhoria da infraestrutura e

²⁹ ANTUNES, Evelise Dias; FISCHER, F. M. A justiça não pode parar?! Os impactos da COVID-19 na trajetória da política de teletrabalho do Judiciário Federal. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, v. 45, n. 38, p. 1-12, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6369000025920>. Acesso em: 30 mai. 2024.

³⁰ ELESBON, Salomão Akhnaton Zoroastro Spencer. Pandemia, processo judicial eletrônico e teletrabalho: desafios e oportunidades para a liderança organizacional do Tribunal de Justiça do Espírito Santo. *Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça*, v. 7, n. 2, p. 54-75, Jul/Dez. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2525-9822/2021.v7i2.8186>, Acesso em: 27 jul. 2024.

³¹ BRASIL, C. G.; CAVALCANTE, J. R. B.; CARDOSO, N. M. A Imposição do Teletrabalho no Poder Judiciário do Estado do Ceará Diante do Cenário de Pandemia. *R. Themis*, Fortaleza, v. 18, n. 2, p.95-122, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.56256/themis.v18i2.778>. Acesso em: 28 mai. 2024.

³² MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

³³ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

aquisição de equipamentos, compete também ao empregador providenciar o atendimento de tais necessidades³⁴.

Já, no âmbito público, a adesão ao teletrabalho pode ser utilizada estrategicamente para reduzir custos/despesas de órgãos públicos haja vista que o ônus (consumo de energia elétrica, internet, aquisição de equipamentos eletrônicos, mobiliário, entre outros) caberá aos servidores³⁵. Especificamente no caso dos TJs, conforme a Resolução n. 227/2016, posteriormente alterada pelas Resoluções n. 298/2019, 371/2021 e 375/2021 do CNJ que regulamentam o teletrabalho, indica-se que os custos devem ser suportados pelos servidores desde que estes estejam dispostos a renunciar a infraestrutura pública para realizar o trabalho no âmbito doméstico³⁶.

Art. 13. O servidor é responsável por providenciar e manter estruturas física e tecnológica necessárias e adequadas à realização do teletrabalho.

Parágrafo Único. O tribunal não arcará com nenhum custo para aquisição de bens ou serviços destinados ao servidor em teletrabalho³⁷.

Ainda, neste cerne, ressalta-se que será de responsabilidade do TJ somente o fornecimento de orientações e suporte para que os servidores em teletrabalho possam executar processos conforme as normas previstas para cada atividade/função³⁸.

4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Com o intuito de atender ao objetivo desta investigação, realizou-se uma pesquisa exploratória-descritiva que buscou ampliar o conhecimento acerca de um fenômeno (benefícios do teletrabalho no âmbito financeiro em TJs de pequeno porte) por meio da exploração de sua realidade e da identificação de aspectos que o desencadeia em um determinado contexto³⁹.

Elegeu-se como objeto de estudo um TJ de pequeno porte localizado em Mato Grosso do Sul e que se enquadra nesta categoria por ser responsável por apenas 2% do PIB e 3% da população, entre outras características⁴⁰. Como procedimento de coleta de dados fez-se uso da análise documental que consiste em revisar documentos que não receberam tratamento

³⁴ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

³⁵ NOGUEIRA FILHO, José de Albuquerque.; OLIVEIRA, Míriam Aparecida Mesquita; SÄMY, Fabiano Pereira Corrêa; NUNES, André. O teletrabalho como indutor de aumentos de produtividade e da racionalização de custos: uma aplicação empírica no Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Revista Do Serviço Público*, v.71, n.2, p.274-296, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.21874/rsp.v71i2.3173>. Acesso em: 01 ago. 2024.

³⁶ CARVALHO, Lucia Faria de. *O teletrabalho/home office no poder judiciário brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2022.

³⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 227*, de 15 de junho de 2016. Regulamenta o teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_227_15062016_17062016161058.pdf. Acesso em: 21 jul. 2024.

³⁸ CARVALHO, Lucia Faria de. *O teletrabalho/home office no poder judiciário brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2022.

³⁹ GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

⁴⁰ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

científico mas que apresentam evidências confiáveis que permitem compreender o fenômeno investigado⁴¹.

Analizou-se, especificamente, os Relatórios Anuais de Desempenho do Plano de Logística Sustentável (PLS) que considera os indicadores verificados pelo CNJ. Os dados abstraídos deste relatório foram alocados em planilhas do excel que permitiram realizar as análises necessárias acerca das despesas de custeio dos períodos de 2017-2019 (pré-pandemia) e 2020-2022 (durante a pandemia, em que se aderiu ao teletrabalho).

Acrescenta-se que despesas de custeio são aquelas imprescindíveis para a manutenção da ação governamental e para a prestação do serviço público como: pagamento de servidores; pagamento de terceirizados; compra de material de escritório; pagamento de água, energia elétrica e telefone, entre outras⁴².

Foram selecionados os seguintes indicadores: gasto com copos descartáveis; gasto com energia elétrica; gasto com água e esgoto; gasto com telefonia móvel. A escolha destes indicadores se deu devido à literatura específica que os descrevem como algumas das principais despesas de custeio que podem ser reduzidas por meio do teletrabalho⁴³.

5 RESULTADOS E DISCUSSÕES

Quanto ao indicador “gasto com copos descartáveis” (Tabela 1), apurou-se que no segundo triênio (período de vigência do teletrabalho) ocorreu uma significativa redução da média de consumo (23,08 un), diminuindo a média de gasto (R\$71.358,66) em relação a do primeiro triênio (R\$88.634,00). Logo, se a média de consumo do primeiro triênio (40,82 un) permanecesse, ocorreria um aumento significativo de gasto com este item, principalmente devido ao aumento do valor por unidade constatado no segundo triênio.

Tabela 1

Consumo e gasto com copos descartáveis pelo TJ de pequeno porte

Ano	Consumo de copos descartáveis (un)	Gasto com copos descartáveis (R\$)	Preço por unidade (R\$/un)
2017	41.427	R\$ 91.014,00	R\$ 2,20
2018	42.478	R\$ 90.108,00	R\$ 2,12
2019	38.581	R\$ 84.780,00	R\$ 2,20
2020	18.358	R\$ 44.009,00	R\$ 2,40

⁴¹ GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

⁴² ANTUNES, Evelise Dias; FISCHER, F. M. A justiça não pode parar?! Os impactos da COVID-19 na trajetória da política de teletrabalho do Judiciário Federal. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, v. 45, n. 38, p. 1-12, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6369000025920>. Acesso em: 30 mai. 2024.

⁴³ NOGUEIRA FILHO, José de Albuquerque.; OLIVEIRA, Míriam Aparecida Mesquita; SÄMY, Fabiano Pereira Corrêa; NUNES, André. O teletrabalho como indutor de aumentos de produtividade e da racionalização de custos: uma aplicação empírica no Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Revista Do Serviço Público*, v.71, n.2, p.274-296, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.21874/rsp.v71i2.3173>. Acesso em: 01 ago. 2024.

2021	21.984	R\$ 73.107,00	R\$ 3,33
2022	28.909	R\$ 96.960,00	R\$ 3,35

Fonte: Dados da pesquisa (2023).

Ressalta-se que um dos objetivos da Administração Pública é desenvolver as suas atividades conforme os princípios da eficiência, economicidade e sustentabilidade. Logo, o aumento do consumo de copos plásticos, além de requerer recursos financeiros do orçamento de seus órgãos públicos, gera uma considerável quantidade de resíduos que demoram a se decompor no meio ambiente se não forem reciclados. Atualmente, cerca de 2% do plástico de uso único é reciclado no Brasil devido ao grande volume de resíduos gerados e ao seu processo de reciclagem que é mais complexo em relação ao de outros tipos de resíduos. Sendo assim, muitas vezes é descartado de maneira incorreta em aterros ou no próprio meio ambiente. Portanto, quanto à esta análise, pode-se afirmar que o teletrabalho possibilita a redução do consumo de copos plásticos o que beneficia o meio ambiente e, ao mesmo tempo, reduz os gastos destinados à sua aquisição, permitindo que o recurso financeiro previsto seja utilizado para atender outras necessidades importantes no âmbito público⁴⁴.

Em relação à energia elétrica (Tabela 2), constatou-se aumento da média de gasto (R\$7.869.805,00) no segundo triênio (período de vigência do teletrabalho) em relação ao primeiro triênio (R\$6.894.714,00). Entretanto, constatou-se redução da média de consumo de kwh (9.448.261) no segundo triênio em relação ao primeiro triênio (10.985.073). Ao analisar esse cenário, observa-se que o aumento da média de gasto no segundo triênio se deve ao aumento da tarifa de energia no período analisado. Destaca-se ainda, que se a média de consumo de kwh do primeiro triênio permanecesse, a média de gasto com este serviço no segundo triênio seria ainda maior.

Tabela 2

Consumo e gasto com energia elétrica pelo TJ de pequeno porte

Ano	Consumo de kwh	Gasto - Portal Transparência TJ de pequeno porte (R\$)	Valor do kwh
2017	10.923.519	R\$ 6.963.000,00	R\$ 0,64
2018	11.624.691	R\$ 6.680.000,00	R\$ 0,57
2019	10.407.009	R\$ 7.041.141,89	R\$ 0,68
2020	9.547.027	R\$ 6.649.416,04	R\$ 0,70
2021	8.975.594	R\$ 8.020.000,00	R\$ 0,89
2022	9.822.161	R\$ 8.940.000,00	R\$ 0,91

Fonte: Dados da pesquisa (2023).

Acrescenta-se que a redução do uso de energia, além de beneficiar os cofres públicos, evita possíveis apagões e racionamentos que podem ocorrer, principalmente, em períodos de

⁴⁴ HESS, Heliana. Home office e teletrabalho na pandemia de Covid-19: regulamentação com vantagens e desvantagens para a prestação de serviços judiciais. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, v. 22, n. 59, p. 53-68, 2021. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/156803>. Acesso em: 03 ago. 2024.

seca, considerando que a maior parte da energia gerada em nosso país é proveniente de hidrelétricas. Logo, essa atitude além de reduzir gastos beneficia o bem-estar da sociedade e o meio ambiente por também respeitar o ciclo hidrológico que se refere ao movimento contínuo de água entre a atmosfera e a superfície terrestre⁴⁵.

Em relação à água e esgoto (Tabela 3), ainda que a média de consumo por metro cúbico tenha diminuído (58.902,3m³) no segundo triênio (período de vigência do teletrabalho) em relação ao primeiro triênio (61.185,6m³), constatou-se aumento da média de gasto no segundo triênio (R\$2.029.427,00) em relação ao primeiro triênio (R\$1.652.422,00). Contudo, este aumento da média de gasto ocorreu devido ao mesmo motivo descrito na análise do indicador energia elétrica, ou seja, no período de vigência do teletrabalho ocorreu o aumento do valor da tarifa de água e esgoto por m³. Logo, se a média de consumo do primeiro triênio permanecesse no segundo triênio, a média de gasto com este serviço também seria maior.

Tabela 3

Consumo e gasto com água e esgoto pelo TJ de pequeno porte

Ano	Consumo de água (m ³)	Gasto com água (R\$)	Valor do m3
2017	61.294	R\$ 1.562.847,00	R\$ 25,50
2018	60.954	R\$ 1.606.177,00	R\$ 26,35
2019	61.309	R\$ 1.788.241,00	R\$ 29,17
2020	50.376	R\$ 1.459.391,00	R\$ 28,97
2021	62.227	R\$ 2.110.368,00	R\$ 33,91
2022	64.104	R\$ 2.518.523,00	R\$ 39,29

Fonte: Dados da pesquisa (2023).

Ressalta-se que além de promover economia financeira para aqueles que usufruem deste serviço, sendo neste caso os TJs, a redução do consumo de água pode diminuir os gastos com manutenção e infraestrutura de sistemas de água e esgoto, evitar o racionamento em períodos de seca e beneficiar o meio ambiente por meio da preservação dos recursos hídricos que podem se tornar finitos em algumas localidades devido às características regionais ou a utilização contínua e acentuada, principalmente, se não ocorrer a preservação adequada das nascentes. Neste sentido, é imprescindível o estabelecimento de planos de ação que possibilitem o uso consciente destes recursos, bem como a sua reutilização⁴⁶.

⁴⁵ NOGUEIRA FILHO, J. A.; OLIVEIRA, M. A. M.; SÄMY, F. P. C.; NUNES, A. O teletrabalho como indutor de aumentos de produtividade e da racionalização de custos: uma aplicação empírica no Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Revista Do Serviço Público*, v.71, n.2, p.274-296, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.21874/rsp.v71i2.3173>. Acesso em: 01 ago. 2024.

⁴⁶ ELESBON, Salomão Akhnaton Zoroastro Spencer. Pandemia, processo judicial eletrônico e teletrabalho: desafios e oportunidades para a liderança organizacional do Tribunal de Justiça do Espírito Santo. *Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça*, v. 7, n. 2, p. 54-75, Jul/Dez. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2525-9822/2021.v7i2.8186>, Acesso em: 27 jul. 2024.

Em relação à telefonia móvel (Tabela 4), constatou-se aumento da média de linhas telefônicas móveis adquiridas (290,66) no segundo trimestre (período de vigência do teletrabalho) em relação ao primeiro trimestre (259). Consequentemente, a média de gasto com este serviço no segundo trimestre (R\$378.741,60) foi maior em relação a média de gasto do primeiro trimestre (R\$212.061,87).

Tabela 4

Quantidade de linhas e gasto com telefonia móvel pelo TJ de pequeno porte

Ano	Quantidade de linhas telefônica móvel	Gasto/telefonia móvel
2017	265	R\$ 199.628,70
2018	265	R\$ 209.478,10
2019	247	R\$227.078,80
2020	257	R\$ 239.810,40
2021	369	R\$ 386.204,70
2022	246	R\$ 510.209,70

Fonte: Dados da pesquisa (2023).

É importante esclarecer que o aumento do número de linhas telefônicas móveis pode ocorrer no contexto do teletrabalho quando a organização opta por fazer uso deste tipo de tecnologia como o seu principal meio de comunicação. Entretanto, sabe-se que durante o período pandêmico foram identificadas e adotadas TICs, inclusive gratuitas, que eram pouco conhecidas e utilizadas. Tal situação aconteceu em 2022 no TJ investigado quando ocorreu a diminuição do número de linhas telefônicas móveis adquiridas (242) por se adotar como principal meio de comunicação o *whatsapp* e a plataforma *zoom*⁴⁷. Contudo, neste ano, constatou-se o maior gasto com telefonia móvel (R\$ 510.209,70) entre todos os anos analisados. Acrescenta-se que não foi possível apresentar uma justificativa para este cenário pois não se identificou no Relatório Anual de Desempenho do Plano de Logística Sustentável o valor da tarifa por minuto e o total de minutos utilizados no período. Baseando-se no que foi constatado nos indicadores gasto com energia elétrica e gasto com água e esgoto, possivelmente uma das justificativas seria o aumento da tarifa paga por este serviço.

Em suma, ao analisar as informações referentes a estes indicadores é indiscutível que no âmbito público a não existência de trabalhadores no local de trabalho reduz as despesas de custeio necessárias para a manutenção da estrutura operacional do órgão público. E além de favorecer a produtividade e a qualidade de vida do servidor, desde que sejam impostas metas compatíveis com a sua jornada de trabalho, o teletrabalho poderá atender os princípios da efetividade, economicidade e os objetivos da economia sustentável que visa instituir e adotar práticas que possibilitem o desenvolvimento econômico de uma organização conforme os

⁴⁷ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

princípios da ecoeficiência, ou seja, sem comprometer a preservação do meio ambiente que é imprescindível para a qualidade de vida da atual e futuras gerações⁴⁸.

Contudo, o atendimento destes princípios e objetivos não deve se basear na transferência das despesas de custeio dos TJs para os seus servidores e magistrados, o que tornaria esta modalidade de trabalho desvantajosa. No âmbito privado, a CLT em seu artigo 3º, define que no teletrabalho o empregador será o responsável pelas despesas com energia elétrica, acesso a internet e aquisição de recursos tecnológicos necessários para o exercício da função laboral, o que não acontece no âmbito público⁴⁹. Sendo assim, pode-se afirmar que o teletrabalho é uma modalidade que ainda está em construção pois há muitas situações que precisam ser discutidas para se instituir legislações e normativas que possibilitem a todas as partes envolvidas usufruírem de seus benefícios na Administração Pública⁵⁰.

■ CONCLUSÃO

Ao final, foi possível atender o objetivo deste artigo que consistiu em identificar e descrever os benefícios do teletrabalho no âmbito financeiro por meio de uma análise comparativa das despesas de custeio antes (2017-2019) e após (2020-2022) a sua adesão em um TJ de pequeno porte. Para isso, analisou-se os Relatórios Anuais de Desempenho do Plano de Logística Sustentável, especificamente, as informações referentes aos indicadores: gasto com copos descartáveis; gasto com energia elétrica; gasto com água e esgoto; gasto com telefonia móvel.

Constatou-se redução expressiva da média de gasto com copos descartáveis no período de vigência do teletrabalho. Em relação à energia elétrica, identificou-se redução da média de consumo mas, devido ao aumento da tarifa deste serviço no período de vigência do teletrabalho, não ocorreu redução da média de gastos. O mesmo cenário foi identificado ao analisar as informações referentes à água e esgoto. Verificou-se que ocorreu diminuição da média de consumo, contudo, devido ao aumento da tarifa deste serviço não se obteve redução da média de gasto. Entretanto, ressalta-se que se a média de consumo do período anterior ao teletrabalho permanecesse, a média de gasto referente aos serviços de energia elétrica e água/esgoto no período de vigência do teletrabalho seria ainda maior.

Quanto à telefonia móvel, identificou-se aumento da média do número de linhas adquiridas no período de vigência do teletrabalho e, conseqüentemente, o aumento da média de gasto. No entanto, em 2022, ocorreu a diminuição do número de linhas telefônicas por se adotar como principal meio de comunicação o *whatsapp* e a plataforma *zoom* mas, constatou-se o maior gasto com este serviço entre todos os anos analisados. Acrescenta-se que não foi possível compreender os motivos que ocasionaram este aumento significativo pois o Relatório Anual de Desempenho do Plano de Logística Sustentável não apresentou mais informações

⁴⁸ HESS, Heliana. Home office e teletrabalho na pandemia de Covid-19: regulamentação com vantagens e desvantagens para a prestação de serviços judiciais. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, v. 22, n. 59, p. 53-68, 2021. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/156803>. Acesso em: 03 ago. 2024.

⁴⁹ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

⁵⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

sobre o valor da tarifa e minutos utilizados. Contudo, acredita-se que um possível aumento da tarifa de serviço possa ser um dos motivos que justificam tal situação.

Diante dos resultados obtidos, afirma-se que o teletrabalho possibilita a redução das despesas de custeio e o atendimento dos princípios da eficiência e economicidade, bem como dos objetivos da economia sustentável. Todavia, para usufruir destes benefícios é preciso rever o que é disposto na Resolução nº 481 de 2022 que determinou o retorno às atividades presenciais sem considerar a infraestrutura de teletrabalho já estabelecida e a curva de aprendizado acumulada. Além disso, para beneficiar todos os envolvidos é preciso rever a atual legislação que regulamenta essa modalidade no âmbito público por atribuir somente aos servidores a responsabilidade de providenciar a estrutura necessária para o teletrabalho no local escolhido para desempenhar as suas funções.

Quanto às contribuições no âmbito teórico/gerencial cita-se a apresentação de um retrato da realidade acerca da utilização do teletrabalho em TJs de pequeno porte que, embora limitada, poderá oferecer subsídios para que estes órgãos possam tomar decisões mais assertivas para usufruir das potencialidades dessa modalidade de trabalho.

Já, quanto às limitações desta investigação, cita-se a análise de um único TJ e a utilização apenas da análise documental. Sendo assim, recomenda-se a realização de novos estudos em outros TJs com o mesmo propósito de pesquisa e que façam uso de outros métodos de coleta e análise de dados com o intuito de validar os achados apresentados por este artigo ou complementá-los.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Evelise Dias; FISCHER, F. M. A justiça não pode parar?! Os impactos da COVID-19 na trajetória da política de teletrabalho do Judiciário Federal. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, v. 45, n. 38, p. 1-12, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6369000025920>. Acesso em: 30 mai. 2024.
- BRASIL. Casa Civil. *Lei nº 11.419*, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm. Acesso em: 21 jul. 2024.
- BRASIL, C. G.; CAVALCANTE, J. R. B.; CARDOSO, N. M. A Imposição do Teletrabalho no Poder Judiciário do Estado do Ceará Diante do Cenário de Pandemia. *Revista Themis*, Fortaleza, v. 18, n. 2, p.95-122, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.56256/themis.v18i2.778>. Acesso em: 28 mai. 2024.
- BRIDI, Maria Aparecida; TROPIA, Patricia Vieira.; VAZQUEZ, Bárbara Vallejos. Teletrabalho e saúde no contexto da pandemia de Covid-19. *Rev. Bras. Saude Ocup.*, v.49, n.1, p-1-10, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6369/34122pt2024v49edcinq3>. Acesso em 15 jul. 2024.
- CARVALHO, Lucia Faria de. *O teletrabalho/home office no poder judiciário brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 227*, de 15 de junho de 2016. Regulamenta o teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_227_15062016_17062016161058.pdf. Acesso em: 21 jul. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 298*, de 22 de outubro de 2019. Altera a Resolução no 227/2016, de 14 de junho de 2016, que regulamenta o teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original143840201912035de67370bc499.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n. 313*, de 19 de março de 2020. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/busca-atos-adm?documento=3249>. Acesso em: 21 jul. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 481*, de 22 de novembro de 2022. Revoga as Resoluções vigentes à época da pandemia do Coronavírus e altera as Resoluções CNJ n. 227/2016, 343/2020, 345/2020, 354/2020 e 465/2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4842>. Acesso em: 21 jul. 2024.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

ELESBON, Salomão Akhnaton Zoroastro Spencer. Pandemia, processo judicial eletrônico e teletrabalho: desafios e oportunidades para a liderança organizacional do Tribunal de Justiça do Espírito Santo. *Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça*, v. 7, n. 2, p. 54-75, Jul/Dez. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2525-9822/2021.v7i2.8186>, Acesso em: 27 jul. 2024.

FILARDI, Fernando; CASTRO, Rachel Mercedes; ZANINI, Marco Tulio Fundão. Vantagens e desvantagens do teletrabalho na administração pública: análise das experiências do Serpro e da Receita Federal. *Cad. EBAPE.BR*, v. 18, n. 1, Rio de Janeiro, jan./mar. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1679-395174605>. Acesso em: 30 jul. 2024.

GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

HABLE, Aline Franciele Petres; OLIVEIRA, Antonio Gonçalves. Análise da economia nos gastos públicos com o trabalho remoto no período da pandemia no governo Federal à luz da nova Administração Pública. *Revista Foco*, v.15.n.1, p.01-16. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.54751/revistafoco.v15n1-002>. Acesso em: 01 ago. 2024.

HESS, Heliana. Home office e teletrabalho na pandemia de Covid-19: regulamentação com vantagens e desvantagens para a prestação de serviços judiciais. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, v. 22, n. 59, p. 53-68, 2021. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/156803>. Acesso em: 03 ago. 2024.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MAZZA, Alexandre. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

NOGUEIRA FILHO, José de Albuquerque.; OLIVEIRA, Míriam Aparecida Mesquita; SÄMY, Fabiano Pereira Corrêa; NUNES, André. O teletrabalho como indutor de aumentos de produtividade e da racionalização de custos: uma aplicação empírica no Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Revista Do Serviço Público*, v.71, n.2, p.274-296, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.21874/rsp.v71i2.3173>. Acesso em: 01 ago. 2024.

ROOS, Euceir Henrique; SILVA, Rosália Maria Passos. Teletrabalho no serviço público: revisão bibliográfica para verificar as vantagens e desvantagens desta modalidade laboral. *Business Journal*, v.5, n.2, p.24-35, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.6008/CBPC2674-6433.2023.005.0003>. Acesso em: 28 jul. 2024.